



**UHASSELT**

**KU LEUVEN**



**Maastricht University**

KNOWLEDGE IN ACTION

## Faculteit Rechten

master in de rechten

### **Masterthesis**

***De strijd tegen belastingontwijking vanuit Europees en internationaal fiscaal perspectief***

**Bart Baor**

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechten

### **PROMOTOR :**

Prof. dr. Niels APPERMONT

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



**UHASSELT**

KNOWLEDGE IN ACTION

[www.uhasselt.be](http://www.uhasselt.be)

Universiteit Hasselt  
Campus Hasselt:  
Martelarenlaan 42 | 3500 Hasselt  
Campus Diepenbeek:  
Agoralaan Gebouw D | 3590 Diepenbeek

**2020**  
**2021**



**Maastricht University**

# **Faculteit Rechten**

master in de rechten

## ***Masterthesis***

***De strijd tegen belastingontwijking vanuit Europees en internationaal fiscaal perspectief***

**Bart Baor**

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting rechten

## **PROMOTOR :**

Prof. dr. Niels APPERMONT



## Samenvatting

Bedrijven proberen steeds de minst belaste weg te bewandelen. Ze doen dit door op legale wijze belastingen te ontwijken. Hiertoe kan gebruik worden gemaakt van allerlei fiscale constructies. Één van de meest populaire manieren voor multinationale groepen om de belastingdruk te verlagen is het gebruik van intragroepsleningen.

Binnen deze methode om belastingen te ontwijken zal de ene groepsvennootschap een lening toestaan aan een andere groepsvennootschap. Het verschaffen van deze lening gebeurt echter niet voor niets. Zo zullen interesten moeten worden betaald als tegenprestatie voor het verlenen van dit krediet. Deze interesten vormen voor de betaler een aftrekbare beroepskost, en verlaagt dan ook de belastbare basis van deze vennootschap. Deze interesten vormen winsten in hoofde van de andere vennootschap, en worden dan ook bij haar belast. Door deze "groepsbank" te plaatsen in een land waar haar winsten, of specifiek deze winsten uit interesten, tegen een lager tarief belast worden kan de groep van vennootschappen haar belastingdruk verlagen. Dit vormt de kern van de interestaftrekproblematiek.

De meeste landen hadden reeds regelgeving waarmee de interestaftrek op eniger wijze werd beperkt. Gezien ieder land zijn eigen regelgeving had uitgewerkt waren onderling grote verschillen waarneembaar. Bij het aannemen van deze regels stond ook het eigenbelang van deze landen centraal. Zo zou een te strenge wetgeving externe investeringen kunnen afschrikken. Tenzij natuurlijk iedereen mee in de boot stapt en ook een strengere wetgeving aanneemt.

Gezien deze vorm van belastingontwijking dus voornamelijk een grensoverschrijdend probleem is, was ingrijpen op supranationaal niveau dan ook aangewezen. Hiertoe heeft de Europese Unie, voortbouwens op de reeds uitgevoerde werken van de OESO binnen het BEPS-project, De Anti-Tax Avoidance Directive, of kort de ATAD, aangenomen. Binnen deze richtlijn worden 5 maatregelen voorgesteld tegen belastingontwijking: vier specifieke antimisbruikbepalingen (SAARS), waaronder een interestaftrekbeperkingsregel, en één algemene antimisbruikbepaling (GAAR).

De interestaftrekbeperkingsregel bevat naast verplichte kernaspecten ook een reeks keuzemogelijkheden waaruit de lidstaten kunnen kiezen bij de nationale implementatie. In de regel moest deze interestaftrekbeperkingsregel uiterlijk omgezet worden op 31 december 2018 en toegepast worden vanaf 1 januari 2019.

Binnen deze masterscriptie werd onderzocht op welke wijze deze interestaftrekbeperkingsregel werd omgezet naar Belgisch recht. Van welke keuzemogelijkheden heeft de Belgische wetgever gebruik gemaakt? Is de implementatie eerder strikt of eerder mild? Daarnaast werd ook onderzocht hoe deze nieuwe regelgeving samenwerkt met de reeds bestaande regelgeving op het vlak van de interestaftrekbeperking.

# Voorwoord

Met deze masterscriptie hoop ik een punt te zetten achter mijn rechtenopleiding. Deze lange rit was niet enkel leerrijk, ze was ook oprecht genietbaar. Ik zou bij deze dan ook alle professoren, tutoren en mijn collega studenten willen bedanken voor de mooie jaren.

Graag zou ik ook nog enkele personen in het bijzonder willen bedanken.

In eerste instantie zou ik graag Prof. Dr. Niels Appermont willen bedanken om mij toe te laten dit uiterst interessant onderwerp uit te diepen. Het was een zeer leerrijke ervaring.

Ook zou ik graag mijn ouders Georgy en Jacqueline willen bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun en alle mogelijkheden die ze me gegeven hebben.

Bovendien zou ik ook graag mijn nicht Maxime bedanken. Zij heeft mij niet enkel geïnspireerd tot het starten van mijn rechtenopleiding, maar ze stond ook steeds klaar met advies, goede moed, een kritische blik of warme koffie.

Een dankwoord aan Dieter en Tine is hier ook op zijn plaats. Bedankt om steeds klaar te staan met een luisterend oor, goede raad of een flauwe mop.

Tot slot zou ik nog graag mijn broer Ben bedanken. Het is onmogelijk een volledige oplistening te maken met alle redenen waarom, en dus beperk ik mij in dezer tot het zeggen "bedankt voor alles".

# Inhoudsopgave

<b>Samenvatting</b> .....	<b>i</b>
<b>Voorwoord</b> .....	<b>ii</b>
<b>Inhoudsopgave</b> .....	<b>iii</b>
<b>LIJST VAN FIGUREN</b> .....	<b>v</b>
<b>LIJST VAN AFKORTINGEN</b> .....	<b>vi</b>
<b>1. Hoofdstuk 1: inleiding en onderzoeksopzet</b> .....	<b>1</b>
1.1. <i>Situering van het onderwerp</i> .....	1
1.2. <i>De problematiek van de interestaftrekbeperking</i> .....	2
1.3. <i>Probleemstelling</i> .....	2
1.4. <i>Methoden om belastingontwijking door interestaftrek tegen te gaan</i> .....	4
1.4.1. <i>Arm's length-regels</i> .....	4
1.4.2. <i>Fixed ratio-regels</i> .....	5
1.4.3. <i>Onderkapitalisatieregels en earnings stripping-regels</i> .....	5
1.5. <i>Onderzoeksvragen</i> .....	6
1.6. <i>Afbakening van de bespreking</i> .....	7
1.7. <i>Methodiek</i> .....	8
<b>2. Hoofdstuk 2: de Belgische regeling ter bestrijding van onderkapitalisatie vóór het in voege treden van de ATAD.</b> .....	<b>11</b>
2.1. <i>Artikel 18, eerste lid, 4° WIB92</i> .....	11
2.1.1. <i>Toepassingsgebied</i> .....	11
2.1.1.1. <i>Voorschotten</i> .....	11
2.1.1.2. <i>Toepassing ratione personae: hoedanigheid van de kredietgever</i> .....	12
2.1.1.3. <i>Toepassing ratione materiae: voorschotten: vordering of geldlening?</i> .....	13
2.1.1.4. <i>Uitgesloten leningen</i> .....	14
2.1.2. <i>De in acht te nemen grenzen zoals bedoeld in artikel 18, eerste lid, 4° WIB92</i> .....	15
2.1.2.1. <i>De arm's length-regel vervat in artikel 55 WIB92</i> .....	16
2.1.2.2. <i>De onderkapitalisatieregel vervat in artikel 18, eerste lid, 4° WIB92</i> .....	19
2.2. <i>Artikel 198, §1, 11° WIB92</i> .....	21
2.2.1. <i>Toepassingsgebied</i> .....	21
2.2.1.1. <i>Aanzienlijk gunstigere aanslagregeling of volledig vrijgesteld van de belastingen</i> .....	21
2.2.1.2. <i>Deel uitmaken van een groep</i> .....	22
2.2.1.3. <i>Lening</i> .....	26
2.2.1.4. <i>Uitgesloten schulden</i> .....	26
2.2.1.5. <i>De antimisbruikbepaling: doorkijkregel</i> .....	27
2.2.1.6. <i>Uitgesloten vennootschappen</i> .....	29
2.2.2. <i>De verhouding vreemd vermogen/fiscaal eigen vermogen</i> .....	30
2.2.3. <i>De thesaurievennootschappen</i> .....	31
<b>3. Hoofdstuk 3: de Europese intrestbeperkingsmaatregel vervat in artikel 4 van de ATAD</b> .....	<b>33</b>
3.1. <i>Toepassingsgebied ratione personae</i> .....	34
3.2. <i>Toepassingsgebied ratione materiae</i> .....	36
3.2.1. <i>Artikel 4(3): drempelbedrag en op zichzelf staande entiteiten</i> .....	37
3.2.2. <i>Artikel 4(4): grandfathering en langlopende openbare-infrastructuurprojecten</i> .....	38
3.2.3. <i>Artikel 4(5): Berekening op groepsniveau</i> .....	38

3.2.4.	Artikel 4(6): de voorwaartse en achterwaartse verrekening .....	39
3.3.	<i>Toepassingsgebied ratione temporis</i> .....	40
<b>4.</b>	<b>Hoofdstuk 4: de Belgische interestaftrekbeperkingen na de omzetting van artikel 4 van de ATAD</b> .....	<b>43</b>
4.1.	<i>Berekenen van het financieringskostensurplus</i> .....	43
4.1.1.	Basisprincipe .....	43
4.1.1.1.	Kosten en opbrengsten die economisch gelijkwaardig zijn aan interesten.....	44
4.1.2.	Uitgesloten leningen .....	46
4.1.2.1.	Grandfathering .....	46
4.1.2.2.	Leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten... ..	48
4.1.3.	Uitzondering voor vennootschappen of inrichtingen die deel uitmaken van een groep. 52	
4.1.3.1.	Ad hoc consolidatie op het niveau van het financieringskostensurplus. ....	53
4.2.	<i>Berekenen van de fiscale EBITDA</i> .....	54
4.2.1.	Ad hoc consolidatie op het niveau van de fiscale EBITDA .....	56
4.2.2.	De groepsbijdrageregeling.....	57
4.2.2.1.	Participatievoorwaarde .....	57
4.2.2.2.	Permanentievoorwaarde .....	59
4.2.2.3.	Uitgesloten vennootschappen .....	60
4.2.2.4.	Definitieve EER-verliezen .....	61
4.2.2.1.	De groepsbijdrageovereenkomst.....	62
4.2.3.	Aanrekenen negatief EBITDA op groepsleden .....	64
4.2.4.	Verzaking aan het berekenen van de fiscale EBITDA .....	64
4.3.	<i>Berekenen van het grensbedrag</i> .....	65
4.3.1.	Berekenen van het grensbedrag bij een geconsolideerd fiscaal EBITDA < 10 miljoen euro .....	66
4.3.2.	Berekenen van het grensbedrag bij een geconsolideerd fiscaal EBITDA > 10 miljoen euro .....	69
4.3.3.	De interestaftrekovereenkomst .....	71
4.3.4.	De voorwaartse verrekening .....	73
<b>5.</b>	<b>Besluit</b> .....	<b>77</b>
<b>6.</b>	<b>Bibliografie</b> .....	<b>81</b>
6.1.	<i>Wetgeving</i> .....	81
6.1.1.	Europese wetgeving .....	81
6.1.2.	Belgische wetgeving .....	81
6.2.	<i>Vorbereidende werken</i> .....	82
6.2.1.	Supranationaal .....	82
6.2.2.	Belgische parlementaire voorbereiding .....	82
6.2.3.	Belgische documenten die interne reglementaire besluiten voorafgaan .....	83
6.3.	<i>Rechtspraak</i> .....	83
6.3.1.	Europees .....	83
6.3.2.	Belgisch.....	84
6.3.2.1.	Voorafgaande beslissingen .....	84
6.4.	<i>Rechtsleer</i> .....	84
6.4.1.	Internationaal.....	84
6.4.1.1.	Boeken.....	84
6.4.1.2.	Bijdragen in verzamelwerken.....	84
6.4.1.3.	Bijdragen in tijdschriften .....	84
6.4.2.	Belgisch.....	85
6.4.2.1.	Boeken.....	85
6.4.2.2.	Bijdragen in verzamelwerken.....	86
6.4.2.3.	Bijdragen in tijdschriften.....	86
6.5.	<i>Electronische bronnen</i> .....	87
6.6.	<i>Varia</i> .....	87

## LIJST VAN FIGUREN

FIGUUR 1: VOORSCHOT: TEMPOREEL TOEPASSINGSGBIED: VORDERING OF GELDLENING? .....	14
FIGUUR 2: TOEPASSING VAN HET NIEUW ARTIKEL 55 WIB92 .....	19
FIGUUR 3: CONTROLEBEVOEGDHEID VAN A .....	23
FIGUUR 4: CONTROLEBEVOEGDHEID OP A.....	24
FIGUUR 5: CONSORTIUM .....	25
FIGUUR 6: CONTROLE BIJ WETEN VAN HAAR BESTUURSORGaan.....	26
FIGUUR 7: ANTIMISBRUIKBEPALING ARTIKEL 198, §3, TWEEDE LID WIB92 .....	29
FIGUUR 8: VERBONDEN VENNOOTSCHAPPEN .....	59
FIGUUR 9: PERMANENTIEVOORWAARDE INRICHTING .....	60



# LIJST VAN AFKORTINGEN

<b>ATAD</b>	Anti-Tax Avoidance Directive (Anti-ontgaansrichtlijn)
<b>BEPS</b>	Base Erosion and Profit Shifting
<b>Com. IB.</b>	Administratieve Commentaar op het Wetboek van Inkomstenbelastingen (1992)
<b>DBI-aftrek</b>	Aftrek voor Definitief Belaste Inkomsten
<b>EBIT</b>	Earnings Before Interest and Taxes
<b>EBITDA</b>	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization
<b>EER</b>	Europese Economische Ruimte
<b>EU</b>	Europese Unie
<b>EURIBOR</b>	Euro Interbank Offered Rate
<b>FSMA</b>	De Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten
<b>HvJ/Hof (van Justitie)</b>	Hof van Justitie van de Europese Unie
<b>KB/WIB92</b>	Koninklijk Besluit tot uitvoering van het Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1992)
<b>KB/WVV</b>	Koninklijk besluit tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen
<b>MFI</b>	Monetaire Financiële Instellingen
<b>OESO/OECD</b>	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
<b>PPS</b>	Publiek-Private Samenwerking
<b>(De) Raad</b>	De Raad van de Europese Unie
<b>VN</b>	Verenigde Naties
<b>VZW</b>	Vereniging Zonder Winstogmerk
<b>W.Venn.</b>	Het Wetboek van vennootschappen van 7 mei 1999
<b>WIB92</b>	Wetboek van de Inkomstenbelastingen (1992)
<b>WVV</b>	Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen

# 1. Hoofdstuk 1: inleiding en onderzoeksopzet

## 1.1. Situering van het onderwerp

1. In 2012 ontstond er in het Verenigd Koninkrijk een wervelwind aan kritiek op bedrijven, voornamelijk multinationals, die ondanks gigantische omzetcijfers op papier verliezen aangaven en dus geen of slecht een zeer laag percentage aan vennootschapsbelasting moesten betalen. Het boegbeeld van deze publieke verontwaardiging werd Starbucks.

Bij het voorbeeld van Starbucks keren we terug naar 2012, in de nasleep van de wereldwijde kredietcrisis. In 2012 rapporteerde Reuters in een speciaal rapport het volgende<sup>1</sup>: Starbucks opende een eerste dochteronderneming in het Verenigd Koninkrijk in 1998. In de periode tussen 1998 en 2009 (datum van het rapport) zou een omzet van om en bij de 3 miljard pond zijn gemaakt en werden er 735 bijkomende vestigingen geopend. Starbucks, als tweede grootste restaurant of caféketen in de wereld achter McDonalds, zou op deze inkomsten over deze gehele periode ongeveer 8.6 miljoen pond aan belastingen hebben betaald en dit voornamelijk omdat de nationale belastingdienst bepaalde aftrekken verworpen had. Dit komt uit op een totale belastingdruk van minder dan een half procent. Tussen 2006 en 2009 werden er helemaal geen winsten gerapporteerd en werden er dus ook geen belastingen betaald. Ter illustratie: McDonalds betaalde over diezelfde periode 80 miljoen pond bedrijfsbelastingen in het Verenigd Koninkrijk, en Kentucky Fried Chicken (als derde grootste in de lijst, achter Starbucks) betaalde ongeveer 36 miljoen pond. Het rapport concludeert echter dat niets suggereert dat Starbucks de wet overtreden had. Er lijkt hier dan ook sprake te zijn van belastingontwijking, wat in beginsel binnen de grenzen van de wet gebeurt, en niet belastingontduiking.

2. Deze problematiek is echter niet beperkt tot de grootste der internationale bedrijven zoals Starbucks. Zo rapporteerde De Tijd<sup>2</sup> in 2014, naar aanleiding van Lux Leaks<sup>3</sup>, over de constructie die Colruyt Group heeft opgezet tussen dochterondernemingen in België en Luxemburg. Deze constructie liet Colruyt Group toe om in 2013 minder dan €5.000,00 aan belastingen te betalen op een winst van 87,8 miljoen euro.
3. Binnen de problematiek van de belastingontwijking kunnen er verscheidene manieren onderscheiden worden hoe bedrijven trachten de belastingen ontwijken. De voorkeur gaat hierbij veelal uit naar mobiele, onlichamelijke inkomsten, zoals deze uit intellectuele eigendomsrechten of uit interesten.<sup>4</sup> Het is deze problematiek van de interestaftrekbeperking dat het centraal onderwerp vorm voor deze masterscriptie.

---

<sup>1</sup> T. BERGIN, "Special Report : How Starbucks avoids UK taxes", 15 oktober 2012, [www.reuters.com/article/us-britain-starbucks-tax/special-report-how-starbucks-avoids-uk-taxes-idUSBRE89E0EX20121015](http://www.reuters.com/article/us-britain-starbucks-tax/special-report-how-starbucks-avoids-uk-taxes-idUSBRE89E0EX20121015).

<sup>2</sup> L. BOVÉ en K. EVENEPOEL, "Colruyt zet miljarden euro's in Luxemburg", 13 december 2014, [www.tijd.be/politiek-economie/belgie/economie/colruyt-zet-miljarden-euro-s-in-luxemburg/9578576.html](http://www.tijd.be/politiek-economie/belgie/economie/colruyt-zet-miljarden-euro-s-in-luxemburg/9578576.html).

<sup>3</sup> D. SOENENS, "Lux Leaks : Ook Colruyt ontwijkt miljoenen belastingen via Luxemburg", 15 december 2014, [www.demorgen.be/nieuws/ook-colruyt-ontwijkt-miljoenen-belastingen-via-luxemburg~bba5fed9/](http://www.demorgen.be/nieuws/ook-colruyt-ontwijkt-miljoenen-belastingen-via-luxemburg~bba5fed9/).

<sup>4</sup> OESO, *ADDRESSING THE TAX CHALLENGES OF THE DIGITALISATION OF THE ECONOMY- Public Consultation Document*, Parijs, OECD Publishing, 2019, 6.

## 1.2. De problematiek van de interestaftrekbeperking

4. Er bestaat een asymmetrische behandeling tussen vreemd vermogen enerzijds en eigen vermogen anderzijds.<sup>5</sup> Deze asymmetrische behandeling vormt de basis voor de interestaftrekproblematiek dewelke zowel de Belgische als de Europese wetgever getracht hebben tegen te gaan. Eerst zal de problematiek van de belastingontwijking door interestaftrek worden voorgesteld. Vervolgens zullen de meest gangbare manieren om belastingontwijking door interestaftrek tegen te gaan worden besproken en zal toegelicht worden welke de voor- en nadelen zijn per methode.

## 1.3. Probleemstelling

5. Het gebruik van vreemd vermogen bij de financiering van een onderneming is in hoofde van een onderneming/kredietnemer vaak fiscaal voordeliger dan het gebruik van eigen vermogen.<sup>6</sup> Zo zullen de interesten die naar aanleiding van het gebruik van vreemd vermogen verschuldigd zijn in hoofde van de kredietnemer in de regel een aftrekbare beroepskost<sup>7</sup> vormen.<sup>8</sup> De interesten, als tegenprestatie voor het verlenen van een krediet, zullen opgenomen worden in de belastbare basis van de kredietgever en in zijn hoofde belast worden. Door de soevereiniteit die lidstaten genieten op het vlak van de directe belastingen is iedere lidstaat nog steeds vrij haar belastingtarief te bepalen. Door de groepsbank te plaatsen in een jurisdictie waar interesten gunstiger worden belast dan het belastingtarief waaraan de kredietnemer onderworpen zou zijn kan de ondernemingsgroep haar totale belastingdruk doen dalen.
6. Dividenden, als winstallocatie, geven geen aanleiding tot aftrek voor de uitkerende onderneming. Ze werden reeds opgenomen in de belastbare basis van de vennootschap die ze betaald, en werden reeds in haar hoofde belast alvorens ze werden toegekend. Om een dubbele belastingheffing te voorkomen zullen de dividenden in hoofde van de ontvanger vaak worden vrijgesteld van belastingen. Bij Europese grensoverschrijdende dividenduitkeringen gebeurt dit op basis van de moeder-dochterrichtlijn.<sup>9</sup> Indien zowel de uitkerende als de ontvangende onderneming in België gevestigd zijn is dit mogelijk via het regime van de DBI-aftrek, in zover voldaan is aan de taxatie<sup>10</sup>-, participatie<sup>11</sup>- en permanentievoorwaarden.<sup>12</sup>
7. Volgend voorbeeld illustreert de problematiek:  
Bedrijf A is gelegen in land A. Ze is een dochteronderneming van bedrijf B, gelegen in land B. Bedrijf A heeft 10.000,00 euro aan werkmiddelen nodig om haar activiteiten te kunnen

---

<sup>5</sup> L. HILLMANN en R. HOEHL, "Interest Limitation Rules: At a Crossroads between National Sovereignty and Harmonization", *European Taxation* 2018, afl. 58, nr. 4, (140) 140.

<sup>6</sup> Dit wordt ook wel de "debt-bias" genoemd.

<sup>7</sup> Zie hiertoe artikel 55 WIB92.

<sup>8</sup> A. CLOCHERET en S. VAN BELLE, "Een historische benadering voor toekomstige hervormingen - De mogelijkheid tot een meer neutrale behandeling van inkomsten uit een zelfstandige activiteit en van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen", *TFR* 2014, (225) 227.

<sup>9</sup> Richtl.Raad nr. 2011/96/EU, 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit lidstaten (herschikking), *Pb.L.* 29 maart 2011, afl. 345, 8.

<sup>10</sup> Art. 203, §1, eerste lid, 1<sup>o</sup> WIB92.

<sup>11</sup> Art. 202, §2, eerste lid, 1<sup>o</sup> WIB92.

<sup>12</sup> Art. 202, §2, eerste lid, 2<sup>o</sup> WIB92.

uitvoeren. Situatie 1 gaat uit van een volledige financiering met eigen middelen, waar situatie 2 uitgaat van een gedeeltelijke financiering met vreemd vermogen (8.000,00 euro). Het belastingtarief in land A bedraagt 35,00%. Het voorbeeld gaat er van uit dat alle winsten steeds in haar geheel terugvloeien naar de moederonderneming.

	<i>Situatie 1</i>	<i>Situatie 2</i>
<i>Eigen vermogen</i>	10.000	2.000
<i>Vreemd vermogen</i>	0	8.000
<i>Balanstotaal</i>	10.000	10.000
<i>Omzet</i>	1.000	1.000
<i>Kosten</i>	200	200
<i>Interest op vreemd vermogen (10,00%)</i>	0	800
<i>Belastbare basis A</i>	800	0
<i>Verschuldigde belastingen in hoofde van A (aan 35,00%)</i>	280	0
<i>Over te dragen d.m.v. dividend</i>	520	0
<i>Totaal overgedragen naar B</i>	520	800

In dit voorbeeld kon door het gebruik van de toegelaten belastingaftrek voor interesten de effectieve belastingdruk voor bedrijf A worden verlaagd van 35,00% naar 0,00%, met een verhoging van de winst op groepsniveau tot gevolg. Deze verhoging van de winst voor de groep is het spiegelbeeld van het verlies aan inkomsten voor land A.

Het voordeel dat het gebruik van vreemd vermogen opbrengt (ook wel *tax shield* genoemd) kan berekend worden aan de hand van volgende formule<sup>13</sup>:

$$A = r^d \times (M) \times t$$

*A = tax shield in hoofde van de kredietnemer*

*d = totale duur van de schuld*

*r = tarief van de interest in %*

*M = totaal gefinancierd bedrag*

*t = tarief vennootschapsbelasting*

Deze formule houdt echter geen rekening met de belastingverhoging in hoofde van de kredietgever. Om per groep de verlaging in totale belastingdruk te berekenen moet hier derhalve nog het volgende aan toe worden gevoegd:

$$B = A - (A \times t^2)$$

<sup>13</sup> T. ĐUKIĆ, "Thin Capitalization Rules in EU Member States", *Central European Public Administration review* 2014, afl. 9, nr. 2, (83) 85.

$B$  = totale vermindering van de belastingdruk op groepsniveau

$A$  = tax shield in hoofde van de kredietnemer

$t^2$  = belastingtarief waartegen de interesten zullen worden belast bij de kredietgever groepslid

8. Het uithollen van de belastbare grondslag en het verschuiven van winsten zijn niet de enige problematische aspecten van het overmatig gebruik van vreemd vermogen. Met de keuze voor de financiering met vreemd vermogen (*debt*) wordt dit aandeel ook buiten het ondernemingsrisico geplaatst waaraan het eigen vermogen (*equity*) normaal onderworpen is. Men spreekt bij vreemd vermogen ook wel eens over risicomijdend of niet-ondernemend vermogen waar men bij het eigen vermogen spreekt van risicokapitaal.<sup>14</sup>

Zo wordt, in geval van vereffening van de vennootschap, het eigen vermogen slechts vergoed met het resterend saldo nadat eerst de boedelschuldeisers, de schuldeisers met een bijzonder voorrecht en de chirografaire schuldeisers zijn vergoed.<sup>15</sup> Op deze wijze kunnen de derde-schuldeisers in een minder gunstige positie worden geplaatst en kan de ondernemingsgroep bij faillissement van de kredietnemer bij een deficitaire vereffening aanspraak maken op het terugvorderen van een deel van haar investering. De impact van deze problematiek is echter beperkt tot de situatie waarin de moederonderneming toelaat dat haar dochteronderneming wordt vereffend. Bijgevolg zal deze problematiek verder niet besproken worden binnen dit werk en zal de nadruk voornamelijk gelegd worden bij de problematiek van de grondslaguitholling en de winstverschuiving.

Om belastingontwijking door middel van interestaftrek tegen te gaan had het merendeel van de Europese lidstaten reeds voor de aanneming van de ATAD een regeling in voege die een beperking van de aftrekbaarheid van interesten inhield. De gebruikte maatregelen waren echter zeer uiteenlopen. Zo onderscheiden we twee groepen van regels, namelijk de *arm's length*-regels en de *fixed ratio*-regels. Deze laatste kan een tweede maal onderverdeeld worden in de onderkapitalisatieregels (ook wel *thin capitalization*-regels) en de *earnings stripping*-regels.

## 1.4. Methoden om belastingontwijking door interestaftrek tegen te gaan

### 1.4.1. *Arm's length*-regels

9. Bij de toepassing van *arm's length*-regels staat de marktconformiteit van de lening centraal. Zo zal men nagaan, vanuit het perspectief van de kredietverstrekker, hoeveel en tegen welk tarief de betrokken onderneming onder normale marktomstandigheden een lening had

<sup>14</sup> H.J. OTS, *Externe Financiële Verslaggeving*, Amsterdam, Pearson Education Benelux, 2004, 5.

<sup>15</sup> M.E. STORME, *Handboek Vermogensrecht: Goederen- en Insolventierecht, DEEL III, SAMENLOOP, VERMOGENSVEREFFENING EN RANGREGELINGEN*, Uitgave 2010, Gent, 2009, 692.  
<https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/vermogensrecht2010I.pdf>

kunnen bekomen.<sup>16</sup> Er kan tevens vanuit het perspectief van de kredietnemer worden bekeken hoeveel een soortgelijke onderneming onder dezelfde omstandigheden zou lenen.<sup>17</sup>

- 10.** De voor- en nadelen van de *arm's length*-regels zijn beide voornamelijk te wijten aan haar precieze, bedrijfsspecifieke toepassing. Zo kan, door toepassing van de *arm's length*-regels, onder andere rekening worden gehouden met het type onderneming en haar kapitaalstructuur.<sup>18</sup> Hier staat dan weer tegenover dat de belastingplichtige nooit volledig zeker is of een lening als marktconform zal worden bestempeld, met een vermindering van de rechtszekerheid tot gevolg. Voorts moet de betrokken belastingdiensten over een zeer grote kennis van zake beschikken en is ze, gezien haar toegespitste aanpak, minder kostenefficiënt als de andere mogelijke regels om belastingontwijking door interestaftrek tegen te gaan.<sup>19</sup> Door enkel aftrek toe te kennen voor interesten bekomen uit leningen die als marktconform worden gezien worden bedrijven die wel deel uitmaken van een multinationale groep en bedrijven die geen deel uitmaken van een internationale groep op gelijke voet behandeld met betrekking tot de aftrekbaarheid van interesten.<sup>20</sup> Het risico op winstverschuiving blijft echter bestaan waardoor de belastingdruk van de groep over het algemeen lager blijft dan voor op zichzelf staande ondernemingen.

#### **1.4.2. Fixed ratio-regels**

- 11.** Bij de toepassing van *fixed ratio*-regels wordt de mogelijkheid om interesten in aftrek te nemen bepaald door een bepaalde verhouding toe te passen.<sup>21</sup>

Binnen de *fixed ratio*-regels kan een onderscheid worden gemaakt tussen onderkapitalisatieregels enerzijds en *earnings stripping*-regels anderzijds. Hierna zullen beide kort naar hun inhoud besproken worden, alsook de voor- en nadelen verbonden aan het gebruik van *fixed ratio*-regels.

#### **1.4.3. Onderkapitalisatieregels en earnings stripping-regels**

- 12.** Bij onderkapitalisatie is het eigen vermogen beperkt en worden de andere benodigde werkmiddelen gefinancierd door het gebruik van vreemd vermogen waarop interesten verschuldigd zijn.<sup>22</sup> Door het bedrag van de schulden te verhogen, worden ook de te betalen interesten verhoogd. Om deze vorm van interestaftrek te beperken wordt gebruik gemaakt van een beperking op basis van een *fixed ratio* of vaste verhouding. Interesten verschuldigd op schulden die een bepaalde verhouding tussen vreemd vermogen en eigen vermogen overstijgen kunnen dan niet als beroepskost worden afgetrokken.<sup>23</sup> Het bepalen van deze

---

<sup>16</sup> OESO, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4- 2015 Final Report*, Parijs, OECD Publishing, 2015, 19, nr. 12.

<sup>17</sup> OESO, "Thin Capitalisation Legislation, A background Paper For Country Tax Administrations (Pilot version for comments)", 2012, [https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin\\_capitalization\\_background.pdf](https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin_capitalization_background.pdf), 9.

<sup>18</sup> OESO, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4- 2015 Final Report*, Parijs, OECD Publishing, 2015, 19, nr. 12.

<sup>19</sup> OESO, "Thin Capitalisation Legislation, A background Paper For Country Tax Administrations (Pilot version for comments)", 2012, [https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin\\_capitalization\\_background.pdf](https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin_capitalization_background.pdf), 9.

<sup>20</sup> OESO, "Thin Capitalisation Legislation, A background Paper For Country Tax Administrations (Pilot version for comments)", 2012, [https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin\\_capitalization\\_background.pdf](https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin_capitalization_background.pdf), 9.

<sup>21</sup> OESO, "Thin Capitalisation Legislation, A background Paper For Country Tax Administrations (Pilot version for comments)", 2012, [https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin\\_capitalization\\_background.pdf](https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin_capitalization_background.pdf), 12.

<sup>22</sup> J.J. COUTURIER, B. PEETERS en N. PLETS, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2011, 450.

<sup>23</sup> VN, *Protecting the Tax Base of Developing Countries against Base-eroding Payments: Interest and Other Financing Expenses*, New York, United Nations, 2017, 31.

verhouding bepaalt de effectiviteit van de regel.<sup>24</sup> Indien ze te breed is zal de regel niet effectief zijn, indien ze te nauw is bestaat het risico dat ook interesten uit legitieme transacties worden verworpen.<sup>25</sup> Voor het berekenen van deze verhouding beperken de meeste landen het toepassingsgebied tot leningen aangegaan met verbonden ondernemingen.<sup>26</sup> Dit gezien het risico op BEPS gering is voor wat betreft leningen aangegaan bij derden. Deze worden vermoed marktconform te zijn. Desondanks blijft de implementatie van een verhouding op basis van het geheel aan vreemd vermogen mogelijk.

**13.** Een tweede vorm van *fixed ratio*-regels, de *earnings stripping*-regels, beperken de interestaftrek tot een bepaald percentage van de operationele winst of operationele cashflow.<sup>27</sup> Operationele winst wordt in deze vaak vertegenwoordigt door de inkomsten vóór interesten, belastingen, afschrijvingen en amortisatie<sup>28</sup> van de onderneming. Bij de toepassing van de *earnings stripping*-regels wordt doorgaans geen onderscheid gemaakt tussen schulden aangegaan bij derden dan wel bij verbonden ondernemingen.<sup>29</sup>

**14.** *Fixed ratio*-regels, in tegenstelling tot de *arm's length*-regels, zijn minder flexibel. Ze houden geen rekening met de gebruikelijke kapitaalstructuur binnen een sector of groep. Dit is nadelig voor ondernemingen die actief zijn in bepaalde sectoren of groepen die in grotere mate beroep doen op schuldfinanciering, ondanks het ontbreken van fiscale motieven.<sup>30</sup> Daarentegen verschaffen ze wel de nodige rechtszekerheid en zijn de regels doorgaans zeer eenvoudig toe te passen, wat de administratieve kosten voor zowel de onderneming als voor de belastingdienst helpt drukken.<sup>31</sup>

## 1.5. Onderzoeksvragen

**15.** De centrale onderzoeksvraag voor deze thesis is de volgende: **Welke invloed heeft artikel 4 van de ATAD gehad op de Belgische regelgeving betreffende de interestaftrekbeperking?**

Om deze onderzoeksvraag te beantwoorden dienen een reeks subonderzoeksvragen beantwoord te worden.

**16.** In het eerste hoofdstuk stond de algemene problematiek van de interestaftrekbeperking centraal. De te beantwoorden onderzoeksvragen binnen dit hoofdstuk luiden als volgt:

- Op welke wijze geeft het gebruik van vreemd vermogen aanleiding tot BEPS?
- Met welke mogelijke methoden kan de onderkapitalisatieproblematiek worden aangepakt?

---

<sup>24</sup> S.A. STEVENS, "Evaluation of the Earnings Stripping Rules", *EC TAX REVIEW* 2020, vol.29, nr. 4, (158) 163.

<sup>25</sup> VN, *Protecting the Tax Base of Developing Countries against Base-eroding Payments: Interest and Other Financing Expenses*, New York, United Nations, 2017, 31.

<sup>26</sup> VN, *Protecting the Tax Base of Developing Countries against Base-eroding Payments: Interest and Other Financing Expenses*, New York, United Nations, 2017, 29.

<sup>27</sup> OESO, "Thin Capitalisation Legislation, A background Paper For Country Tax Administrations (Pilot version for comments)", 2012, [https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin\\_capitalization\\_background.pdf](https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin_capitalization_background.pdf), 15.

<sup>28</sup> Hierna EBITDA.

<sup>29</sup> OESO, "Thin Capitalisation Legislation, A background Paper For Country Tax Administrations (Pilot version for comments)", 2012, [https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin\\_capitalization\\_background.pdf](https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin_capitalization_background.pdf), 14.

<sup>30</sup> L. HILLMANN en R. HOEHL, "Interest Limitation Rules: At a Crossroads between National Sovereignty and Harmonization", *European Taxation* 2018, afl. 58, nr. 4, (140) 141.

<sup>31</sup> OESO, "Thin Capitalisation Legislation, A background Paper For Country Tax Administrations (Pilot version for comments)", 2012, [https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin\\_capitalization\\_background.pdf](https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin_capitalization_background.pdf), 12.

- Wat zijn de voor- en nadelen verbonden aan deze methoden?

**17.** In het tweede hoofdstuk wordt de Belgische regelgeving betreffende de interestaftrekbeperking besproken zoals in voege voor de implementatie van de ATAD. De te beantwoorden onderzoeksvragen luiden als volgt:

- Hoe heeft de Belgische wetgever getracht de interestaftrekproblematiek aan te pakken?
- Op welke wijze trachten de artikelen 18, eerste lid, 4° en 198, §1, 11° WIB92 de interestaftrekproblematiek tegen te gaan?
- Welke methode om belastingontwijking door interestaftrek tegen te gaan werd gehanteerd?
- Op wie is deze regelgeving van toepassing?

**18.** In het derde hoofdstuk worden de verscheidene facetten van de Europese interestaftrekbeperking zoals vervat in artikel 4 ATAD besproken. In dit hoofdstuk worden volgende deelvragen beantwoord:

- In welk soort harmonisatie voorziet de ATAD?
- Welke methode om belastingontwijking door interestaftrek tegen te gaan wordt gehanteerd?
- Wat zijn het personeel, temporeel en materieel toepassingsgebied van de regel?
- Voorziet de richtlijn in keuzemogelijkheden bij haar nationale implementatie? Zo ja, waarom en tot welk effect?

**19.** In het vierde hoofdstuk wordt de Belgische implementatie van het artikel 4 van de ATAD uit de doeken gedaan. De deelvragen binnen dit hoofdstuk luiden als volgt:

- Hoe positioneert de nieuwe regeling betreffende de interestaftrekbeperking zich ten opzichte van deze die reeds in voege waren, met name de artikelen 18, eerste lid, 4° en 198, §1, 11° WIB92?
- Op wie is de nieuwe onderkapitalisatieregeling vervat in artikel 198/1 WIB92 van toepassing?
- Welke optionele deelaspecten werden overgenomen bij de nationale implementatie? Welke niet?

## **1.6. Afbakening van de bespreking**

**20.** Voor wat betreft de bespreking over de methoden om de interestaftrekproblematiek aan te pakken zal de bespreking beperkt worden tot de methoden die besproken worden binnen de werkzaamheden van de OESO. Dit zowel voor wat betreft actieplan 4 van het BEPS, alsook andere werkzaamheden binnen het veld van de interestaftrekproblematiek.

**21.** Aangaande de bespreking van de Belgische regeling ter bestrijding van de interestaftrekproblematiek vóór het in voege treden van de ATAD zal de materie beperkt worden tot het bespreken van de regelgeving betreffende de interestaftrekproblematiek vervat in de artikelen 18, eerste lid, 4° en 198, §1, 11° WIB92. Er wordt slechts verwezen naar andere bepalingen binnen het WIB92 en het WVV voor zover noodzakelijk ter ondersteuning bij de bespreking van de twee voornoemde artikelen. Ter verklaring van



bepaalde keuzes of ter verheldering van de toepassing wordt gesteund op zowel de parlementaire werkzaamheden, als op de commentaren bij het WIB92 en de toepasselijke circulaires.

Waar nodig wordt ook verwezen naar rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. Deze rechtspraak zal besproken worden in het licht van de bespreking van de artikelen 18, eerste lid, 4° en 198, §1, 11° WIB92. Ook de bespreking van deze rechtspraak vervult derhalve voornamelijk een ondersteunende rol.

**22.** Met betrekking tot de ATAD zal de bespreking beperkt blijven tot het artikel 4 ATAD.<sup>32</sup> Bij de bespreking van het artikel 4 ATAD is het soms echter nodig om te verwijzen naar de preambule. Ook binnen dit deelaspect zal bij de bespreking teruggerepen moeten worden naar enkele arresten van het Europese Hof van Justitie. Dit slechts in zoverre ze bepaalde keuzes van de Europese wetgever verklaren of de toepassing van het artikel 4 ATAD verhelderen.

**23.** Met betrekking tot de bespreking van de implementatie van het artikel 4 van de ATAD staat het artikel 198/1 WIB92 centraal. Toch is het nodig om ook enkele andere bepalingen binnen het WIB92 te bespreken of te vermelden. Zo zou een bespreking van artikel 198/1 WIB92 onvolledig zijn zonder ook melding te maken van de artikelen 2, 185, 194sexies, 194septies, 198, §1, 11° en 205/5 WIB, alsook naar de artikelen uit het KB/WIB92 die ter uitvoering van deze voornoemde artikelen zijn aangenomen. Tevens worden, waar nodig, de parlementaire werkzaamheden besproken met betrekking tot voornoemde bepalingen. De nadruk zal liggen op de fiscale uitwerking van de nieuwe regelgeving. De boekhoudkundige verwerking wordt daarom niet besproken.

## **1.7. Methodiek**

**24.** Binnen de voorliggende masterscriptie wordt methodologisch de klassieke juridische wets- en documentanalyse gehanteerd. Het positief recht wordt hier als uitgangspunt gebruikt, waarna de bespreking wordt uitgediept aan de hand van de voorbereidende documenten, de rechtsleer en in beperkte mate de rechtspraak.

**25.** De centrale onderzoeksvraag heeft allereerst een vergelijkend facet met als *tertium comparationis* de aanpak van de onderkapitalisatieproblematiek. In dit opzicht zal een dogmatische benadering gehanteerd worden om de Belgische onderkapitalisatieregels (zowel deze van vóór als na de implementatie van de ATAD) te vergelijken met de Europese, zoals vervat in artikel 4 ATAD.

De centrale onderzoeksvraag heeft naast een vergelijkend facet ook een evaluerend facet. Zo zal onderzocht worden welke invloed het artikel 4 ATAD heeft gehad op de Belgische onderkapitalisatieregels. Er zal in het bijzonder aandacht besteed worden aan de door de

---

<sup>32</sup> Art. 4 Richtl.Raad nr. 2016/1164, 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, *Pb.L.* 19 juli 2016, afl. 193, 1. Hierna: ATAD.

Belgische wetgever gekozen opties bij de implementatie van het artikel 4 ATAD en de positie die de nieuwe regel inneemt ten opzichte van de reeds bestaande regelgeving ter bestrijding van de interestaftrekproblematiek.



## **2. Hoofdstuk 2: de Belgische regeling ter bestrijding van onderkapitalisatie vóór het in voege treden van de ATAD.**

- 26.** De Belgische wetgever wou voorkomen dat ondernemingen werden opgericht waarbij voornamelijk berust werd op vreemd vermogen. Ze deed dit in eerste instantie door de aftrekbaarheid van interesten te beperken. Hierin werd voorzien in artikel 18, eerste lid, 4<sup>o</sup> WIB92 en artikel 198, §1, 11<sup>o</sup> WIB92. Deze twee regelingen zullen hier onder uitvoerig besproken worden.
- 27.** Voorts heeft de wetgever getracht om de verschillende behandelingen tussen het vreemd- en het eigen vermogen te minimaliseren met de invoer van de aftrek voor risicokapitaal, ook wel de notionele interestaftrek genoemd. Ze voorziet in een fictieve rente toegekend op het eigen vermogen (waaronder onder andere de som van kapitaal, uitgiftepremies, herwaarderingsmeerwaarden, reserves, de overgedragen winsten en verliezen en kapitaalsubsidies)<sup>33</sup> die vervolgens van haar bedrijfsresultaat mag worden afgetrokken. De aftrek van risicokapitaal ligt echter buiten het bestek van dit werk en zal verder niet besproken worden.

### **2.1. Artikel 18, eerste lid, 4<sup>o</sup> WIB92**

- 28.** Door de wet van 28 juli 1992 werd in artikel 18, eerste lid, 4<sup>o</sup> WIB92 een maatregel ter voorkoming van belastingontwijking door interestaftrek geïmplementeerd in de Belgische rechtsorde.<sup>34</sup> Ze voorziet in de mogelijkheid om interesten op voorschotten onder bepaalde voorwaarden te herkwalificeren tot dividenden. Dit indien de marktrentevoet overschreden wordt (*arm's length*-regel), of het bedrag van het vreemd vermogen dat ter beschikking wordt gesteld door een bepaalde groep personen het fiscaal eigen vermogen (onderkapitalisatieregeling) overstijgt.

#### **2.1.1. Toepassingsgebied**

##### **2.1.1.1. Voorschotten**

- 29.** Om als voorschot aangezien te worden moet de kredietgever (i) een bepaalde hoedanigheid bezitten, dient het krediet (ii) een "vordering" dan wel een "geldlening" uit te maken, afhankelijk van de periode waarin ze toegestaan is, en dient ze (iii) niet te behoren tot de groep van uitgesloten leningen. Hierna worden deze drie elementen die nodig zijn om van een voorschot te spreken kort besproken.

---

<sup>33</sup> C. VAN BIERVLIET, "Hoe fiscaalvriendelijk mezelf "bezoldigen"?" in P. GILLEMONT, B. PEETERS, T. TACK, F. VANDENBERGHE en C. VAN BIERVLIET (eds.), *Uw vennootschap en de fiscus*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (189) 275.

<sup>34</sup> Onder de wet van 28 juli 1992 werd ze oorspronkelijk ingevoegd in art 18, eerste lid, 3<sup>o</sup> WIB92. Deze nummering werd echter vernummerd door art. 44 van de wet van 10 maart 1999 waarna ze te vinden is onder art. 18, eerste lid, 4<sup>o</sup> WIB92; zie art. 44 wet van 10 maart 1999 tot wijziging van de wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs, tot fiscale regeling van de verrichtingen van lening van aandelen en houdende diverse andere bepalingen (1), BS 14 april 1999.

### 2.1.1.2. **Toepassing *ratione personae*: hoedanigheid van de kredietgever**

- 30.** Niet zomaar iedere kredietverstrekking aan een vennootschap wordt gezien als een voorschot. Om als voorschot te kwalificeren moet allereerst de kredietgever over een bijzondere bij wet bepaalde hoedanigheid beschikken. Dit is enerzijds het geval voor natuurlijke personen aandeelhouders en anderzijds voor personen (al dan niet rechtspersonen) die een opdracht of functie uitoefenen zoals vermeld in artikel 32, eerste lid, 1° WIB92, ook wel de bedrijfsleider van de eerste categorie genoemd.<sup>35</sup> Hieronder te verstaan de bestuurders, de zaakvoerders, de vereffenaars of de personen die een soortgelijke functie uitoefenen.<sup>36</sup>
- 31.** Onder personen die een soortgelijke functie uitoefenen vallen zij die *de facto* dezelfde taken vervullen als de bestuurders, zaakvoerders of vereffenaars zonder tot die positie benoemd te zijn. Zo heeft het Hof van Cassatie recentelijk beslist dat de vaste vertegenwoordiger, aangesteld conform artikel 61, §2 W.Venn., in feite dezelfde taken vervult als de bestuurder. Verder moet hij voldoen aan dezelfde voorwaarden en is hij op dezelfde wijze burgerrechtelijk en strafrechtelijk aansprakelijk voor de uitoefening van zijn taak, onverminderd de hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon die hij vertegenwoordigt.<sup>37</sup>
- 32.** Aan de twee voornoemde categorieën worden ook toegevoegd de vorderingen door *hun echtgenoot of hun (minderjarige, niet ontvoogde)*<sup>38</sup> *kinderen wanneer die personen of hun echtgenoot het wettelijk genot van de inkomsten van die kinderen hebben.*<sup>39</sup> De wettelijk samenwonende partner worden voor het toepassingsgebied gelijkgesteld met een echtgenoot.<sup>40</sup> De feitelijk samenwonende partner valt buiten het toepassingsgebied.<sup>41</sup> Hiermee werd een vanzelfsprekend omweg afgesloten.
- 33.** Interests op voorschotten komen in aanmerking voor herkwalificatie indien de persoon die deze lening, waar interests op verschuldigd zijn, ze heeft toegestaan gedurende het boekjaar waarin ze interests opbrengen ook de voornoemde hoedanigheid heeft gehad.<sup>42</sup> Het is derhalve niet noodzakelijk dat hij deze hoedanigheid had op het moment dat hij de lening verstrekke, of dat hij deze nog had op het moment waarop de algemene vergadering de jaarrekening goedkeurt.<sup>43</sup> De lening wordt geacht interests op te brengen op het moment dat deze interests worden geboekt als een zekere en vaststaande schuld voor de vennootschap, ongeacht het moment van uitbetaling.<sup>44</sup>

---

<sup>35</sup> C. VAN BIERVLIET, "Hoe fiscaalvriendelijk mezelf "bezoldigen"?" in P. GILLEMONT, B. PEETERS, T. TACK, F. VANDENBERGHE en C. VAN BIERVLIET (eds.), *Uw vennootschap en de fiscus*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (189) 274.

<sup>36</sup> Art. 32, eerste lid, 1° WIB92.

<sup>37</sup> Cass. (1e k.), 23 januari 2020, AR F.18.0079.N, *Fisc. Koer.* 2020, afl. 5, p. 104-107.

<sup>38</sup> *Com. IB.* 1992, nr.18/43.

<sup>39</sup> Art. 18, achtste lid WIB92.

<sup>40</sup> Art. 2, §1, 2° WIB92.

<sup>41</sup> F. VANDEN HEEDE, "Interests tussen een bedrijfsleider en zijn vennootschap", *PACIOLI* 2013, afl. 2013, nr. 374, (1) 4.

<sup>42</sup> *Com. IB.* 1992, nr.18/54, 2°.

<sup>43</sup> F. VANDEN HEEDE, "Interests tussen een bedrijfsleider en zijn vennootschap", *PACIOLI* 2013, afl. 2013, nr. 374, (1) 4.

<sup>44</sup> F. VANDEN HEEDE, "Interests tussen een bedrijfsleider en zijn vennootschap", *PACIOLI* 2013, afl. 2013, nr. 374, (1) 4.

### **2.1.1.3. Toepassing razione materiae: voorschotten: vordering of geldlening?**

- 34.** Bij haar invoer werd als voorschot conform artikel 18, achtste lid WIB92 aangemerkt *"elke al dan niet door effecten vertegenwoordigde vordering..."*<sup>45</sup> In 1996 werd het begrip vordering vervangen door het begrip geldlening.<sup>46</sup> Dit begrip zorgde echter voor een veelvoud aan interpretatieproblemen, voornamelijk wat betreft de toepassing ervan voor boekingen op de rekening-courant zaakvoerder.<sup>47</sup> Gezien het WIB92 zelf niet voorziet in een definitie voor een geldlening moet er teruggegrepen worden naar de gemeenrechtelijke betekenis<sup>48</sup> van geldlening.
- 35.** Wanneer een bedrijfsleider een som geld ter beschikking stelt van de vennootschap of de vennootschap een som ter beschikking stelt van de bedrijfsleider kan er geen twijfel over bestaan dat het om een geldlening gaat. Het wordt echter moeilijker indien het gaat over een verkoop aan de vennootschap met uitstel van betaling die wordt ingeschreven op de rekening-courant. Met betrekking tot de rekening-courant voorziet de belastingadministratie in haar circulaire in een zeer breed toepassingsgebied.<sup>49</sup> Zo zouden alle interesten uitgekeerd naar aanleiding van een vordering die is ingeschreven op de rekening-courant en die overeenstemt met het saldo dat ter beschikking van de vennootschap werd gesteld in aanmerking komen voor de her kwalificatie van interesten in dividenden.<sup>50</sup>
- 36.** Deze stellingname kan niet worden gevolgd. Vooreerst staat zij loodrecht op deze van de minister van Financiën. In een antwoord op een schriftelijke vraag stelt deze dat *"...om uit te maken of er al dan niet sprake is van een geldlening, belangrijk is te onderzoeken wat de bijzonderheden zijn die eigen zijn aan elk geval teneinde de juiste aard van de tussen de partijen gesloten overeenkomst(en) te kunnen achterhalen..."*<sup>51</sup> Daarnaast heeft ook het Hof van Cassatie zich verzet tegen de stellingname van de administratie en stelt deze dat een inschrijving op de rekening-courant niet noodzakelijk ook tegelijkertijd de kwalificatie tot geldlening met zich meebrengt. Ze laat dus in beide richtingen de mogelijkheid open. Het is volgens haar aan de feitenrechter om gezien de omstandigheden van de zaak te beoordelen of de toekenning van een uitstel van betaling en de daaropvolgende inschrijving ervan op de rekening-courant al dan niet een geldlening uitmaakt.<sup>52</sup>
- 37.** Als oplossing voor deze interpretatieproblematiek werd er in 2017 voor gekozen om de term geldlening opnieuw te veranderen naar het initieel gebruikte begrip "vordering".<sup>53</sup> Dit om, gezien de finaliteit van artikel 18, eerste lid, 4<sup>o</sup> WIB92, het begrip vordering opnieuw een

<sup>45</sup> Art. 1 wet van 28 juli 1992 houdende fiscale en financiële bepalingen, *BS* 31 juli 1992; art. 18, achtste lid WIB92.

<sup>46</sup> Art. 3 Koninklijk besluit van 20 december 1996 houdende diverse fiscale maatregelen, met toepassing van de artikelen 2, § 1, en 3, § 1, 2<sup>o</sup> en 3<sup>o</sup>, van de wet van 26 juli 1996 strekkende tot realisatie van de budgettaire voorwaarden tot deelname van België aan de Europese Economische en Monetaire Unie, *BS* 31 december 1996. Ze is van toepassing op vanaf 1 januari 1997 toegekende of betaalbaar gestelde inkomsten (art. 49).

<sup>47</sup> Wetsvoorstel (P. DE ROOVER e.a.) tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001, 32-33; B. BUYTAERT en M. POSSOZ, "De nieuwe EBITDA-interestaftrekbepanking", *TFR* 2019, afl. 8, nr. 560, (378) 379.

<sup>48</sup> Zie hiertoe Cass. 9 juli 1931, *Pas.* 1931, I, 218.

<sup>49</sup> Circ. nr. Ci.RH 231/543.949 (AOIF 2/2005), *BS* 11 januari 2005, nr. 8-9.

<sup>50</sup> Circ. nr. Ci.RH 231/543.949 (AOIF 2/2005), *BS* 12 september 2007, nr. 4.

<sup>51</sup> *Vr. en Antw.* Kamer 2004-2005, 21 januari 2005, 10631-10633 (Vr. nr. 628 K. PINXTEN).

<sup>52</sup> Cass. 15 oktober 2010, AR F.09.0093.N, overweging 8.

<sup>53</sup> Art. 4, 3<sup>o</sup> Wet van 25 december 2017 tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *BS* 29 december 2017.

ruime, economische invulling te geven.<sup>54</sup> Vordering geniet een bredere interpretatie dan geldlening.<sup>55</sup>

**38.** Afhankelijk van het tijdstip waarop de overeenkomst werd aangegaan kan de definitie van voorschot derhalve veranderen. Ze kan als volgt worden samengevat:

- Voor interesten betaalbaar of toegekend tussen de periode 27 maart 1992<sup>56</sup> en 31 december 1996<sup>57</sup> zal bij de herkwalficatie van interesten naar dividenden "voorschot" worden ingevuld aan de hand van het begrip "vordering".
- Voor interesten betaalbaar of toegekend tussen de periode 1 januari 1997<sup>58</sup> en 31 december 2019<sup>59</sup> zal bij de herkwalficatie van interesten naar dividenden "voorschot" worden ingevuld aan de hand van het begrip "geldlening".
- Voor interesten betaalbaar of toegekend vanaf 1 januari 2020<sup>60</sup> zal bij de herkwalficatie van interesten naar dividenden "voorschot" opnieuw worden ingevuld aan de hand van het begrip "geldlening".



Figuur 1: Voorschot: temporeel toepassingsgebied: vordering of geldlening?

#### 2.1.1.4. **Uitgesloten leningen**

**39.** Niet iedere kredietverstrekking komt in aanmerking als voorschot. Artikel 18, achtste lid WIB92 voorziet in 3 uitzonderingen:

- 1.** Obligaties en andere gelijksoortige effecten uitgegeven door een openbaar beroep op het spaarwezen die worden aangegaan zijn geen voorschotten en geven derhalve geen aanleiding tot herkwalficatie van de interesten naar dividenden.
- 2.** Vorderingen op een in artikel 8:4 van het WVV erkende coöperatieve vennootschap worden niet gezien als voorschotten en komen dus niet in aanmerking voor de herkwalficatie.

<sup>54</sup> Wetsvoorstel (P. DE ROOVER e.a.) tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001, 33.

<sup>55</sup> R. FORESTINI, "Artikel 18, 4<sup>o</sup> van het WIB 1992 en de problematiek van de herkwalficatie van de interesten als dividenden of wanneer Napoleon en Portalis zich in hun graf omdraaien...", *TFR* 2007, afl. 323, (482) 483; C. VAN BIERVLIET, "Hoe fiscaalvriendelijk mezelf "bezoldigen"?" in P. GILLEMONT, B. PEETERS, T. TACK, F. VANDENBERGHE en C. VAN BIERVLIET (eds.), *Uw vennootschap en de fiscus*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (189) 273.

<sup>56</sup> Art. 47, §6 wet van 28 juli 1992 houdende fiscale en financiële bepalingen, *BS* 31 juli 1992.

<sup>57</sup> Art. 49, tweede lid Koninklijk besluit van 20 december 1996 houdende diverse fiscale maatregelen, met toepassing van de artikelen 2, § 1, en 3, § 1, 2<sup>o</sup> en 3<sup>o</sup>, van de wet van 26 juli 1996 strekkende tot realisatie van de budgettaire voorwaarden tot deelname van België aan de Europese Economische en Monetaire Unie, *BS* 31 december 1996.

<sup>58</sup> Art. 49, tweede lid Koninklijk besluit van 20 december 1996 houdende diverse fiscale maatregelen, met toepassing van de artikelen 2, § 1, en 3, § 1, 2<sup>o</sup> en 3<sup>o</sup>, van de wet van 26 juli 1996 strekkende tot realisatie van de budgettaire voorwaarden tot deelname van België aan de Europese Economische en Monetaire Unie, *BS* 31 december 1996.

<sup>59</sup> Art. 86.C Wet van 25 december 2017 tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *BS* 29 december 2017.

<sup>60</sup> Art. 86.C Wet van 25 december 2017 tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *BS* 29 december 2017.

3. Vorderingen van in artikel 179 WIB92 bedoelde vennootschappen, zijnde binnenlandse vennootschappen onderworpen aan de (Belgische) vennootschapsbelasting.<sup>61</sup>

40. Het is voornamelijk deze laatste uitzondering die in het verleden stof heeft doen opwaaien. Ze komt er op neer dat interesten uitgekeerd naar aanleiding van een kredietverstrekking, gegeven door een niet-ingezeten vennootschap/kredietgever die tevens een bestuursfunctie heeft binnen de ingezeten vennootschap/kredietnemer, wel in aanmerking komen voor herkwalificatie tot dividenden waar dit niet het geval is indien deze vennootschap/kredietgever een ingezetene is. Het was dan ook dit verschil in behandeling dat aanleiding gaf tot het arrest *Lammers & Van Cleeff*<sup>62</sup> van het Europese Hof van Justitie.

41. Het Hof kwam in dit arrest tot de conclusie dat het verschil in behandeling, meer bepaald de mogelijkheid tot herkwalificatie indien de bestuurder een niet-ingezeten vennootschap is waar dit niet mogelijk is indien de bestuurder een ingezeten vennootschap is, een niet-gerechvaardigde schending van de vrijheid van vestiging uitmaakt.<sup>63</sup> De wetgever heeft tot op heden nagelaten het artikel in overeenstemming te brengen, doch dient opgemerkt dat op basis van de doorwerking van het Europees recht het artikel 18, achtste lid, 3° WIB92 in haar huidige vorm geen uitwerking meer zal krijgen. De nationale rechter zal haar bij geschil buiten toepassing moeten laten.<sup>64</sup>

#### **2.1.2. De in acht te nemen grenzen zoals bedoeld in artikel 18, eerste lid, 4° WIB92**

42. Indien vaststaat dat de kredietverstrekkingen een voorschot uitmaken moeten deze nog getoetst worden aan de twee grenzen vervat in artikel 18, eerste lid, 4° WIB92. Het betreffen enerzijds de toepassing van een *arm's length*-regel waarbij interesten slechts aftrekbaar zijn voor zover ze marktconform zijn, en anderzijds een onderkapitalisatiereguleer waarbij interesten slechts aftrekbaar zijn voor zover ze een fixed ratio van 1 op 1 tussen de voorschotten en het fiscaal eigen vermogen respecteren. Het is in deze voldoende dat één van de twee grenzen overschreden wordt, ze moeten bijgevolg niet cumulatief uitwerking vinden.

43. De toepassing gebeurt in volgorde. Zo zal eerst worden onderzocht of enig deel de marktrentevoet overstijgt en aldus geherkwalificeerd dient te worden. Hierna zal voor de overige interesten die nog niet aan de herkwalificatie onderworpen waren onderzocht worden of zij de 1 op 1 verhouding van de onderkapitalisatiereguleer overstijgen en kan desgevallend een tweede maal overgegaan worden tot de herkwalificatie.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> Art. 18, achtste lid, 1° tot 3° WIB92

<sup>62</sup> HvJ 17 januari 2008, nr. C-105/07, ECLI:EU:C:2008:24, Lammers & Van Cleeff.

<sup>63</sup> HvJ 17 januari 2008, nr. C-105/07, ECLI:EU:C:2008:24, Lammers & Van Cleeff, overw. 24 en 34.

<sup>64</sup> Zie hiertoe HvJ 9 maart 1978, nr. C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49, Simmenthal, overw. 24.

<sup>65</sup> C. CHEVALIER, *Vademecum vennootschapsbelasting 2021*, Mortsel, Intersentia, 2021, 557.



### **2.1.2.1. De arm's length-regel vervat in artikel 55 WIB92**

**44.** Een eerste drempel waaraan de voorschotten onderworpen zijn is deze van de marktrentevoet zoals bepaald in artikel 55 WIB92. Dit is een op zichzelf staande bepaling die de aftrekbaarheid als beroepskost beoordeeld aan de hand van de conformiteit met de marktrentevoet.

**45.** Het artikel stelt dat interesten van obligaties, leningen, schulden, deposito's en andere effecten ter vertegenwoordiging van leningen slechts als beroepskost worden aangemerkt in zoverre de bedongen rentevoet niet hoger is dan de marktrentevoet. Samen gelezen met artikel 18, eerste lid, 4<sup>o</sup> WIB92 wilt dit zeggen dat het percentage van de interesten verschuldigd op voorschotten dat de marktrentevoet overstijgt in aanmerking komt voor een herkwalificatie tot dividend.<sup>66</sup> Artikel 55 WIB92 functioneert steeds, zowel bij de toepassing van het artikel 18, eerste lid, 4<sup>o</sup> WIB92 als bij de artikelen 198, §1, 11<sup>o</sup> en 198/1 WIB92 als een eerste toets. Wat de toets doorstaat zal de verdere toetsing binnen deze verscheidene systemen doorlopen.

Er is echter één verschil in uitwerking. Indien ze wordt toegepast binnen het artikel 18, eerste lid, 4<sup>o</sup> WIB92 geeft ze aanleiding tot de herkwalificatie van het overschrijdende deel tot dividenden. Bij de toepassing van de artikelen 198, §1, 11<sup>o</sup> en 198/1<sup>o</sup> leidt ze tot het verwerpen van de uitgave. Het overschrijdende deel wordt dan niet als beroepskost aangemerkt.

**46.** Het tijdstip waarop de marktconformiteit moet worden beoordeeld verschilt naargelang het type rentevoet en het type lening.

- a. Indien de rentevoet niet veranderlijk is of onderworpen is aan een indexeringsclausule:
  - i. Voor deposito's en de niet door obligaties, kasbons of gelijkaardige effecten vertegenwoordigde leningen dient de marktconformiteit beoordeeld te worden op de datum die in de overeenkomst als begindatum voor het berekenen van de inkomsten is vermeld.<sup>67</sup> Indien een overeenkomst werd opgesteld zal dit veelal de datum zijn waarop de overeenkomst werd afgesloten. Het opstellen van een overeenkomst is echter geen vereiste. In gevallen waar geen overeenkomst werd opgesteld zal het ogenblik waarop de marktconformiteit moet worden beoordeeld het moment zijn waarop het krediet ter beschikking werd gesteld van de onderneming.<sup>68</sup>
  - ii. In het geval van obligaties, kasbons of door gelijkaardige effecten vertegenwoordigde leningen wordt de marktconformiteit beoordeeld op oftewel de eerste dag van de periode waarop de eerste coupon betrekking heeft wanneer op ten laatste op die datum werd ingetekend, oftewel op de

---

<sup>66</sup> *Com. IB.* 1992, nr.18/52.

<sup>67</sup> P. BIELEN, M. CASSIERS en M. ZAGHEDEN (eds.), *Beroepsfiscaliteit, Beroepsinkomsten en -uitgaven artikelsgewijs toegelicht*, Morsel, Intersentie, 2021, 209.

<sup>68</sup> *Com. IB.* 1992, nr. 52/87, 1<sup>o</sup>.

datum van intekening indien dit gebeurde na de eerste dag van de periode waarop de eerste coupon betrekking heeft.<sup>69</sup>

- iii. Bij vernieuwing naar aanleiding van het al dan niet stilzwijgend verlengen van de overeenkomst, op de eerste dag van de periode waarin deze vernieuwing uitwerking krijgt.<sup>70</sup>
- b. In de gevallen waarin de rentevoet wel veranderlijk is of onderworpen is aan een indexeringsclausule:
  - i. Indien de indexering of verandering slechts wordt toegepast op de vervaldag zal de marktconformiteit moeten beoordeeld worden op iedere vervaldag van de inkomsten.<sup>71</sup>
  - ii. Indien de indexering of verandering wordt toegepast op enig ander moment dan de vervaldag zal de beoordeling van de marktconformiteit gebeuren op het einde van iedere tussenperiode begrepen tussen twee vervaldagen.<sup>72</sup>

**47.** Het is aan de belastingplichtige om de marktrente te bepalen en aan de fiscale administratie om de niet-marktconformiteit te bewijzen.<sup>73</sup> Hoe de marktrentevoet moeten worden berekend is afhankelijk van de periode waarin de kredietverstrekking rente heeft opgeleverd. Zo werd het artikel in 2017 gewijzigd<sup>74</sup> en werd de manier waarop de marktrentevoet bepaald werd (deels) gewijzigd, met ingang vanaf 1 januari 2020. Beide worden vervolgens uiteengezet.

#### **2.1.2.1.1. Marktrentevoet voor kredietvetrekkingen die interesten opleverden tussen 10 april 1992 en 31 december 2019<sup>75</sup>**

**48.** Tussen 10 april 1992 en 31 december 2019 werd de marktconformiteit van de rente steeds berekend aan de hand van bedrijfsspecifieke elementen. Het komt erop aan een rentevoet te hanteren waaraan de onderneming onder haar gegeven omstandigheden een krediet had kunnen bekomen van een onafhankelijke derde. Bij het bepalen van de marktrentevoet moest er onder andere rekening worden gehouden met het bedrag van de lening, het risico dat er aan verbonden is en het voorhanden zijn van waarborgen zoals hypotheek of panden, de financiële toestand van de kredietnemer, de looptijd van de lening en de aard van de lening.<sup>76</sup> Indien het gaat om buitenlandse schulden kan tevens rekening worden gehouden met de eigenschappen van de munt waarin de schuld is uitgedrukt, zoals de inflatiegraad en de rentestand.<sup>77</sup>

<sup>69</sup> *Com. IB.* 1992, nr. 52/87, 2°.

<sup>70</sup> *Com. IB.* 1992, nr. 52/87, laatste lid.

<sup>71</sup> *Com. IB.* 1992, nr.52/87.1, 1°.

<sup>72</sup> *Com. IB.* 1992, nr.52/87.1, 2°.

<sup>73</sup> T. MARTENS en P. WILLEMS, "De Wreedheid van de forfaitaire belastbare basis" in P. WILLEMS, *Tien hete hangijzers uit de fiscale praktijk*, Brugge, die Keure, 2020, (186) 196.

<sup>74</sup> Art. 9 Wet van 25 december 2017 tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *BS* 29 december 2017.

<sup>75</sup> In dit onderdeel wordt zowel verwezen naar het "oud art. 55 WIB92" als het "nieuw art. 55 WIB92". Met het "oud art. 55 WIB92" wordt verwezen naar het artikel voor haar wijziging bij wet van 25 december 2017, *BS* 29 december 2017 zoals van toepassing tot 31 december 2019. Met het "nieuw art. 55 WIB92" wordt bijgevolg verwezen naar het artikel na haar wijziging en zoals van toepassing vanaf 1 januari 2020. Zie art. 86.C wet van 25 december 2017.

<sup>76</sup> Oud art. 55, eerste lid WIB92; *Com. IB.* 1992, nr.52/83, tweede lid 1° en 3°.

<sup>77</sup> C. CHEVALIER, *Vademecum vennootschapsbelasting 2021*, Mortsel, Intersentia, 2021, 566.

- 49.** De vaststelling van de marktrentevoet dient specifiek per voorschot te worden bepaald.<sup>78</sup> Dit gezien voor iedere kredietverstrekking de bedrijfsspecifieke elementen opnieuw moeten worden beoordeeld. Het terugvallen op een algemeen marktrentetarief is derhalve in de regel niet toegestaan.<sup>79</sup> Dit weerhield menig vennootschap er niet van om de gehanteerde rentevoet voor hun voorschotten in de rekening-courant te baseren op de regelingen die gelden voor het bepalen van de voordelen alle aard voor niet-hypothecaire leningen zonder vaste looptijd zoals vervat in 18 KB/WIB.<sup>80</sup> Ondanks de afwezigheid van bedrijfsspecifieke elementen werd in de rechtspraak bevestigd dat ze toch als richtinggevend kan worden beschouwd.<sup>81,82</sup>
- 50.** Deze werkwijze werd thans ook geregeld afgewezen. Dit voornamelijk indien werd vastgesteld dat het openstaand saldo op de rekening-courant voor lange tijd stabiel bleef. In dit geval weerspiegelen deze kredieten eerder een investeringskrediet dan een kaskrediet.<sup>83</sup> Zo oordeelde de rechtbank van Antwerpen dat een rentevoet van 8,00% toegekend op een rekening-courant krediet te hoog was, in acht nemende dat het saldo quasi ongewijzigd is gebleven voor lange periode, het een krediet voor onbepaalde duur betrof, het saldo onmiddellijk opeisbaar was zonder verantwoording of schadevergoeding, het risico op insolventie van de onderneming zeer laag was en dat de onderneming de nodige liquide middelen voorhanden had om het krediet op korte termijn af te lossen. Dit krediet vertoonde vergelijkbare elementen met spaarbeleggingen, en derhalve werd het EURIBOR rentetarief op 1 maand als marktconform beschouwd. *In casu* aanvaardde de administratie een rentevoet tussen 0,453% en 1,434% tussen 2011 en 2011.<sup>84</sup>

#### **2.1.2.1.2. Marktrentevoet voor kredietvetrekkingen die interesten opleverden vanaf 1 januari 2020**

- 51.** Gezien het bepalen van een marktconforme rentevoet in de praktijk vaak aanleiding gaf tot discussie heeft de wetgever ervoor gekozen een standvastigere definitie van marktrente te hanteren voor bepaalde leningen.<sup>85</sup> Hiermee wordt de rechtszekerheid verhoogd. Gezien een *arm's length* een zekere mate aan maatwerk vereist is ze tevens arbeidsintensiever. Door deels af te stappen van deze *arm's length*-toepassing wordt de fiscale administratie ontlast.
- 52.** De nieuwe regeling is van toepassing op niet-hypothecaire leningen zonder welbepaalde looptijd, met uitzondering van interesten betaald aan verbonden vennootschappen in het

---

<sup>78</sup> *Com. IB.* 1992, nr.18/51.

<sup>79</sup> C. VAN BIERVLIET "Hoe fiscaalvriendelijk mezelf "bezoldigen"?" in P. GILLEMONT, B. PEETERS, T. TACK, F. VANDENBERGHE en C. VAN BIERVLIET (eds.), *Uw vennootschap en de fiscus*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (189) 276.

<sup>80</sup> Koninklijk besluit van 27 augustus 1993 tot uitvoering van het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, hierna afgekort als "KB/WIB92", *BS* 13 september 1993.

<sup>81</sup> P. BIELEN, M. CASSIERS en M. ZAGHEDEN (eds.), *Beroepsfiscaliteit, Beroepsinkomsten en -uitgaven artikelsgewijs toegelicht*, Mortsel, Intersentia, 2021, 210.

<sup>82</sup> De Dienst Voorafgaande Beslissingen (DVB) heeft besloten dat belastingplichtige zich in bepaalde omstandigheden zelfs voor 1 januari 2020 op de nieuwe regeling kunnen beroepen. Zo stelt ze dat de MFI-rentevoet verhoogd met 2,50 % reeds als richtinggevend kan worden gezien voor leningen die na 1 januari 2020 binnen het toepassingsgebied zouden vallen. Voorafgaande beslissing, nr. 2017.754, dd. 20 maart 2018.

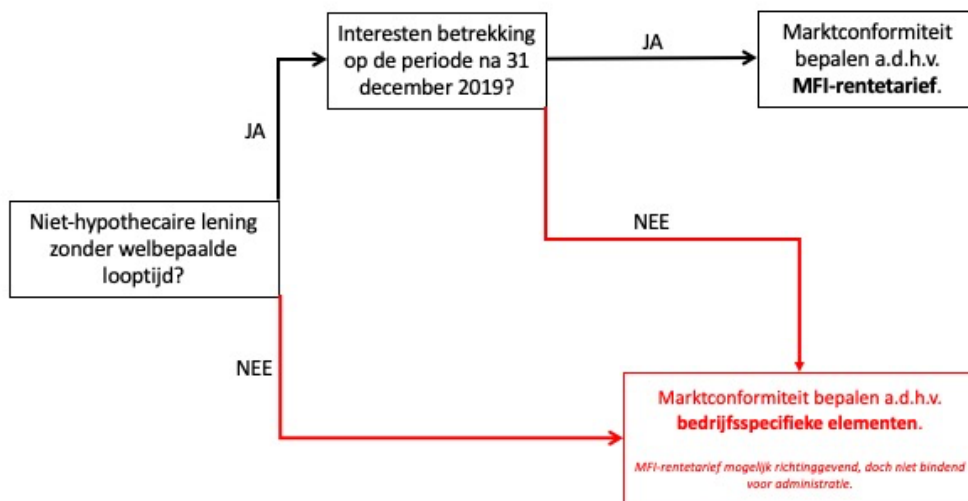
<sup>83</sup> C. CHEVALIER, *Vademecum vennootschapsbelasting 2021*, Mortsel, Intersentia, 2021, 570.

<sup>84</sup> Rb. Antwerpen 17 februari 2016, 2016/N57, *TFR* 2016, nr. 510.

<sup>85</sup> E. DEPRÉ en D. VANASSCHE, "De fiscale gevolgen van het zomerakkoord", *Bericht aan het Notariaat* 2017, afl. 2018, nr.4, (210) 214; Wetsvoorstel (P. DE ROOVER e.a.) tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001, 35.

kader van een raamovereenkomst voor gecentraliseerd thesauriebeheer binnen een groep. Ondanks ze voornamelijk de problematische rekening-courant kredieten viseert<sup>86</sup> is haar toepassing veel breder. Voor niet-hypothecaire leningen zonder vaste termijn zal de marktconformiteit niet meer bedrijfsspecifiek worden berekend, maar zal de (al dan niet expliciet) overeengekomen rentevoet worden vergeleken met de rentevoet die door de Belgische monetaire financiële instellingen (MFI) worden aangerekend voor leningen tot 1.000.000,00 euro met variabel tarief en initiële rentebepaling tot een jaar verstrekt aan niet-financiële vennootschappen, gesloten in de maand november van het kalenderjaar voorafgaand aan het kalenderjaar waarop de interesten betrekking hebben, verhoogd met 2,50%.<sup>87</sup>

- 53.** Voor alle andere kredieten blijft de oude regeling van toepassing en zal de marktconformiteit van de toegepaste rentevoet derhalve nog steeds bedrijfsspecifiek moeten worden bepaald. De huidige toepassing van het artikel 55 WIB92 kan als volgt worden voorgesteld:



Figuur 2: Toepassing van het nieuw artikel 55 WIB92

#### **2.1.2.2. De onderkapitalisatieregeling vervat in artikel 18, eerste lid, 4° WIB92**

- 54.** Artikel 18, eerste lid, 4°, tweede gedachtstreepje WIB92 voorziet een tweede grens. Zo kunnen interesten geherkwalificeerd worden tot dividenden in de mate dat deze voorschotten de som van de belaste reserves bij het begin van het belastbare tijdperk en het gestort kapitaal bij het einde van dit tijdperk overstijgen, ook wel het fiscaal eigen vermogen genoemd. Het betreft in deze dus een onderkapitalisatieregeling met een 1 op 1 *fixed ratio*. Volgend voorbeeld illustreert deze toepassing:

<sup>86</sup> Wetsvoorstel (P. DE ROOVER e.a.) tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001, 35.

<sup>87</sup> Nieuw art. 55, eerste lid, 1° WIB92.

	<i>Begin belastbaar tijdperk</i>	<i>Einde belastbaar tijdperk</i>
<i>Gestort kapitaal</i>	100	190
<i>Belaste reserves</i>	10	40
<i>Balanstotaal</i>	110	230

**55.** Er mag in deze situatie een voorschot worden verleend van 200, zijnde de 10 belastbare reserve vastgesteld aan het begin van het belastbaar tijdperk en de 190 volstort kapitaal dat aanwezig was op het einde van het boekjaar. Indien een rentegevend voorschot werd toegekend dat hoger is dan 200 zal het gedeelte dat de 200 te boven gaat kunnen worden geherkwalificeerd tot dividend. Zo zal in de hypothese dat er 300 aan voorschotten werden toegekend aan 5,00% rentevoet, 100 aan voorschotten aanleiding geven tot herkwalificatie. 5 (zijnde 100 overmatige voorschotten tegen 5,00% rentevoet) kan bijgevolg geherkwalificeerd worden als dividenden en zal derhalve ook niet meer als beroepskost kunnen worden afgetrokken.

Het gestort kapitaal dient in deze steeds als de ondergrens bij de berekening. Indien er derhalve een negatieve stand van de belaste reserves voorhanden is door toepassing van overgedragen verliezen zullen deze niet verrekend worden met het volstort kapitaal, maar gewoon niet in aanmerking worden genomen.<sup>88</sup>

**56.** Voor de berekening worden alle rentegevende voorschotten in aanmerking genomen, zelfs indien de interesten fictief slechts worden toegekend op een deel van dat voorschot.<sup>89</sup> Voortbouwend op voorgaand voorbeeld zou men kunnen stellen dat slecht op 200 van de 300 aan voorschotten een rente van 5,00% verschuldigd was. Men neemt in dat geval voor het al dan niet overschrijden van de ratio het volledige voorschot in rekening. *In casu* zou dan nog steeds 100 aanleiding geven tot herkwalificatie. De totale rentelast is echter lager doordat de 5,00% interesten slechts werden berekend op 200. Het is dan ook slechts deze rentelast die naar verhouding van het overschrijden deel tot het totale voorschot kan worden geherkwalificeerd. *In casu* zou dan 3,33 als dividend kunnen worden geherkwalificeerd.<sup>90</sup> *De facto* komt dit neer op een verlaging van de interestvoet.

**57.** Indien er meerdere voorschotten werden toegekend door verscheiden personen die in haar totaliteit het fiscaal eigen vermogen overstijgen zal de verdeling van de herkwalificatie *pro rata* verlopen.<sup>91</sup> Voortbouwend op het voorgaand voorbeeld gaan we er van uit dat de 300 aan voorschotten bestaan uit voorschotten geleverd door A en B, elk voor 150. Het geherkwalificeerd dividend zal dan voor 50,00% (zijnde 2,5) toegerekend worden aan A en voor 50,00% aan B.

<sup>88</sup> C. CHEVALIER, *Vademecum vennootschapsbelasting 2021*, Mortsel, Intersentia, 2021, 570; E. MASSET, "Thin cap et réserves taxées", *SEMFISC* 2012, nr. 38, 8.

<sup>89</sup> *Com. IB.* 1992, nr.18/54, 1°.

<sup>90</sup> De berekening gebeurde als volgt:  $200 * 5,00\% = 10 \times \left(\frac{100}{300}\right) = 3,33$ .

<sup>91</sup> *Com. IB.* 1992, nr.18/56, tweede lid.

## **2.2. Artikel 198, §1, 11° WIB92<sup>92</sup>**

**58.** Parallel met de onderkapitalisatiemaatregel, zoals van toepassing op de voorschotten, bevatte het Belgisch recht een tweede onderkapitalisatieregeling, vervat in artikel 198, §1, 11° WIB92. Dit artikel bepaalt dat als beroepskosten moeten worden verworpen, de interesten aan de zogenaamde besmette interestgenieters voor zover deze een verhouding van 5 op 1 tussen het vreemd vermogen en fiscaal eigen vermogen overstijgen.

### **2.2.1. Toepassingsgebied**

**59.** Voor de inwerkingtreding van de wet van 12 maart 2012 was deze onderkapitalisatieregeling slechts van toepassing indien de ontvangende onderneming niet onderworpen was aan een inkomstenbelasting of waarbij de interesten slechts tegen een aanzienlijk gunstiger tarief werden belast van toepassing zou zijn geweest binnen België. Er werd hiermee gedoeld op interestbetalingen aan vennootschappen gevestigd in belastingparadijzen. De wet van 12 maart 2012 voegde daar echter een tweede categorie besmette interestgenieter aan toe, namelijk de interesten betaald aan vennootschappen die tot dezelfde groep behoren als de schuldenaar. Tevens verlaagde ze de verhouding van 7 op 1 naar 5 op 1<sup>93</sup> gezien deze eerste, na vergelijking met andere staten, als relatief gunstig kon gezien worden.<sup>94</sup> Onder besmette interestgenieters worden sinds 1 juli 2012<sup>95</sup> dus verstaan<sup>96</sup>:

- De werkelijke verkrijgers van de interesten die niet onderworpen zijn aan een inkomstenbelasting of voor die inkomsten onderworpen zijn aan een aanzienlijk gunstigere aanslagregeling dan die welke voortvloeit uit de in België toepasselijke bepalingen van gemeen recht.
- De werkelijke verkrijgers die deel uitmaken van een groep waartoe de schuldenaar behoort.

Gezien de gebruikte bewoording wordt van de besmette interestgenieter geen speciale hoedanigheid vereist. Bijgevolg kan ze zowel van toepassing zijn op natuurlijke personen als rechtspersonen, en is de fiscale woonplaats van de groepsleden niet van belang.<sup>97</sup>

#### **2.2.1.1. Aanzienlijk gunstigere aanslagregeling of volledig vrijgesteld van de belastingen**

**60.** Een eerste categorie zijn de vennootschappen die in hun geheel niet aan de directe belastingen onderworpen zijn. Hierbij kan gedacht worden aan de vennootschappen gelegen in de *zero tax havens*, zoals Andorra, de Bahama's, Bermuda en de Kaaimaneilanden.<sup>98</sup> De regel is echter niet beperkt tot vennootschappen gelegen in belastingparadijzen. Zo kunnen tevens verenigingen zonder winstoogmerk, internationale verenigingen zonder

---

<sup>92</sup> In dit onderdeel wordt zowel verwezen naar het "oud art. 198 WIB92" als het "art. 198 WIB92". Met het "oud art. 198 WIB92" wordt verwezen naar het artikel voor haar wijziging bij wet van 25 december 2017, *BS* 29 december 2017 zoals van toepassing tot 31 december 2018. Met het "art. 198 WIB92" wordt bijgevolg verwezen naar het artikel na haar wijziging in werking vanaf 1 januari 2019, en van toepassing vanaf aanslagjaar 2020 verbonden aan een belastbaar tijdperk dat ten vroegste aanvangt op 1 januari 2019. Zie art. 86.B1 wet van 25 december 2017.

<sup>93</sup> Art. 147, 2° programmawet (i) van 29 maart 2012, *BS* 6 april 2012.

<sup>94</sup> Ontwerp van programmawet (I) van 24 februari 2012, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2081/001, 96.

<sup>95</sup> Art. 1 Koninklijk Besluit van 27 juni 2012 tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van artikel 147, 2° en 3°, en de artikelen 157 tot 163 van de programmawet (I) van 29 maart 2012, *BS* 29 juni 2012.

<sup>96</sup> Oud art. 198, §1, 11° WIB92.

<sup>97</sup> A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht. Een inzichtelijk handboek.*, Brugge, die Keure, 2020, 139.

<sup>98</sup> C. CHEVALIER, *Vademecum vennootschapsbelasting 2021*, Mortsels, Intersentia, 2021, 563.

winstoogmerk en stichtingen binnen het toepassingsgebied van deze regel vallen. De wetgever heeft rekening gehouden met deze optie door te voorzien in een alternatieve berekening van het gestort kapitaal als onderdeel van het fiscaal eigen vermogen voor deze entiteiten. Zo zal voor deze het gestort kapitaal gelijk staan aan de fondsen die de entiteit volgens haar balans ter beschikking heeft.<sup>99</sup>

**61.** Een tweede categorie zijn de vennootschappen die “voor die inkomens” genieten van een aanzienlijk lager belastingtarief dan dat een gelijksoortige betaling zou ondergaan in België. De wijze waarop andere inkomsten van deze vennootschap belast worden is niet van belang voor deze bepaling. Ze is van toepassing voor zover interesten aanzienlijk gunstiger belast worden. Het concept “aanzienlijk gunstigere aanslagregeling dan die welke voortvloeit uit de bepalingen van gemeen recht van toepassing in België” werd niet gedefinieerd door de wetgever. Volgens verschillende auteurs dient dezelfde definitie aangehouden te worden als deze die reeds in het kader van de DBI-aftrek wordt gehanteerd.<sup>100</sup> In dit geval zou het artikel toepassing vinden indien *hetzij het gemeenrechtelijk nominaal tarief op de winsten van een vennootschap lager is dan 15,00%, hetzij, gemeenrechtelijk, het tarief dat met de werkelijke belastingdruk overeenstemt lager is dan 15,00%.*<sup>101</sup>

#### **2.2.1.2. Deel uitmaken van een groep**

**62.** Sinds 1 juli 2012 worden ook intragroepsleningen geïnvloed door de onderkapitalisatieregeling. Het is in deze dan ook van belang om uiteen te zetten wanneer men nu wel dan niet deel uitmaakt van een groep. Artikel 198, §3, eerste lid WIB92 verwijst hiertoe naar artikel 1:20WVV (oud artikel 11 W.venn). Onder artikel 1:20, 1° WVV is er sprake van een verbonden vennootschap in vier situaties:

1. De betrokken vennootschap oefent controlebevoegdheid uit over een ander
2. Een andere vennootschap oefent een controlebevoegdheid over haar uit
3. Indien er sprake is van een consortium tussen de betrokken vennootschap en ten minste één andere vennootschap
4. De betrokken vennootschap staat, bij weten van haar bestuursorgaan, onder controle van een van de drie voorgaande situaties.

**63.** Vervolgens zullen de verschillende situaties uit de doeken worden gedaan en zal er tevens een visuele voorstelling worden gegeven van de situaties.

#### **Situatie 1: De betrokken vennootschap oefent controlebevoegdheid uit over een ander.**

**64.** In de eerste plaats zal een betrokken vennootschap een groep vormen met een ander indien ze controlebevoegdheid over haar uitoefent. Dit is het geval indien ze de bevoegdheid heeft om *de jure* of *de facto* een beslissende invloed uit te oefenen op de aanstelling van de meerderheid van bestuurders of zaakvoerders of op de oriëntatie van het beleid.<sup>102</sup>

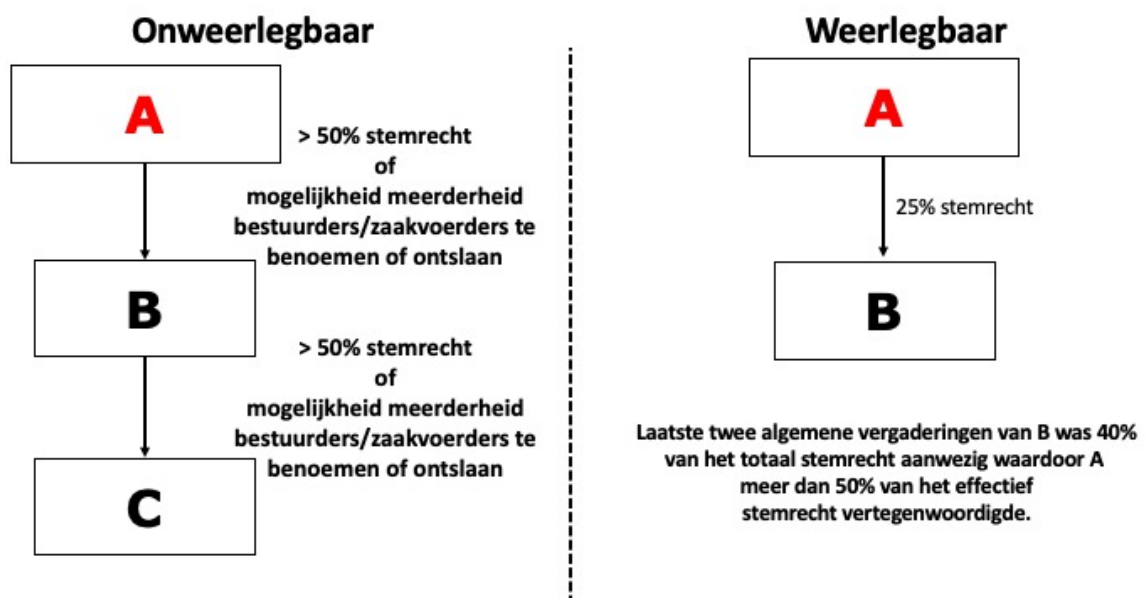
<sup>99</sup> Art. 198, §3, vierde lid WIB92.

<sup>100</sup> C. CHEVALIER, *Vademecum vennootschapsbelasting 2021*, Mortsel, Intersentia, 2021, 564.

<sup>101</sup> Art. 203, §1, tweede lid WIB92.

<sup>102</sup> Art. 1:14, §1 WVV, oud art. 5, §1 W.Venn.

- 65.** Het WVV voorziet in een onweerlegbaar vermoeden van controlebevoegdheid in de situatie waarbij er directe controle kan worden uitgeoefend. Dit is het geval wanneer de betrokken onderneming (A) oftewel het merendeel van de stemrechten bezit in een vennootschap (B) oftewel indien ze het recht heeft het merendeel van de bestuurders of zaakvoerders te benoemen of te ontslaan.<sup>103</sup> Tot de rechtstreekse controlebevoegdheid wordt tevens de controlebevoegdheid gevoegd die een dochtervennootschap uitoefent op een andere vennootschap.<sup>104</sup> Dit in de gedachte dat indien (A) controle heeft over (B), ze ook controle heeft over de vennootschappen waar deze laatste zelf de controle over heeft.
- 66.** Het WVV voorziet tevens in een weerlegbaar vermoeden van controlebevoegdheid. Dit is het geval wanneer de betrokken vennootschap (A) op zowel de voorlaatste als de laatste algemene vergadering van de gecontroleerde vennootschap het merendeel van de aanwezige stemrechten heeft uitgeoefend.<sup>105</sup>



Figuur 3: Controlebevoegdheid van A

**Situatie 2: Een andere vennootschap oefent een controlebevoegdheid over haar uit.**

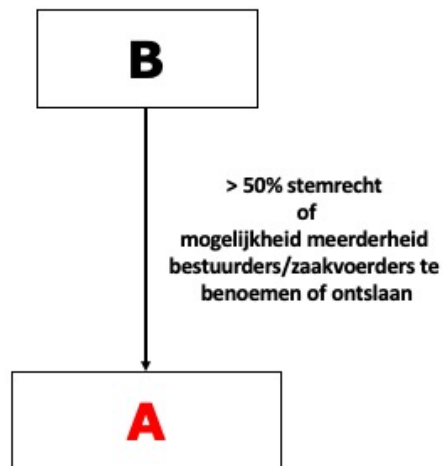
- 67.** De tweede situatie is deze waarbij (A) de dochteronderneming is van (B). Dit is het geval indien deze laatste het merendeel van het stemrecht bezit. Zij vormen in dit geval samen een groep. Indien een vennootschap (C) het merendeel van het stemrecht in (B) zou bezitten, zou deze desgevallend ook deel uitmaken van de groep.

<sup>103</sup> Art. 1:14, §2, 1° en 2° WVV, oud art. 5, §2, 1° en 2° W.Venn.

<sup>104</sup> Art. 1:16, §1, 1° WVV, oud art. 7, §1, 1° W.Venn.

<sup>105</sup> Art. 1:14, §3, tweede lid WVV, oud art. 5, §3, tweede lid W.Venn.





*Figuur 4: Controlebevoegdheid op A*

**Situatie 3: Deel uitmaken van een consortium.**

**68.** Controlebevoegdheid vloeit echter niet steeds uit bezit van stemrecht of een bevoegdheid om bestuurders of zaakvoerders te benoemen. Zo kan men ook een consortium vormen. Een consortium wordt gevormd indien de betrokken vennootschap (A) samen met een andere vennootschap, al dan niet naar Belgisch recht, onder centrale leiding staan zonder elkaars dochteronderneming te zijn, noch een gezamenlijke moederonderneming te hebben.<sup>106</sup>

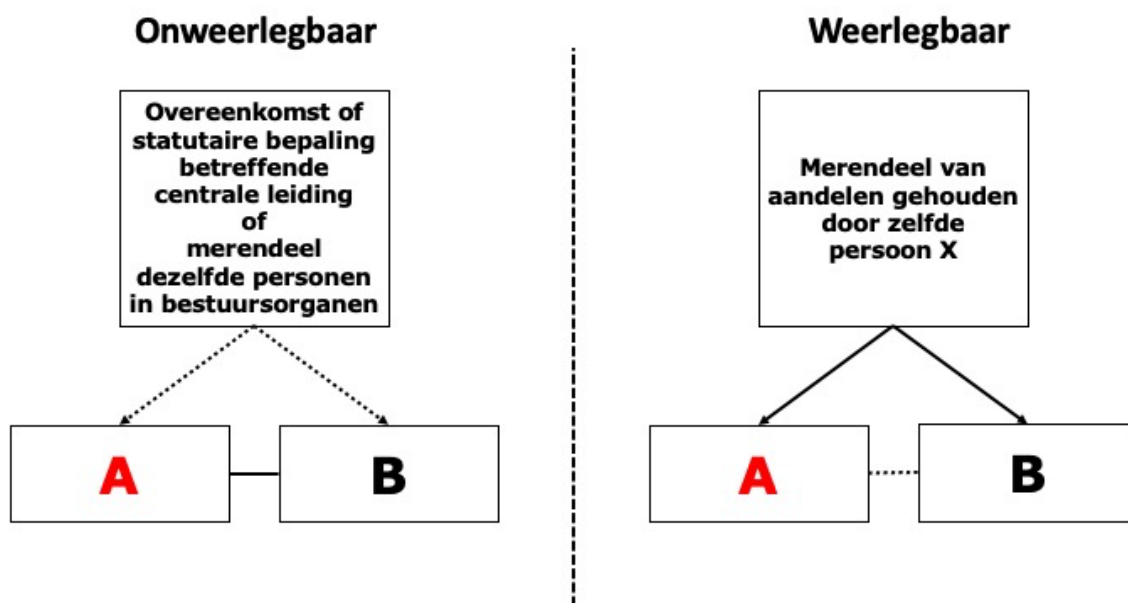
Er ontstaat een onweerlegbaar vermoeden van centrale leiding indien deze voortkomt uit een tussen deze vennootschappen gesloten overeenkomst of uit statutaire bepalingen, of indien de bestuursorganen voor meer dan de helft uit dezelfde personen bestaan.<sup>107</sup>

**69.** Een weerlegbaar vermoeden van centrale leiding ontstaat indien de meerderheid van het stemrecht in de betrokken vennootschap (A) en een andere vennootschap (B) in handen zijn van dezelfde personen.<sup>108</sup> Zo kan men zich voorstellen dat eenzelfde persoon (stille) meerderheidsaandeelhouder (X) is van meerdere bedrijven, zonder dat deze centrale aandeelhouder invloed heeft op de werking van deze vennootschappen. In dit geval zou de kwalificatie als groep dan ook niet gepast zijn.

<sup>106</sup> Art. 1:19, §1 WVV, oud art. 10, §1 W.Venn.

<sup>107</sup> Art. 1:19, §2, 1° en 2° WVV, oud art. 10, §4 W.Venn.

<sup>108</sup> Art. 1:19, §3 WVV, oud artikel 10, §3 W.Venn.

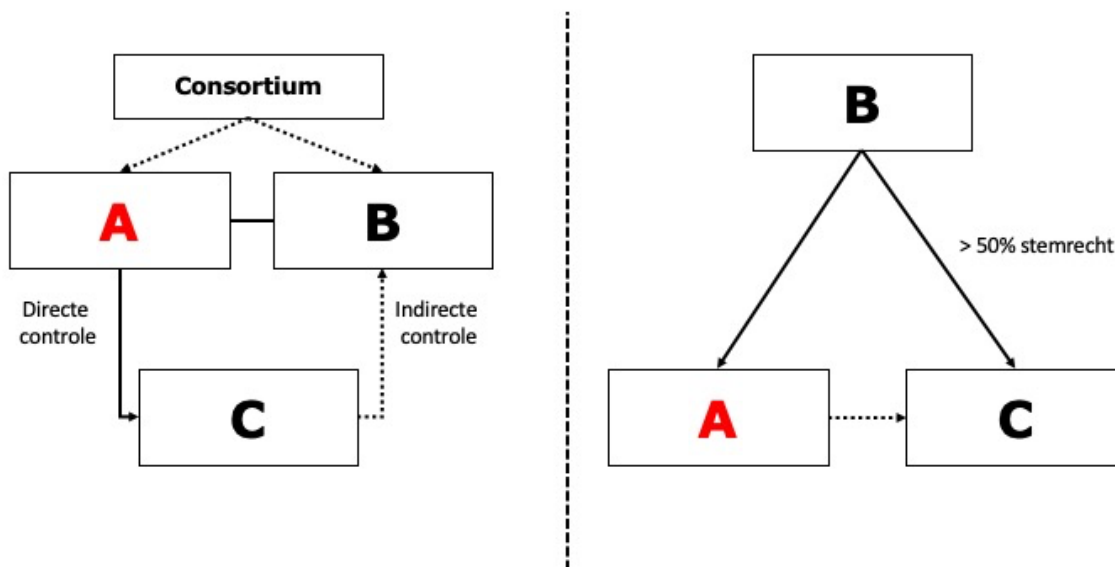


*Figuur 5: Consortium*

**Situatie 4: Bij weten van haar bestuursorgaan onder controle van een van de drie voorgaande situaties vallen.**

**70.** Een laatste situatie is deze waarbij het bestuursorgaan van een van de voorgaande voorbeelden op de hoogte is van enige vorm van controle.<sup>109</sup> Binnen het voorbeeld van het consortium kan dit het geval zijn indien het bestuursorgaan van (B) op de hoogte is van een dochteronderneming van (A), (C) via de welke (A) haar controle op (B) kan uitoefenen. Ze is ook van toepassing op de zusterondernemingen (C), die een verbonden vennootschap vormen doordat ze een gezamenlijke moederonderneming (B) hebben.

<sup>109</sup> Art. 1:20, 1°, d° WVV, oud art. 11, 1°, d° W.Venn.



Figuur 6: Controle bij weten van haar bestuursorgaan

### 2.2.1.3. Lening

71. Artikel 198, §1, 11° WIB92 is van toepassing op *betaalde of toegekende interesten van leningen*. Wat er precies moet worden verstaan onder lening is onzeker, daar de wetgever dit begrip niet heeft gedefinieerd in het WIB92. Er kan hiertoe verwezen worden naar de bespreking over het begrip zoals uiteengezet bij de bespreking van artikel 18, eerste lid, 4° WIB92.<sup>110</sup> Wel werden bepaalde soorten leningen en bepaalde soorten vennootschappen van het toepassingsgebied uitgesloten.

### 2.2.1.4. Uitgesloten schulden

72. Bij het berekenen van de totale som van de leningen aan besmette interestgenieters worden niet alle leningen mee opgenomen in de berekening. Zo worden, net zoals bij de bepaling van de voorschotten onder artikel 18, eerste lid, 4° WIB92, de obligaties en andere gelijksoortige effecten uitgegeven door een openbaar beroep op het spaarwezen waarop een groepsvennootschap of een kredietnemer uit een niet of laag belaste jurisdictie buiten de berekening gelaten. Gezien slechts deze obligaties of gelijksoortige effecten die openbaar uitgegeven worden, en dus onder de controle van de FSMA staan<sup>111</sup>, van deze vrijstelling genieten, kan ieder misbruik worden uitgesloten.<sup>112</sup> Voorts komt de uitsluiting tegemoet aan de moeilijkheden die de controle van dergelijke instrumenten met zich meebrengen, meer bepaald de controle bij de obligatie aan toonder.<sup>113</sup>

<sup>110</sup> Zie *supra* nrs. 34-38.

<sup>111</sup> Zie hiertoe art. 67 wet van 16 juni 2006 op de openbare aanbidding van beleggingsinstrumenten en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereguleerde markt, *BS* 21 juni 2006, later vervangen door art. 29 wet van 11 juli 2018 op de aanbidding van beleggingsinstrumenten aan het publiek en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereguleerde markt, *BS* 20 juli 2018.

<sup>112</sup> Wetsontwerp van 8 mei 1994 houdende fiscale en financiële bepalingen, *Parl.St.* Kamer 1991-92, 444/7, 10.

<sup>113</sup> Wetsontwerp van 8 mei 1994 houdende fiscale en financiële bepalingen, *Parl.St.* Kamer 1991-92, 444/9, 102-103.

**73.** Een tweede soort uitgesloten leningen zijn leningen toegekend door instellingen zoals bedoeld in artikel 56, §2, 2° WIB92. Dit artikel bevat een limitatieve opsomming van instellingen wiens leningen buiten de berekening moeten worden gehouden. Deze worden geacht marktconform te zijn, en moeten daarom niet bij het vreemd vermogen van de besmette interestgenieters gerekend worden.<sup>114</sup> Het betreft met name:

- kredietinstellingen, erkend in België of enige andere lidstaat van de EER;
- de Nationale Bank van België;
- het Herdisconterings- en waarborginstituut;
- zowel Belgische als in de EER erkende ondernemingen van hypothecaire leningen
- ondernemingen, erkend in België of in een ander lidstaat van de EER, die zich hoofdzakelijk bezighouden met de financiering van verkopen op afbetaling aan consumenten;
- de Europese Investeringsbank, voor leningen betaald of toegekend tot en met aanslagjaar 1997<sup>115</sup> en opnieuw vanaf 1 januari 2014<sup>116</sup>;
- de verzekeringsondernemingen, erkend binnen België of een andere lidstaat van de EER;
- de Federale Participatie- en Investeringsmaatschappij en de gewestelijke investeringsmaatschappijen die onder de wet van 2 april 1962 vallen, zomede die welke onder het Vlaams decreet van 7 mei 2004 betreffende de investeringsmaatschappijen van de Vlaamse overheid vallen.

**74.** Niet enkel de in België of in een andere lidstaat van de EER erkende voornoemde ondernemingen komen in aanmerking. Zo heeft de Dienst Voorafgaande Beslissingen geoordeeld dat ook instellingen gelegen of erkend buiten de EER in aanmerking moeten worden genomen bij de toepassing van de uitzonderingen zoals vervat in artikel 56, §2, 2° WIB92 indien België met het betrokken land een dubbelbelastingbedrag heeft gesloten dat voorziet in een non-discriminatiebepaling.<sup>117</sup>

#### **2.2.1.5. De antimisbruikbepaling: doorkijkregel**

**75.** Om het gebruik van tussenstructuren te vermijden worden enkel deze interestgenieters gevisieerd die ook "werkelijke verkrijger" zijn.<sup>118</sup> Misbruik blijft echter mogelijk door gebruikt te maken van voornoemde uitgezonderde entiteiten, voornamelijk via banken. Om te voorkomen dat misbruik zou worden gemaakt van de uitzondering van leningen verstrekt door banken werd er in artikel 198, §3, tweede lid WIB92 voorzien in een antimisbruikbepaling in de vorm van een doorkijkregel.<sup>119</sup> Zo zou een kredietverstrekker gelegen in een belastingparadijs of een kredietverstrekker/groepslid (B) ervoor kunnen kiezen om niet zelf vreemd vermogen te verschaffen aan de betrokken vennootschap (A),

<sup>114</sup> P. SMET en C. THOMPSON, "Aftrek interesten : de nieuwe 'thin cap'-regeling", *Fiscoloog* 2012, afl. 1300, 7.

<sup>115</sup> Art. 10, 4° jo. 80, §7 wet van 22 december 1998 houdende fiscale en andere bepalingen (1), *BS* 15 januari 1999.

<sup>116</sup> Art. 4 jo. 22 wet van 21 december 2013 houdende diverse fiscale en financiële bepalingen, *BS* 31 december 2013.

<sup>117</sup> Voorafgaande beslissing, nr. 2013.351, dd. 22 oktober 2013; X, "Aftrekbeperking interesten ('thin cap'). Non-discriminatiebepaling uit dubbelbelastingverdrag", *Fiscoloog* 2014, afl. 1381, 10.

<sup>118</sup> Art. 198, §3, tweede lid WIB92; M. BOURGEOIS en E. TRAVERSA, "IFA 2010 – Onderwerp I – Dubbelbelastingverdragen en belastingontwijking: toepassing van anti-ontwijkingsbepalingen – Belgisch rapport" *TFR* 2010, afl. 20, nr. 390, (887) 891.

<sup>119</sup> C. CHEVALIER, *Vademecum vennootschapsbelasting 2021*, Mortsel, Intersentia, 2021, 568.

maar hiervoor beroep te doen op een van de toepassing uitgesloten entiteit, met name een bank. Zo zal (B) het krediet waarborgen en zal het vreemd vermogen bij (A) niet in aanmerking kunnen komen bij het berekenen van de verhouding vreemd vermogen/fiscaal eigen vermogen. Afhankelijk van de gebruikte structuur zou deze waarborg ook tegen de betaling van een commissie kunnen gebeuren, waardoor (A) in feite de waarborg zelf kan verschaffen na deze van (B) bekomen te zijn in een onafhankelijke transactie.

**76.** De doorkijkregel voorziet in een manier waarop dit vreemd vermogen desondanks toch kan worden toegeschreven aan (B), en zij dus als werkelijke verkrijger van de lening wordt gezien. Er moet wel aan twee objectieve en één subjectieve voorwaarden voldaan worden. Zo moet (i) deze derde (B) de lening waarborgen of de nodige middelen verschaffen met het oog op de financiering van de lening. Voorts moet (ii) deze derde minste gedeeltelijk de aan deze lening verbonden risico's dragen. Als subjectieve voorwaarde moet ook bewezen worden (iii) dat het hoofddoel van de constructie eruit bestaat om belastingen te ontwijken.<sup>120</sup> De bepaling lijkt in haar toepassing sterk op de algemene antimisbruikbepaling van artikel 344, §1 WIB92. Dit is weinig verwonderlijk gezien zowel de aanvulling van artikel 198, §1, 11° WIB92 door toevoeging van een antimisbruikbepaling<sup>121</sup> als de aanpassing van de algemene antimisbruikbepaling<sup>122</sup> om haar effectief bruikbaar te maken voor de administratie en haar terzelfdertijd in overeenstemming te brengen met de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie<sup>123</sup> gelijktijdig werden doorgevoerd in de Programmawet van 29 maart 2012. Bij een toepassing naar analogie zou het in deze ook de administratie zijn dat de objectieve voorwaarden bewijst, en de belastingplichtige die het tegenbewijs kan leveren door het de subjectieve voorwaarde te weerleggen.<sup>124</sup>

---

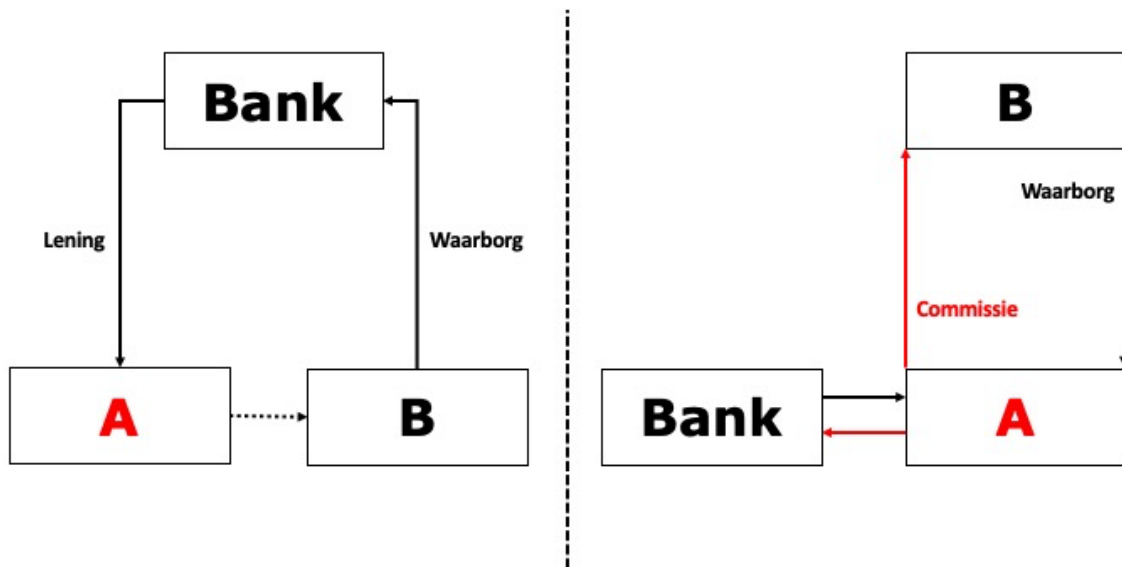
<sup>120</sup> Art. 198, §3, tweede lid WIB92.

<sup>121</sup> Art. 147, vierde lid programmawet (i) van 29 maart 2012, *BS* 6 april 2012.

<sup>122</sup> Art. 167 programmawet (i) van 29 maart 2012, *BS* 6 april 2012.

<sup>123</sup> Het wetsontwerp verwijst hierbij naar de zaken HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, Centros, HvJ 21 februari 2006, nr. C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121, Halifax e.a., HvJ 10 november 2011, nr. C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718, Foggia. Zie Ontwerp van programmawet (I) van 24 februari 2012, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2081/001, 111.

<sup>124</sup> Ontwerp van programmawet (I) van 24 februari 2012, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2081/001, 114-115.



Figuur 7: Antimisbruikbepaling artikel 198, §3, tweede lid WIB92

#### 2.2.1.6. Uitgesloten vennootschappen

**77.** Naast de uitgesloten soorten leningen zijn er tevens leningen aangegaan door bepaalde soorten ondernemingen in hun hoedanigheid als kredietnemer die uitgesloten worden bij de berekening van de totale som van leningen aan groepsleden. Dit is allereerst het geval indien de leningen zijn aangegaan door erkende vennootschappen voor roerende financieringshuur.

Een tweede categorie uitgesloten vennootschappen zijn deze wiens voornaamste activiteit bestaat uit factoring of onroerende leasing binnen de financiële sector en voor zover de ontleende kapitalen effectief dienen voor leasing- of factoringactiviteiten. Onder financiële sector verstaat men de vennootschappen die permanent onder het prudentieel toezicht van de FSMA staan.<sup>125</sup>

**78.** Voor beide soorten leasingmaatschappijen kan de uitzondering verklaard worden door haar gewoonlijke bedrijfsstructuur. Zo zijn leasemaatschappijen vaak dochterondernemingen van een bank die haar door middel van kredietverstrekkingen van de nodige financiële middelen voorziet voor het uitvoeren van haar bedrijfsactiviteit.<sup>126</sup> Een toepassing van de onderkapitalisatieregel zou het efficiënt functioneren van deze leasingmaatschappijen en banken verminderen.

**79.** Een laatste categorie uitgesloten vennootschappen zijn deze die voornamelijk actief zijn in de uitvoering van PPS-projecten, gegund na inmededingingstelling conform de reglementering inzake overheidsopdrachten. Ook deze worden buiten het toepassingsgebied

<sup>125</sup> Ontwerp van programmawet (I) van 24 februari 2012, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2081/001, 97-98.

<sup>126</sup> J. VERHOEYE, "thin cap" viseert ook voluit KMO-Groepen, 15 januari 2013, <http://www.fiscalibus.be/show.php?id=470>.

van de 1 op 5 verhouding gehouden, voor zover ze niet aan belastingparadijzen worden gedaan.

### **2.2.2. De verhouding vreemd vermogen/fiscaal eigen vermogen**

**80.** De aftrekbaarheid van interesten wordt beperkt tot deze die, voor zover ze *at arm's length* zijn aangegaan<sup>127-128</sup>, resulteren uit vreemd vermogen verschaft door een besmette interestgenieter dat niet hoger is dan vijf maal de som van de belaste reserves bij het begin van het belastbare tijdperk en het gestort kapitaal bij het einde van dit tijdperk. Met de belaste reserves worden, conform artikel 198, §3, vijfde lid WIB92, tevens gelijkgesteld de vrijgestelde reserves die naar aanleiding van een verrichting zoals bedoeld in artikel 184bis, §4 of artikel 211 WIB92 door opnemings op de belaste reserves of met correlatieve creatie van een negatieve belaste reserve, omwille van het feit dat de overnemende of verkrijgende vennootschap aandelen van de overgenomen of gesplitste vennootschap bezat op het ogenblik van de verrichting. Met andere woorden worden bepaalde vrijgestelde reserves die zijn aangelegd naar aanleiding van een bepaalde belastingneutrale reorganisatie ook gerekend tot de belaste reserves.<sup>129</sup> Uit de gekozen bewoording van artikel 198, §1, 11° WIB92 kan worden afgeleid dat indien leningen aan beide categorieën besmette interestgenieters aanwezig zijn deze gezamenlijk bijdragen tot de 5 op 1 verhouding. In andere woorden zijn beide niet afzonderlijk onderworpen aan een eigen 5 op 1 verhouding. Het volstort kapitaal functioneert hier als minimumgrens in het geval er negatieve belaste reserves voorhanden zijn.<sup>130</sup> Indien deze verhouding op enig ogenblik gedurende de periode waarop de betaalde of toegekende interesten betrekking hebben overschreden wordt zullen de daar uit voortkomende interesten een verworpen uitgave uitmaken, en dit naar verhouding van de duur van hun overschrijding en de mate van overschrijding.

**81.** Volgend voorbeeld verheldert de toepassing: Het boekjaar van vennootschap A loopt gelijk met het kalenderjaar. Op 1 januari heeft ze een belaste reserve van 170. Op 31 december van hetzelfde jaar heeft ze een gestort kapitaal van 30. Haar fiscaal eigen vermogen bedraagt dus 200. Om binnen de 5 op 1 verhouding te blijven mag ze dus maximaal 1.000 aan vreemd vermogen van besmette interestgenieters beschikken. Op 1 januari heeft ze reeds voor 1.000 aan kredieten lopen. Zo is er een kredietverstrekking van 800 van haar moederverenootschap tegen een rentevoet van 5,00% en een krediet van 200 van een Belgische kredietinstelling, tevens tegen een rentevoet van 5,00%. Op 1 juni krijgt ze van haar moederonderneming een bijkomend krediet van 400 tegen een rentevoet van 10,00%. We gaan er van uit dat de marktrentevoet voor dit boekjaar 5,00% bedraagt. De verhouding werd dus voor de helft van het jaar (1/2) overschreden.

---

<sup>127</sup> Art. 198, §1, 11° WIB92 stelt hieromtrent "onverminderd de toepassing van de artikelen 54 en 55". Zie P. BEGHIN, *Handboek vennootschapsbelasting 2015-2016*, Mortsel, Intersentia, 2015, 215-216.

<sup>128</sup> Zie *supra* nrs. 44-47.

<sup>129</sup> A. PEETERS, "Thin cap: welke 'vrijgestelde' reserves kwalificeren als 'belaste' reserves?", *Fiscoloog* 2013, afl. 1361, 8.

<sup>130</sup> Voorafgaande beslissing, nr. 2013.180 dd. 11 juni 2013.

Allereerst kan opgemerkt worden dat het krediet van de Belgische kredietinstelling buiten de berekening kan worden gehouden, op basis van artikel 198, §1, 11° WIB92. Voor de resterende kredieten kan vervolgens de rentelast worden berekend, zijnde 5,00% van 800 (zijnde 40) en 10,00% van 400 (40).

De eerste stap die moet genomen worden is het onderzoeken van de marktconformiteit conform artikel 55 WIB92. We stellen vast dat 5,00% van het tweede krediet (10,00% - 5,00%) de marktrentevoet overschrijdt. Deze 20 zal dus als verworpen kost worden aangemerkt.

Vervolgens zal getoetst worden aan de grenzen van artikel 198, §1, 11° WIB92. *In casu* zijn er geen betalingen van belastingparadijzen, maar wel twee kredieten van vennootschappen waarmee A een groep vormt. De toetsing gebeurt naar verhouding van de in aanmerking komende kredieten.

De interestenlast voor het boekjaar voor deze leningen bedraagt:

- Krediet 1 van de moedervennootschap:  $800 \times 5,00\% = 40$
- Krediet 2 van de Belgische kredietinstelling:  $200 \times 5,00\% = 20$
- Krediet 3 van de moedervennootschap:  $400 \times 5,00\%^{131} \times \frac{1}{2}$  (gezien deze lening slechts in juni is toegekend) = 10
- De totale interestenlast voor het boekjaar bedraagt 70.

De interesten die verworpen moeten worden worden als volgt berekend:

- Voor het eerste krediet  $800 \times 5,00\% \times \frac{1}{2} \times \frac{8}{12} = 13,33$
- Voor het derde krediet was reeds 20 verworpen door overschrijding van de marktrentevoet
- Voor het derde krediet  $400 \times 5,00\% \times \frac{1}{2} \times \frac{4}{12} = 3,33$
- Totaal aan interesten dat een verworpen uitgave uitmaken: 36,66

Met toepassing van de marktrentevoet (artikel 198, §1, 11° jo artikel 55 WIB92) en de onderkapitalisatieregule met betrekking tot groepsleningen (artikel 198, §1, 11°, tweede gedachtestreepje WIB92) werd 36,66 van totale rentelast van 70 voor dit boekjaar als verworpen uitgaven aangemerkt. Indien vennootschap A voor 31 december echter een kapitaalsverhoging had doorgevoerd van 40, was haar fiscaal eigen vermogen 240 en viel het volledig bedrag binnen de 5 op 1 verhouding. In dit geval zouden slechts de 20 die niet marktconform waren verworpen uitgaven uitmaken.

### **2.2.3. De thesaurievennootschappen**

**82.** Een bijzondere toepassing betreft deze van de vennootschappen belast met het gecentraliseerd thesauriebeheer, ook wel *cash pooling* genoemd. Inkomende en uitgaande

---

<sup>131</sup> De rest werd reeds verworpen met toepassing van art. 55 WIB92.



kredieten vormen de kern van haar activiteiten binnen de groep. Indien zij de interesten die ze betaald voor het aangaan van deze kredieten bij groepsvennootschappen niet in aftrek zou kunnen nemen zou dit tot gevolg hebben dat ze haar opgedragen taak binnen de groep niet op een normale manier kan uitvoeren.<sup>132</sup> De wetgever heeft er in 2012 dan ook voor gekozen een specifieke regeling uit te werken voor deze vennootschappen.

**83.** Centraal binnen deze afwijkende regeling staat de raamovereenkomst. Deze overeenkomst verduidelijkt het gebruikte financieringsmodel en de activiteiten van de vennootschap met betrekking tot haar thesauriebeheer. De overeenkomst moet (I) voorzien in een omschrijving van de activiteiten die tot het dagelijks thesauriebeheer behoren. Deze kunnen het plaatsen of herverdelen van de thesaurieoverschotten tussen de groepsvennootschappen bevatten, alsook het waarborgen van de kredieten aangegaan door groepsleden bij derden<sup>133</sup> of het ter beschikking stellen van deze waarborg tegen commissie. Voorts bevat ze (II) de manier waarop het saldo van de kredieten wordt verrekend tussen de groepsleden die partij zijn bij de raamovereenkomst, alsook (III) de modaliteiten voor de tussenkomst van de vennootschap en de gehanteerde interestenvoeten.<sup>134</sup>

**84.** Indien in een raamovereenkomst is voorzien worden de betaalde of toegekende interesten op leningen gezien als zijnde het positieve verschil tussen enerzijds de interesten die ze betaalt op intragroepsleningen en anderzijds de interesten die ze ontvangt voor de kredieten die ze heeft toegestaan aan andere vennootschappen binnen de groep. Ook hier worden de interesten die ontvangen worden naar aanleiding van kredieten betaald door een in artikel 56, §2, 2° WIB92 bedoelde instellingen, de erkende vennootschappen voor roerende financieringshuur, de vennootschappen wiens voornaamste activiteit bestaat uit factoring of onroerende leasing binnen de financiële sector en waarvan de ontleende kapitalen effectief dienen voor leasing- of factoringactiviteiten en de vennootschappen die voornamelijk actief zijn in de uitvoering van PPS-projecten, gegund na inmededingingstelling conform de reglementering inzake overheidsopdrachten of vennootschappen die een gelijkaardige activiteiten uitvoeren in een andere lidstaat van de EER.

**85.** Het positieve saldo heeft slechts betrekking op de intragroepsleningen aan vennootschappen die niet gelegen zijn in een belastingparadijs. Het positief saldo moet dus worden vermeerderd met de betalingen aan belastingparadijzen. In deze kan nog opgemerkt worden dat vennootschappen die gelegen zijn binnen de EER worden geacht niet van een aanzienlijk gunstiger tarief te genieten.<sup>135</sup> Indien de som van het positieve saldo en de betalingen de 5 op 1 verhouding op enig moment overstijgt zal de hoegrootheid van de verworpen uitgaven op dezelfde manier worden berekend als onder de algemene regel van artikel 198, §1, 11° WIB92.<sup>136</sup>

---

<sup>132</sup> Ontwerp van programmawet van 15 mei 2012, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2198/001, 45.

<sup>133</sup> Ontwerp van programmawet van 15 mei 2012, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2198/001, 46.

<sup>134</sup> Art. 198, §4, vijfde lid, a, b en c WIB92.

<sup>135</sup> Art. 198, §4, derde lid WIB92.

<sup>136</sup> Zie *supra* nrs. 80-81.

### 3. Hoofdstuk 3: de Europese intrestbeperkingsmaatregel vervat in artikel 4 van de ATAD

86. De Europese wetgever heeft, onder het mom van de goede werking van de interne markt<sup>137</sup> alsook als wapening tegen grensoverschrijdende belastingontwijkingspraktijken<sup>138</sup> een regeling uitgewerkt omtrent de aftrekbaarheid van interesten. De Europese implementatie volgt de *best practice* regeling<sup>139</sup> zoals vooropgesteld door de OESO in haar finaal rapport aangaande actie 4 van het BEPS project.<sup>140</sup> Deze regeling was niet volledig nieuw binnen de Europese rechtsorde daar ze reeds de basis vormde voor de Duitse, Spaanse en Italiaanse regeling betreffende interestafrekbeperking.<sup>141</sup> Gezien belastingontwijking door het gebruik van interestafrek uit haar natuur doorgaans een grensoverschrijdend element bevat ziet de Europese wetgever het als opportuun om regels hieromtrent op supranationaal niveau te harmoniseren om zo inefficiënties op de interne markt te voorkomen.<sup>142</sup>

87. Het artikel 4 ATAD, dat de regels betreffende de beperking van interestaftrek bevat, is opgebouwd uit 8 paragrafen waarvan een deel verplichte *de minimis*-bepalingen bevatten en de andere een scala aan opties waaruit lidstaten kunnen kiezen bij de implementatie in hun nationaal recht.<sup>143</sup> De keuze voor deze *multiple-choice* aanpak is niet onlogisch gezien de complexiteit van de maatregel, het feit dat ze binnen 28 verschillende nationale belastingstelsels moest kunnen worden ingepast<sup>144,145</sup> en de vereiste van unanimititeit dat binnen de Raad nodig was om de ATAD aan te nemen.<sup>146</sup>

Desondanks kon deze aanpak binnen de rechtsleer wel rekenen op kritiek. Zo zou de keuzevrijheid van 6 verschillende keuzes in 3 kerngebieden<sup>147</sup> tot gevolg hebben dat er 288 verschillende soorten samenstellingen van de interestafrekbeperking mogelijk zijn.<sup>148</sup> Tevens moet rekening worden gehouden met het feit dat lidstaten de mogelijkheid hebben om meer stringente maatregelen aan te nemen, waardoor er nog meer dispariteiten kunnen worden gecreëerd tussen de nationale wetgeving van de lidstaten onderling.<sup>149</sup> Dit zou opnieuw belastingcompetitie tot gevolg kunnen hebben, alsook belastingplanning op het niveau van

---

<sup>137</sup> ATAD, para. 2.

<sup>138</sup> ATAD, para. 16.

<sup>139</sup> G. GINEVRA, "The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level", *Intertax* 2017, afl. 45, nr. 2, (120) 121.

<sup>140</sup> OESO, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs, OECD Publishing, 2016, 209p.

<sup>141</sup> G. GINEVRA, "The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level", *Intertax* 2017, afl. 45, nr. 2, (120) 121.

<sup>142</sup> ATAD, para. 16.

<sup>143</sup> Zie hiertoe A. SCHNITGER en I. ZAFIROV, "The interest Limitation Rule" in P. PISTONE en D. WEBER (eds.) *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, Amsterdam, IBFD, 2018, (259) 261-262.

<sup>144</sup> G. GINEVRA, "The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level", *Intertax* 2017, afl. 45, nr. 2, (120) 120.

<sup>145</sup> ATAD, para. 3.

<sup>146</sup> G. GINEVRA, "The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level", *Intertax* 2017, afl. 45, nr. 2, (120) 122.

<sup>147</sup> G. GINEVRA, "The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level", *Intertax* 2017, afl. 45, nr. 2, (120) 122.

<sup>148</sup> J.C. LOBITA, "The ATAD's Interest Limitation Rule – A Step Backwards?", *European Taxation* 2019, afl. 59 nr. 2/3, (60) 60.

<sup>149</sup> Art. 3 ATAD.

de onderneming in de hand werken.<sup>150</sup> Het gebrek aan een vaste Europese standaard heeft ook een negatieve invloed op de rechtszekerheid.

### **3.1. Toepassingsgebied *ratione personae***

**88.** De regeling betreffende de beperking van de aftrekbaarheid van interesten is van toepassing op alle belastingplichtige gevestigd in één of meer lidstaten, alsook op de binnen de Europese Unie gelegen vaste inrichtingen van entiteiten die hun fiscale woonplaats in een derde land hebben.<sup>151</sup> Deze formulering is zeer breed. Zo omvat ze zowel zuiver interne situaties zonder grensoverschrijdend element<sup>152</sup>, als situaties die betrekking hebben op ondernemingen die hun zetel buiten de Europese Unie hebben maar binnen de EU actief zijn door middel van een vaste inrichting. De toepassing op zuiver interne situaties werd bekritiseerd. Zo is het mogelijk dat dit voor nationale groepen extra formaliteiten met zich meebrengt, met een verhoging van de competitiviteit van de regelgeving tot gevolg.<sup>153</sup> De toepassing op zuiver interne situaties lijkt ingegeven te zijn door de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie met betrekking tot de vrijheid van vestiging. Zo heeft het Hof in haar zaken *Lankhorst*<sup>154</sup> en *Test Claimants in the Thin Cap Group*<sup>155</sup> steeds besloten tot een inbreuk op de vrijheid van vestiging<sup>156</sup> gezien de nationale wetgeving van respectievelijk Duitsland en England voorzagen in een onderkapitalisatieregeling die voornamelijk gericht waren op interestbetalingen aan niet-ingezete kredietgevers, waardoor het minder aantrekkelijk zou zijn voor nationale bedrijven om zich in een andere lidstaat te vestigen. Een inbreuk op de vrijheid van vestiging kan gerechtvaardigd worden indien het een rechtmatig doel nastreeft en gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Het Hof heeft in deze zaken deze rechtvaardigingsgronden vorm gegeven. Door echter zuiver interne situaties ook binnen het toepassingsgebied van de Europese regeling te laten vallen heeft de Europese wetgever de toepassing van dit complex kluwen aan uitzonderingen kunnen ontlopen.

**89.** Onder belastingplichtige wordt verstaan iedere onderneming of permanente vestiging die onderworpen is aan de vennootschapsbelasting.<sup>157</sup> Het personeel toepassingsgebied wordt dus deels bepaald door het nationaal recht. Zo kan een bepaald soort entiteit in land A wel onderworpen zijn aan vennootschapsbelasting, in land B onderworpen maar volledig vrijgesteld, en in land C niet onderworpen zijn aan vennootschapsbelasting.<sup>158</sup> In welke mate men onderworpen moet zijn aan de vennootschapsbelasting moet nog uitgewezen worden.

---

<sup>150</sup> J.C. LOBITA, "The ATAD's Interest Limitation Rule – A Step Backwards?", *European Taxation* 2019, afl. 59 nr. 2/3, (60) 60.

<sup>151</sup> Art. 1 ATAD.

<sup>152</sup> P. VAN OS, "Interest Limitation under the Adopted Anti-Tax Avoidance Directive and Proportionality", *EC Tax Review* 2016, afl. 4, (184) 193.

<sup>153</sup> K. MORBÉE, "De invoering van Europese maatregelen tegen belastingontwijking: een verkenning van de ATAD" in K. RENIERS, N. GOOSENS en J. PEETERS (eds.), *Actuele problemen van financieel, vennootschaps- en fiscaal recht, 30 jaar Werkgroep Financieel Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (171) 176.

<sup>154</sup> HvJ 12 december 2002, nr. C-324/00, ECLI:EU:C:2002:749, Lankhorst-Hohorst.

<sup>155</sup> HvJ 13 maart 2007, nr. C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation.

<sup>156</sup> HvJ 12 december 2002, nr. C-324/00, ECLI:EU:C:2002:749, Lankhorst-Hohorst overw. 32; HvJ 13 maart 2007, nr. C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, overw. 63.

<sup>157</sup> Art. 1 ATAD.

<sup>158</sup> J.C. LOBITA, "The ATAD's Interest Limitation Rule – A Step Backwards?", *European Taxation* 2019, afl. 59 nr. 2/3, (60) 62.

Zo kan men zich afvragen of de situatie waarin een onderneming *de jure* onderworpen is aan vennootschapsbelasting maar *de facto* niet, door bijvoorbeeld onderworpen te zijn aan een belastingvoet van 0%, onder het toepassingsgebied valt, of de situatie waarbij een VZW ook een belastbare activiteit uitoefent.

**90.** Naar analogie kan verwezen worden naar het *Wereldhave*-arrest<sup>159</sup> van het Europees Hof van Justitie. Hierin werd uitspraak gedaan over het criteria van onderworpenheid aan de vennootschapsbelasting zoals bedoeld in artikel 2(A)(iii) van de Moeder-dochterrichtlijn. Het antwoord in deze was ontkennend. Bij een belastingvoet van 0% is er geen onderworpenheid aan de belastingen.<sup>160</sup> Deze uitspraak moet echter genuanceerd worden in die zin dat het niet noodzakelijk is dat er effectief belastingen worden betaald, daar dit het gevolg kan zijn van verliezen.<sup>161</sup> Verder staat het niet vast dat hetzelfde antwoord naar analogie mag worden geaccepteerd. Zo heeft het Hof in haar *Wereldhave*-arrest rekening gehouden met de doelstellingen en systematiek van de richtlijn in kwestie.<sup>162</sup> Met betrekking tot het uitoefenen van een belastbare activiteit als VZW lijkt het aannemelijk dat de interestaftrekbeperking slechts van toepassing is op de belastbare activiteit.<sup>163</sup>

Lidstaten kunnen er ook voor kiezen om groepen onder het begrip belastingplichtige te laten vallen. Het betreft zowel ondernemingen waarbij de belastingen worden berekend op geconsolideerde basis<sup>164</sup>, als deze waarbij de resultaten niet geconsolideerd worden, maar dewelke volgens het nationaal recht wel tot de groep behoren.<sup>165</sup>

**91.** Lidstaten hebben, conform artikel 4(7) ATAD, de mogelijkheid om financiële ondernemingen van het personeel toepassingsgebied uit te sluiten.<sup>166</sup> De Europese wetgever onderstreept dat de beperkingen van renteaftrekbaarheid ook van toepassing moet zijn op financiële ondernemingen, maar dat door de bijzondere kenmerken van dit soort ondernemingen het aangewezen is om voor hen speciale regels op te stellen.<sup>167</sup> Met betrekking tot deze speciale regels is er nog geen consensus, waardoor het aangewezen is lidstaten de mogelijkheid te geven deze ondernemingen van het toepassingsgebied uit te sluiten.<sup>168</sup> Ze deelt hierover de mening met de OESO, dat eerder aangaf dat gezien het feit dat inkomsten uit interesten een aanzienlijk deel van de inkomsten van banken en verzekeraars uitmaken, het toepassen van *fixed ratio*-regels in deze niet noodzakelijk geschikt zou zijn.<sup>169</sup>

---

<sup>159</sup> HvJ 8 maart 2017, nr. C-448/15, ECLI:EU:C:2017:180, *Wereldhave Belgium e.a.*

<sup>160</sup> HvJ 8 maart 2017, nr. C-448/15, ECLI:EU:C:2017:180, *Wereldhave Belgium e.a.*, overw. 43.

<sup>161</sup> D. SMIT, "The Anti-Tax-Avoidance Directive (ATAD)" in O. MARRES, H. VERMEULEN en P.-J. WATTEL (eds.), *European Tax Law Seventh Edition: Volume I (Student edition)*, Kluwer Law International, 2018, (245) 249.

<sup>162</sup> HvJ 8 maart 2017, nr. C-448/15, ECLI:EU:C:2017:180, *Wereldhave Belgium e.a.*, overw. 24.

<sup>163</sup> D. GUTMANN, "The Interest Limitation (Article 4 ATAD)" in W. HASLEHNER, K. PANTAZATOU, G. KOFLER en A. RUST (eds.), *A Guide To The Anti-Tax Avoidance Directive*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, (86) 88.

<sup>164</sup> Art. 4(1)(a) ATAD.

<sup>165</sup> Art. 4(1)(b) ATAD.

<sup>166</sup> Art. 4(7) ATAD.

<sup>167</sup> ATAD, para. 9.

<sup>168</sup> ATAD, para. 9.

<sup>169</sup> OESO, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs, OECD Publishing, 2016, 79-80, nrs. 183-190.

### 3.2. Toepassingsgebied *ratione materiae*

**92.** De Europese wetgever heeft gekozen voor een *earnings stripping*-regel, waarbij het financieringskostensurplus doorgaans slechts aftrekbaar is ten belope van maximaal 30,00% van de fiscaal gecorrigeerd EBITDA.<sup>170</sup> Gezien het een minimumharmonisatierichtlijn betreft, is het lidstaten toegestaan een alternatief te gebruiken zoals de belastbare winst voor rente en belastingen (EBIT), voor zover deze minstens gelijkwaardig is aan de op de EBITDA gebaseerde ratio.<sup>171</sup>

De fiscaal gecorrigeerde EBITDA wordt berekend door de inkomsten die onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting te vermeerderen met de fiscaal aanvaarde afschrijvingen, waardeverminderingen en het fiscaal aanvaarde financieringskostensurplus.<sup>172</sup>

Om deze berekening te kunnen maken moeten, aanvullend op het concept inkomsten onderworpen aan de vennootschapsbelasting<sup>173</sup>, nog twee termen uit de doeken worden gedaan om de fiscaal gecorrigeerde EBITDA te kunnen berekenen, met name (i) het financieringskostensurplus en (ii) de rentebaten en andere economisch gelijkwaardige belastbare inkomsten.

**93.** Het financieringskostensurplus wordt gedefinieerd als "het bedrag waarmee de aftrekbare financieringskosten van een belastingplichtige de belastbare rentebaten en andere economisch gelijkwaardige belastbare inkomsten die de belastingplichtige overeenkomstig het nationale recht ontvangt, overschrijden".<sup>174</sup> Met andere woorden gaat het over het positief verschil tussen de aftrekbare en betaalde interesten of daarmee gelijkgestelde inkomsten, in deze richtlijn vervat in de term financieringskosten.

Met betrekking tot de rentebaten en andere economisch gelijkwaardige belastbare inkomsten wordt een niet-limitatieve oplistening gegeven<sup>175</sup>:

- betalingen in het kader van winstdelende leningen;
- toegerekende rente op instrumenten als converteerbare obligaties en nulcouponobligaties;
- bedragen in het kader van alternatieve financieringsregelingen, zoals islamitische financiering;
- het financieringskostenelement van betalingen voor financiële leasing;
- gekapitaliseerde rente opgenomen in de balanswaarde van een gerelateerd actief, of de amortisatie van gekapitaliseerde rente;
- bedragen gemeten naar financieringsopbrengst op grond van verrekenprijnsregels;

---

<sup>170</sup> Art. 1(1) ATAD.

<sup>171</sup> ATAD, para. 6 jo. art. 3 ATAD.

<sup>172</sup> K. MORBÉE, "De invoering van Europese maatregelen tegen belastingontwijking: een verkenning van de ATAD" in K. RENIERS, N. GOOSENS en J. PEETERS (eds.), *Actuele problemen van financieel, vennootschaps- en fiscaal recht, 30 jaar Werkgroep Financieel Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (171) 179.

<sup>173</sup> Zie *supra* nrs. 89-90.

<sup>174</sup> Art. 2(2) ATAD.

<sup>175</sup> Art. 2(1) ATAD.

- notionele rentebedragen in het kader van afgeleide instrumenten of hedgingregelingen met betrekking tot de leningen van een entiteit;
- bepaalde winsten op buitenlandse valuta en verliezen op leningen en instrumenten in verband met het aantrekken van financiële middelen;
- garantieprovisies voor financieringsregelingen;
- afsluitprovisies;
- en soortgelijke kosten in verband met het lenen van middelen.

Het voorgaande omvat de algemene regel betreffende de beperking van de interestaftrek zoals vervat in artikel 4(1) en (2) ATAD. Zoals reeds vermeld (en bekritiseerd) hebben lidstaten een groot aantal opties ter beschikking om de toepassing van deze algemene regel aan te passen op hun persoonlijke noden en voorkeuren. Deze opties, die doorgaans een verzwakking van het toepassingsgebied inhouden, worden vervolgens kort toegelicht.

### **3.2.1. Artikel 4(3): drempelbedrag en op zichzelf staande entiteiten**

- 94.** Gezien de toepassing van de interestaftrekbeperking voor administratieve lasten kan zorgen, heeft de Europese wetgever lidstaten de mogelijkheid gegeven een veiligehavenregel (*safe harbour-rule*) toe te passen. Dit kan door de invoer van een *de minimis* drempelbedrag tot 3 miljoen euro. Indien een entiteit lid is van een concern wordt het drempelbedrag verdeeld over alle leden van het concern.<sup>176</sup> Indien een lidstaat gebruik maakt van deze optie is het geheel aan financieringskostensurplus onder deze grens aftrekbaar.
- 95.** Naast het drempelbedrag hebben lidstaten tevens de mogelijkheid om op zichzelf staande entiteiten uit te sluiten van het toepassingsgebied. Dit gezien zij door haar aard slechts een beperkt risico op BEPS vormen.<sup>177</sup> Voor hen zal het volledig financieringskostensurplus in aftrek kunnen worden genomen.
- 96.** Een op zichzelf staande entiteit wordt gedefinieerd als een onderneming die geen deel uitmaakt van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern en geen gelieerde onderneming of vaste inrichting heeft.<sup>178</sup> Op deze manier wordt voorkomen dat men kan ontsnappen aan de toepassing door gebruik te maken van ondernemingen waarover men het economisch en/of de juridische controle heeft.<sup>179</sup> Men is lid van een voor de financiële boekhouding geconsolideerd concern indien men gebruik maakt van een geconsolideerde jaarrekening.<sup>180</sup> Een onderneming wordt gezien als gelieerd indien men rechtstreeks of middellijk 25,00% van het stemrecht of kapitaalbezit in handen heeft, of aanspraak maakt op 25,00% van de winst van deze belastingplichtige.<sup>181</sup> Wat moet begrepen worden onder een vaste inrichting wordt in de richtlijn niet verder toegelicht.

<sup>176</sup> Art. 4(3), tweede lid ATAD.

<sup>177</sup> ATAD, para. 6.

<sup>178</sup> Art. 4(3), laatste lid ATAD.

<sup>179</sup> A. SCHNITGER en I. ZAFIROV, "The interest Limitation Rule" in P. PISTONE en D. WEBER (eds.) *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, Amsterdam, IBFD, 2018, (259) 274.

<sup>180</sup> Art. 4(8) ATAD.

<sup>181</sup> Art. 2(4) ATAD.

97. De vraag rijst of de definitie van een gelieerde onderneming afdoende is, en niet moet worden uitgebreid tot situaties met *de facto* controlemogelijkheden. Zo is het denkbaar dat bedrijven die gezien worden als op zichzelf staande entiteiten toch indirect onder de controle van dezelfde personen vallen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien ze kaderleden delen, of indien ze deels in handen zijn van dezelfde eigenaar.<sup>182</sup>

### **3.2.2. Artikel 4(4): grandfathering en langlopende openbare-infrastructuurprojecten**

98. Artikel 4(4)(a) ATAD voorziet in de mogelijkheid een zogenaamde grandfathering clause op te nemen. In dit geval vallen leningen gesloten voor 17 juni 2016 buiten het toepassingsgebied van de maatregel. Deze uitsluiting is slechts mogelijk voor zover er geen wijzigingen zijn aangebracht aan de lening sinds 17 juni 2016.

Artikel 4(4)(b) ATAD geeft lidstaten de mogelijkheid om de financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten, zijnde een project dat door de lidstaat wordt beschouwd als een project van algemeen belang<sup>183</sup>, waarbij de uitvoerder van het project, de financieringskosten, de activa en de inkomsten zich allemaal binnen de Europese Unie bevinden buiten de maatregel te laten vallen.

### **3.2.3. Artikel 4(5): Berekening op groepsniveau**

99. Zoals reeds besproken<sup>184</sup> heeft het gebruik van *fixed ratio*-regels, *in casu* een *earnings stripping*-regel, het nadeel dat ze geen rekening houdt met de gewoonlijke kapitaalstructuur binnen een sector (*sector bias*) of met de kapitaalstructuur van de groep.<sup>185</sup> Op deze manier kunnen groepen die om legitieme bedrijfskundige redenen een hogere graad van vreemd vermogen gebruiken, zonder aan BEPS te doen, nadeel bekomen door de strikte toepassing van de *earnings stripping*-regel.

100. Om dit te corrigeren geeft de Europese wetgever lidstaten de mogelijkheid om oftewel (i) een ontsnappingsclausule voor het eigen vermogen (ook wel *equity escape*-regel) in te voeren, of (ii) een groepsratio-clausule.

- i) De *equity escape*-regel geeft een belastingplichtige het recht zijn volledig financieringskostensurplus af te trekken indien de verhouding tussen haar eigen vermogen en haar balanstotaal tot 2 procentpunten lager, gelijk of hoger is dan de overeenkomstige ratio van de groep, vastgesteld volgens dezelfde methode van financiële verslaglegging.<sup>186</sup> De vermoedelijke reden voor deze regel is dat indien groepsleden een hogere verhouding hebben, en derhalve relatief meer eigen middelen ten opzichte van vreemd vermogen hebben dan de groep in haar geheel,

---

<sup>182</sup> J.C. LOBITA, "The ATAD's Interest Limitation Rule – A Step Backwards?", *European Taxation* 2019, afl. 59 nr. 2/3, (60) 62.

<sup>183</sup> Art. 4(4), tweede lid ATAD.

<sup>184</sup> Zie *supra* nrs. 13-14.

<sup>185</sup> OESO, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs, OECD Publishing, 2016, 61, nr. 115.

<sup>186</sup> Art. 4(5)(a)(ii) ATAD.

er vermoedelijk geen BEPS plaatsvindt door het overmatig gebruik van vreemd vermogen.

De *equity escape*-regel wordt als volgt berekend:

$$\frac{\text{Eigen vermogen belastingplichtige}}{\text{Balanstotaal belastingplichtige}} \geq 0,98 \times \frac{\text{Geconsolideerd eigen vermogen groep}}{\text{Geconsolideerde balanstotaal groep}}$$

- ii) De groepsratio-regel (*group ratio*-regel) geeft de belastingplichtige mogelijk recht op een verhoogde interestaftrek. De berekening gebeurt in twee stappen. Eerst wordt het financieringskostensurplus van de groep ten opzichte van derden gedeeld door haar geconsolideerd EBITDA. Vervolgens wordt deze verhouding vermenigvuldigd met de EBITDA van de belastingplichtige.<sup>187</sup> Hier moet echter nog een derde stap aan worden toegevoegd, zijnde de normale berekening volgens de *earnings stripping*-regel. De groepsratio-regel is namelijk slechts toepasselijk indien ze effectief in een grotere aftrek voorziet.

Bij toepassing van de groepsratio wordt volgende berekening toegepast<sup>188</sup>:

$$\left[ \frac{\text{Financieringskostensurplus groep t.o.v. derden}}{\text{Geconsolideerd EBITDA groep}} \times \text{EBITDA belastingplichtige} \right] > 0,3 \times \text{EBITDA belastingplichtige}$$

- 101.** We stellen vast dat waar de *equity escape*-regel een uitzondering vormt op de *earnings stripping*-regel voor groepsleden die relatief minder vreemd vermogen gebruiken dan de groep waarvan ze deel uitmaken, de groepsratio-regel een verzachting inhoudt van de *earnings stripping*-regel voor groepsleden die deel uitmaken van groepen met in het algemeen een hogere graad aan vreemd vermogen.

### **3.2.4. Artikel 4(6): de voorwaartse en achterwaartse verrekening**

- 102.** Ondanks de verzachtende werking van de groepsratio-regel geeft ze, net zoals de *earnings stripping*-regel, aanleiding tot een beperking van de aftrekbaarheid van interesten.<sup>189</sup> De OESO waarschuwt dan ook dat de toepassing van een van deze regels ook ondernemingen of groepen van ondernemingen kan treffen die niet aan BEPS doen.<sup>190</sup> Zo kan de groepsratio-regel haar nut verliezen bij een plotse stijging van de geconsolideerde EBITDA of een daling van de EBITDA van de belastingplichtige naar aanleiding van marktcondities buiten haar controle. In dit geval spreekt men van de volatiliteit. Anderzijds kan de groepsratio-regel haar nut verliezen bij een plotse stijging van het financieringskostensurplus zonder een gelijktijdige proportionele stijging van haar geconsolideerd EBITDA. Dit kan, naar voorbeeld van de OESO, het geval zijn bij het aangaan

<sup>187</sup> Art. 4(5)(b) ATAD.

<sup>188</sup> In deze formule wordt de 30,00% regel toegepast zoals voorzien in de richtlijn. Gezien het gaat om een minimumharmonisatierichtlijn zijn lidstaten echter vrij een percentage toe te passen dat lager ligt. Indien een lidstaat kiest voor een lager percentage zal, indien de nationale implementatie erin voorziet, de groepsratio-regel eerder toegepast worden.

<sup>189</sup> OESO, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs, OECD Publishing, 2016, 71, nr. 160.

<sup>190</sup> OESO, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs, OECD Publishing, 2016, 71, nr. 159.



van een lening ter financiering van een project dat slechts na verloop van tijd een verhoging van de operationele winsten met zich mee brengt.<sup>191</sup> Men spreekt in deze dan van een *timing mismatch*.

**103.** In beide gevallen loopt de onderneming, in strijd met de *ratio legis* van de ATAD<sup>192</sup>, het risico haar interesten niet in aftrek te kunnen nemen. In dit geval zouden de interesten zowel in hoofde van de kredietnemer als in hoofde van de kredietgever worden belast, met een economische dubbele belasting tot resultaat.<sup>193</sup> Om dit te voorkomen voorziet de Europese wetgever in een mogelijkheid om te voorzien in de voorwaartse en achterwaartse verrekening. Indien een lidstaat de voorwaartse en achterwaartse verrekening wilt implementeren heeft ze de keuze uit drie verschillende mogelijkheden om niet-aftrekbare interesten of niet-gebruikt rentecapaciteit voorwaarts of achterwaarts te verrekenen<sup>194</sup>:

- de voorwaartse verrekening, zonder beperking in de tijd, van het financieringskostensurplus dat in het lopende belastingtijdvak niet kan worden afgetrokken
- de voorwaartse verrekening, zonder beperking in de tijd, en de achterwaartse verrekening, voor ten hoogste drie jaar, van het financieringskostensurplus dat in het lopende belastingtijdvak niet kan worden afgetrokken
- de voorwaartse verrekening, zonder beperking in de tijd, van het financieringskostensurplus en voor ten hoogste vijf jaar van de niet-gebruikte rentecapaciteit die in het lopende belastingtijdvak niet kunnen worden afgetrokken.

**104.** De ATAD geeft echter slechts een mogelijkheid tot het implementeren van een verrekening. Ze voorziet verder niet in een (verplichte) oplossing voor het probleem van de economische dubbele belasting. Bijgevolg kan, naargelang de lidstatelijke implementatie, de interestaftrekbeperking zoals opgenomen in artikel 4 ATAD aanleiding geven tot economische dubbele belasting en is het aan de lidstaat zelf om toe te zien op het voorkomen van deze dubbele belasting.

### **3.3. Toepassingsgebied *ratione temporis***

**105.** Conform artikel 11(1) ATAD waren lidstaten verplicht vóór 1 januari 2019 de nodige wettelijk en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen en te publiceren om de richtlijn te implementeren en deze vanaf die datum toe te passen. Op deze deadline werd, voornamelijk op aandringen van enkele kleinere lidstaten zoals Oostenrijk, België, Letland en Malta<sup>195</sup>, een uitzondering voorzien. Lidstaten die op 8 augustus 2016, zijnde de datum van inwerkingtreding van de ATAD, reeds een regeling in voege hadden die minstens even

---

<sup>191</sup> OESO, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs, OECD Publishing, 2016, 71, nr. 159.

<sup>192</sup> ATAD, para. 5 en 16.

<sup>193</sup> A. SOOM, "Double Taxation Resulting from the ATAD: Is There Relief?", *Intertax* 2020, afl. 48, nr. 3, Kluwer Law International, (273) 275.

<sup>194</sup> Art. 6(a), (b) en (c) ATAD.

<sup>195</sup> K. MORBÉE, "De invoering van Europese maatregelen tegen belastingontwijking: een verkenning van de ATAD" in K. RENIERS, N. GOOSENS en J. PEETERS (eds.), *Actuele problemen van financieel, vennootschaps- en fiscaal recht, 30 jaar Werkgroep Financieel Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (171) 181.

doeltreffend was als de in de richtlijn vervatte regels betreffende de beperking van de interestaftrek ter voorkoming van BEPS konden deze blijven toepassen.<sup>196</sup> Dit tot het einde van het eerste boekjaar volgend op de datum van bekendmaking van een overeenkomst tussen de OESO-leden over een minimumnorm met betrekking tot BEPS-actie 4. Dit uitstel kan verleend worden tot ten laatste 1 januari 2024. Indien op die datum nog geen overeenstemming op het niveau van de OESO is bereikt, moeten lidstaten de regeling implementeren zoals voorzien in de ATAD.<sup>197</sup>

**106.** Indien men gebruik wenste te maken van dit uitstel diende men voor 1 juli 2017 de Commissie de tekst te bezorgen van de belangrijkste bepalingen van intern recht die onder de ATAD worden geregeld.<sup>198</sup>

---

<sup>196</sup> Art. 11(6) ATAD.

<sup>197</sup> Art. 11(6) ATAD.

<sup>198</sup> Art. 11(2) ATAD.



## 4. Hoofdstuk 4: de Belgische interestaftrekbeperkingen na de omzetting van artikel 4 van de ATAD.

**107.** Met de kerstwet werd de in artikel 4 van de ATAD omschreven *earnings stripping*-regel geïmplementeerd in het Belgische rechtstelsel. Ze vervangt de reeds bestaande interestaftrekbeperkingsregels slechts gedeeltelijk. Zo zal ze parallel met artikel 18, eerste lid, 4° WIB92 bestaan, en zal ze voor wat artikel 198, §1, 11° WIB92 betreft de regel vervat in het tweede gedachtestreepje vervangen naar de toekomst toe, zijnde de interestbetalingen aan groepsvennootschappen. Deze regel blijft echter ook nog voortbestaan voor de leningen die onder de *grandfathering*<sup>199</sup> vallen.

### 4.1. Berekenen van het financieringskostensurplus

#### 4.1.1. Basisprincipe

**108.** Het financieringskostensurplus wordt gevormd door het positieve verschil tussen enerzijds het geheel aan interesten en de andere kosten die economisch gelijkwaardig zijn aan interesten die in het belastbaar tijdperk als beroepskost worden aangemerkt en die niet verbonden zijn met een vaste inrichting waarvan de winst wordt vrijgesteld krachtens een overeenkomst tot het vermijden van dubbele belasting, en anderzijds het geheel aan interesten en de kosten die economisch gelijkwaardig zijn aan interesten, die in de winst van het belastbaar tijdperk zijn inbegrepen en die niet krachtens een overeenkomst tot voorkoming van dubbele belasting worden vrijgesteld.<sup>200</sup> Met andere woorden bedraagt het financieringskostensurplus het positief verschil tussen de aanvaarde financieringskosten en de aanvaarde 'financieringsopbrengsten', zijnde de ontvangen interesten of daarmee economisch gelijkwaardige opbrengsten.

**109.** Van belang voor de betaalde interesten is dat zij enerzijds niet reeds als verworpen uitgaven worden beschouwd. Zo kan bijvoorbeeld verwezen worden naar artikel 55 WIB92. Indien interesten de marktrentevoet overstijgen, zal het deel dat deze marktrentevoet overstijgt als verworpen uitgaven worden gekwalificeerd. Het aandeel dat reeds als verworpen uitgaven worden gezien zal niet in rekening worden genomen bij het berekenen van het financieringskostensurplus. Dit om te voorkomen dat een uitgaven tweemaal verworpen zou kunnen worden.

Voorts kan ook verwezen worden naar de wisselwerking met de artikelen 198, §1, 11° en 18, eerste lid, 4° WIB92. Zo verwerpt artikel 198, §1, 11° WIB92 de interestkosten voor zover ze voortkomen uit kredieten aangegaan met besmette kredietgevers die de 5 op 1 verhouding overschrijden. Het aandeel dat verworpen wordt kan niet mee in rekening worden genomen bij het berekenen van het financieringskostensurplus. Dit in tegenstelling tot de uitwerking van het artikel 18, eerste lid, 4° WIB92. De interesten die voortkomen uit voorschotten die een 1 op 1 verhouding overstijgen worden niet aangemerkt als verworpen

---

<sup>199</sup> Zie *infra* nrs. 116-121.

<sup>200</sup> Art. 198/1, §2, eerste lid WIB92.

uitgaven, maar geherkwalificeerd tot uitgekeerde dividenden. Ook deze vallen buiten de berekening van het financieringskostensurplus. Verder heeft het onderscheid geen invloed op de berekening van de fiscale EBITDA. Deze gaat uit van de eerste bewerking<sup>201</sup>, waarbij zowel de verworpen uitgaven, de uitgekeerde dividenden als de beweging in de reserves in rekening worden genomen.<sup>202</sup>

- 110.** De interesten betaald aan, of ontvangen van een in België gelegen inrichting van een buitenlandse vennootschap, gelegen in een land waarmee België een dubbelbelastingverdrag heeft gesloten worden tevens buiten de berekening van het financieringskostensurplus gelaten.

**4.1.1.1. Kosten en opbrengsten die economisch gelijkwaardig zijn aan interesten**

- 111.** Voor het berekenen van het financieringskostensurplus worden niet enkel interesten in rekening genomen, maar ook de kosten en opbrengsten die economisch gelijkwaardig worden geacht aan interesten. In tegenstelling tot de onderkapitalisatiemaatregel worden ook interesten of opbrengsten die economisch gelijkwaardig worden geacht aan interesten verkregen van derden, zoals kredietinstellingen, mee opgenomen in het financieringskostensurplus. Het opnemen van deze opbrengsten en kosten vindt haar oorzaak in de definitie van het financieringskostensurplus zoals vervat in artikel 2(1) ATAD. Gezien deze zowel de interesten als de andere economisch gelijkwaardige belastbare inkomsten in aanmerkingen neemt zou het beperken van het Belgische toepassingsgebied tot enkel de interesten niet voldoen aan de minimumharmonisatie die de ATAD tracht te bereiken.<sup>203</sup>

- 112.** Het definiëren van deze economisch gelijkwaardige belastbare inkomsten of kosten werd gedelegeerd aan de Koning.<sup>204</sup> Het uitgangspunt hierbij is de opsomming die reeds gebruikt werd in de definitie van Financieringskosten in artikel 2(1) ATAD en zal alleen deze kosten onder het toepassingsgebied plaatsen waarvan de equivalentie met interesten kan worden aangetoond.<sup>205</sup> Dit leidde tot het artikel 734/8 KB/WIB92 dat zowel in een limitatieve lijst voorziet van kosten en opbrengsten die economisch gelijkwaardig aan interesten worden aangemerkt, als een mogelijkheid om andere kosten en opbrengsten die niet op de lijst staan alsnog te laten erkennen als zijnde economisch gelijkwaardig aan interesten.

- 113.** De limitatieve lijst van kosten en opbrengsten die gelijkwaardig aan interesten worden aangemerkt luidt als volgt:

---

<sup>201</sup> Wetsvoorstel (P. DE ROOVER e.a.) tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001, 70.

<sup>202</sup> Wetsontwerp van 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3147/001, 24.

<sup>203</sup> Art. 3 ATAD; Wetsontwerp van 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3147/001, 23.

<sup>204</sup> Art. 198/1, §2 WIB92.

<sup>205</sup> Wetsontwerp van 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3147/001, 23.

- 1) de afschrijving op een immaterieel of materieel vast actief in de mate dat in de aanschaffingswaarde van dit actief, in toepassing van artikel 3:16 van het KB/WVV<sup>206</sup>, rente op vreemd vermogen werd opgenomen;
- 2) de als beroepskost aangemerkte voorraadvermindering, in de mate dat in de vervaardigingsprijs van deze voorraden of bestellingen in uitvoering, in toepassing van artikel 3:16 van hetzelfde KB/WVV, rente op vreemd vermogen werd opgenomen;
- 3) de vergoeding die door de belastingplichtige verschuldigd is aan een buitenlandse vennootschap die deel uitmaakt van dezelfde groep van vennootschappen als de belastingplichtige en die op grond van artikel 185, § 2, a, van het WIB92, en in toepassing van de verrekenprijsregels wordt beperkt tot een premie voor het ter beschikking stellen van kapitaal;
- 4) wisselkoerswinsten en wisselkoersverliezen in de mate dat deze gerealiseerd worden bij de betaling van interesten in uitvoering van een leningsovereenkomst;
- 5) garantievorsies en soortgelijke kosten die verschuldigd zijn in gevolge het sluiten van een overeenkomst waarin de tegenpartij, in het geval aan de contractuele voorwaarden worden voldaan, de betaling van een vooraf bepaald bedrag aan een begunstigde heeft gegarandeerd;
- 6) afsluitprovisies en soortgelijke kosten andere dan interesten die verschuldigd zijn ten gevolge van het afsluiten van een leningsovereenkomst ;
- 7) het gedeelte van het in artikel 3:45 van het KB/WVV bedoelde disconto op renteloze of abnormaal laag rentende vorderingen dat in toepassing van artikel 363 van het WIB92 in de winst van het belastbare tijdperk is inbegrepen, evenals het gedeelte van het in de artikelen 3:45 en 3:55 van hetzelfde koninklijk besluit bedoelde disconto op renteloze of abnormaal laag rentende schulden die als beroepskosten wordt aangemerkt.<sup>207</sup>

**114.** Zoals reeds vermeld is deze oplijsting limitatief in dit opzicht dat deze kosten en opbrengsten steeds als economisch gelijkwaardig aan interesten zullen worden aanzien. Indien echter ofwel de verkrijger of de schuldenaar van deze opbrengsten of kosten, die de tegenprestatie vormen voor het ter beschikking stellen van vermogen, deze willen erkennen als economisch gelijkwaardig aan interesten, en ze derhalve willen opnemen in de berekening van het financieringskostensurplus, kan deze partij hiertoe een voorafgaande beslissing aanvragen. Bij de aanvraag van deze voorafgaande beslissing dient een bijlage gevoegd te worden dat zowel alle partijen bij de overeenkomst identificeert, alsook het bedrag van de kosten of opbrengsten. Deze voorafgaande beslissing bindt zowel de aanvrager als de andere partijen bij de overeenkomst. Indien de voorafgaande beslissing positief is, moeten de partijen in hun overeenkomst opnemen dat de kosten of opbrengsten, voor de toepassing

---

<sup>206</sup> Koninklijk besluit van 29 april 2019 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, *BS* 30 april 2019.

<sup>207</sup> Art. 734/8, §1 KB/WIB92.

van artikel 198/1, §2 WIB92 als economisch gelijkwaardig aan interesten worden beschouwd.

208

#### **4.1.2. Uitgesloten leningen**

**115.** Bij de implementatie van de ATAD krijgen lidstaten de mogelijkheid om, bij het berekenen van het financieringskostensurplus, bepaalde soorten leningen uit te sluiten van het toepassingsgebied. Dit is meerbepaald het geval voor leningen die vóór 17 juni 2016, zijnde de inwerkingtreding van de ATAD, werden gesloten en na deze datum niet meer werden gewijzigd.<sup>209</sup> Een tweede soort optioneel uitsluitbare lening is deze die is aangegaan ter financiering van een langlopend openbare-infrastructuurproject waarbij het project, de financieringskosten, de activa en de inkomsten zich allemaal in de Europese Unie bevinden.<sup>210</sup>

Bij het implementeren van de ATAD heeft België ervoor gekozen beide type leningen uit te sluiten en derhalve niet in aanmerking te nemen bij het vaststellen van het financieringskostensurplus.<sup>211</sup>

##### **4.1.2.1. Grandfathering**

**116.** Buiten het toepassingsgebied van de nieuwe regeling vallen de leningen aangegaan vóór 17 juni 2016 waaraan geen fundamentele wijzigingen werden aangebracht sedert die datum.<sup>212</sup> Op deze leningen blijft de oude onderkapitalisatieregelgeving zoals vervat in artikel 198, §1, 11° WIB92 van toepassing voor zover zij voldoen aan de door de Koning vastgestelde modaliteiten. Zij zullen dan niet mee in rekening worden genomen bij de berekening van het financieringskostensurplus.<sup>213</sup>

Het feit dat deze oude leningen buiten het toepassingsgebied vallen is een logisch gevolg van de niet-retroactiviteit van de fiscale wetten. Deze niet-retroactiviteit dient ter voorkoming van een schending van het beginsel van rechtszekerheid, en mag slechts ter zijde geschoven worden indien dit onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang.<sup>214</sup>

**117.** Om gebruik te maken van de *grandfathering* dient de belastingplichtige aan enkele formaliteiten te voldoen. Zo dient de belastingplichtige een overzicht over te maken waaruit de modaliteiten van de leningsovereenkomst blijken. Onder modaliteiten van de leningsovereenkomst worde, verstaan de identiteit van de partijen, de overeengekomen rentevoet, de looptijd van de overeenkomst, het geleende bedrag en de datum van afsluiting.<sup>215</sup> Tevens moet dit overzicht de datum en beschrijving bevatten van alle wijzigingen, al dan niet fundamenteel, die zijn aangebracht aan de leningsovereenkomst sedert haar afsluiting.<sup>216</sup> De belastingplichtige dient daarnaast ook te bevestigen dat er geen

---

<sup>208</sup> Art. 734/8, §2 KB/WIB92.

<sup>209</sup> Art. 4(4)(a) ATAD.

<sup>210</sup> Art. 4(4)(b) ATAD.

<sup>211</sup> Art. 198/1, §2, tweede lid, gedachtestreepjes 1 en 2 WIB92.

<sup>212</sup> Art. 198/1, §2, tweede lid, tweede gedachtestreepje WIB92.

<sup>213</sup> Art. 734/9, eerste lid KB/WIB92 *jo.* 198/1, §2, tweede lid WIB92.

<sup>214</sup> GwH 22 januari 2015, nr. 1/2015, Overweging B.4.

<sup>215</sup> Art. 734/9, tweede lid KB/WIB92.

<sup>216</sup> Art. 734/9, tweede lid KB/WIB92.

fundamentele wijzigingen aan de leningsovereenkomst hebben plaatsgevonden sinds 17 juni 2016.<sup>217</sup>

**118.** Enige aandacht dient besteed te worden aan het concept “fundamentele wijziging”, daar deze verwoording verschilt van deze gebruikt in de richtlijn dewelke breder geformuleerd is door slechts het woord “wijziging” te gebruiken. De wetgever heeft de verwoording van deze voorwaarde vernauwd om zo te ontsnappen aan een al te puriteinse toepassing van de regel.<sup>218</sup> Op deze wijze blijft het doel van de richtlijn behouden, zonder onredelijk te zijn. Een wettelijke definitie van het concept blijft echter uit. De voorbereidende werken schijnen wel wat licht op dit concept door te bevestigen dat sowieso als fundamenteel worden gezien: de partijen bij de overeenkomst, de rentevoet indien de stijging niet contractueel werd voorzien en de looptijd.<sup>219</sup> Een herfinanciering maakt ook steeds een fundamentele wijziging uit.<sup>220</sup> Een wijziging van het rekeningnummer waarop de annuïteiten worden betaald is dan weer geen fundamentele wijziging.<sup>221</sup>

**119.** De bewijslast voor deze leningen en haar modaliteiten en wijzigingen ligt bij de belastingplichtige. Deze wordt belast met het bijhouden van alle overeenkomsten of andere bewijsstukken die betrekking hebben op de uit te sluiten leningen en, in voorkomend geval, de aangebrachte wijzigingen en moet deze bij eenvoudig verzoek kunnen voorleggen aan de administratie.<sup>222</sup>

**120.** Voor sommige ondernemingen kan het toepassen van de *grandfathering*-regel fiscaal nadeliger zijn dan de toepassing van de nieuwe *earnings stripping*-regel. Te denken valt aan verbonden vennootschappen die de 5 op 1 verhouding van de oude regeling overschrijden, maar waarvan de interesten de drempels uit de nieuwe regeling niet overschrijden. Deze ondernemingen kunnen nalaten te voldoen aan de voornoemde voorwaarden voor de *grandfathering*, zonder dat dit rechtsmisbruik in de zin van artikel 344, §1 WIB92 zal uitmaken.<sup>223</sup>

#### **4.1.2.1.1. Uitzondering op het verbod van fundamentele wijzigingen naar aanleiding van de COVID-19 pandemie**

**121.** Veel ondernemingen hebben naar aanleiding van de maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken een vermindering in hun liquiditeit waargenomen. Zo moesten voor een bepaalde periode alle niet-essentiële ondernemingen die publiek toegankelijk waren tijdelijk de deuren sluiten met uitzondering van de voedingswinkels met inbegrip van de nachtwinkels, dierenvoedingswinkels, apotheken, krantenwinkels,

<sup>217</sup> Art. 734/9, tweede lid KB/WIB92.

<sup>218</sup> Verslag bij wetsvoorstel tot wijziging van het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, ter bevordering van investeringen in de reële economie, *Parl.St.* nr. 54-2864/003, 166.

<sup>219</sup> Verslag bij wetsvoorstel tot wijziging van het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, ter bevordering van investeringen in de reële economie, *Parl.St.* nr. 54-2864/003, 166.

<sup>220</sup> Verslag bij wetsvoorstel tot wijziging van het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, ter bevordering van investeringen in de reële economie, *Parl.St.* nr. 54-2864/003, 178.

<sup>221</sup> Verslag bij wetsvoorstel tot wijziging van het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, ter bevordering van investeringen in de reële economie, *Parl.St.* nr. 54-2864/003, 166.

<sup>222</sup> Art. 734/9, derde lid KB/WIB92.

<sup>223</sup> Voorafgaande beslissing, nr. 2020.0514, dd. 5 mei 2020.



tankstations en de levaranciers van brandstoffen en de kappers voor zover zij op afspraak werken en slechts één klant per keer ontvangen in hun zaak.<sup>224</sup> Doorgaans liepen voor deze ondernemingen de vaste kosten, zoals de huur van gebouwen en de verplichte verzekeringen, door zonder dat er inkomsten gegenereerd werden.

Naar aanleiding van deze situatie wordt het toestaan van betalingsmodaliteiten voor kredieten met een vast aflossingsplan, kaskredieten en vaste voorschotten niet geacht een fundamentele wijzigingen in te houden in het licht van de *grandfathering* regel indien de onderneming (i) aantoont dat de betalingsproblemen het gevolg zijn van de covid-19 crisis, en (ii) de betalingsmodaliteiten blijken uit een goedgekeurde aanvraag bij een financiële instelling of zijn opgenomen in een aanvullende overeenkomst in geval van intragroepsleningen of leningen verstrekt door derden die geen financiële instelling zijn en dit voorzover het betalingsmodaliteiten betreft die (iii) toegestaan werden vóór 30 juni 2020 en hoogstens tot 31 december 2020 lopen.<sup>225</sup>

#### **4.1.2.2. Leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten**

**122.** Naast de uitsluiting van leningen aangegaan vóór 17 juni 2016 waaraan geen fundamentele wijzigingen werden aangebracht sedert die datum (behoudens de uitzondering voorzien voor wijzigingen die het gevolg zijn van de COVID-19 maatregelen) kunnen ook de interesten verschuldigd op de leningen ter financiering van langlopende openbare-infrastructuurprojecten vanaf aanslagjaar 2021<sup>226</sup> worden uitgesloten bij de berekening van het financieringskostensurplus.<sup>227</sup>

**123.** Bij het invoegen van het artikel 198/1 in het WIB92<sup>228</sup> werd deze vrijstelling verleend voor "*leningen die worden gesloten in uitvoering van een project van publiek-private samenwerking gegund na inmededingingstelling overeenkomstig de reglementering inzake overheidsopdrachten, waarbij de uitvoerder van het project, de financieringskosten, de activa en de winst zich allemaal in de Europese Unie bevinden.*" Hierbij kan een duidelijke terminologische afwijking van de ATAD worden waargenomen. Deze spreekt namelijk over "*leningen die voor de financiering van een langlopend openbare-infrastructuurproject worden gebruikt waarbij de uitvoerder van het project, de financieringskosten, de activa en de inkomsten zich allemaal in de Unie bevinden.*"

**124.** Dit verschil in terminologie was ook de Europese Commissie niet ontgaan. Op 2 juli 2020 werd België in gebreken gesteld op grond van enkele mogelijke onverenigbaarheden bij de omzetting van de artikelen 4 en 7 van de ATAD.<sup>229</sup> Een van deze mogelijke onverenigbaarheden was het voornoemde verschil in terminologie.

<sup>224</sup> Zie hiertoe onder andere art. 1, §1 Ministerieel Besluit van 18 maart houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken, *BS* 18 maart 2020.

<sup>225</sup> Circ. 2020/C/62 - Addendum aan de circulaire 2019/C/89 over de grandfathering regeling van de interestaftrekbeperking, *BS* 5 mei 2020.

<sup>226</sup> Art. 6 Koninklijk besluit van 7 juni 2021 houdende uitvoering van de wet houdende dringende diverse fiscale en fraudebestrijding bepalingen, *BS* 17 juni 2021.

<sup>227</sup> Art. 198/1, §2, tweede lid, tweede gedachtestreepje WIB92.

<sup>228</sup> Art. 40 wet van 25 december 2017 tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *BS* 29 december 2017.

<sup>229</sup> Wetsontwerp van 3 december 2020 houdende dringende diverse fiscale en fraudebestrijding bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1683/001, 6.

Zo merkt de Commissie op dat het Belgisch recht geen definitie voorziet van de publiek-private samenwerking. Ze grijpt in deze terug naar de definitie die door de OESO wordt gehandeerd, zijnde een *“contractuele overeenkomsten op lange termijn tussen de overheid en een private partner, waarbij laatstgenoemde openbare diensten verleent en financiert met gebruik van uitstaand kapitaal en de daaraan verbonden risico’s worden gedeeld”*.<sup>230</sup> In de ATAD wordt een langlopend openbare-infrastructuurproject als volgt gedefinieerd: *“een project dat bedoelt is om een grootschalig actief dat door een lidstaat wordt beschouwd als zijnde van algemeen belang, te leveren, te verbeteren, te exploiteren en/of te onderhouden.”*<sup>231</sup> Gezien dit terminologisch verschil verschilt het toepassingsgebied van de Belgische implementatie van deze van de ATAD. Zo kan een publiek-private samenwerking ook worden toegepast voor andere dan openbare-infrastructuurprojecten<sup>232</sup>, en kan een langlopend openbare-infrastructuurproject ook worden aangegaan door een overheid zonder dat hierbij een samenwerking met een private onderneming wordt aangegaan.

Door nu dezelfde terminologie te hanteren<sup>233</sup> als gebruikt in de ATAD worden tevens ook langlopende openbare-infrastructuurprojecten die niet worden ontwikkeld via een publiek-private samenwerking vrijgesteld. Zo wordt het voorbeeld gegeven van grootschalige investeringen in windmolenparken op zee.<sup>234</sup>

De koning had reeds de bevoegdheid om de modaliteiten te bepalen waaraan de belastingplichtige moet voldoen om de financieringskosten verbonden aan een langlopend infrastructuurproject van de berekening van het financieringskostensurplus uit te sluiten.<sup>235</sup> Met de wet van 20 december 2020 werd deze delegatie uitgebreid tot het artikel 198/1, §6 WIB92, met name voor de uitzondering voorzien voor vennootschappen wiens enige activiteit bestaat in het uitvoeren van langlopende openbare financieringsprojecten.<sup>236</sup> Zodoende kunnen beide vervolgens op gelijke voet behandeld worden door ze aan dezelfde voorwaarden te onderwerpen.<sup>237</sup>

Om gebruik te kunnen maken van de uitsluiting van interesten betaald naar aanleiding van een lening verstrekt voor langlopende openbare-infrastructuurprojecten bij het berekenen van het financieringskostensurplus dient de belastingplichtige aan enkele door de Koning vastgestelde formaliteiten te voldoen. Zo zal de belastingplichtige een opgave bij haar aangifte moeten voegen die de nodige informatie met betrekking tot zowel de lening als het

---

<sup>230</sup> OESO, *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*, mei 2012, <https://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf>, 18.

<sup>231</sup> Art. 4(4), tweede lid ATAD.

<sup>232</sup> Wetsontwerp van 3 december 2020 houdende dringende diverse fiscale en fraudebestrijding bepalingen, *Parl.St. Kamer* 2020-21, nr. 55-1683/001, 7.

<sup>233</sup> Art. 5, 3<sup>o</sup> wet van 20 december 2020 houdende dringende diverse fiscale en fraudebestrijding bepalingen (1), *BS* 30 december 2020.

<sup>234</sup> Wetsontwerp van 3 december 2020 houdende dringende diverse fiscale en fraudebestrijding bepalingen, *Parl.St. Kamer* 2020-21, nr. 55-1683/001, 7.

<sup>235</sup> Art. 198/1, §2, tweede lid WIB92.

<sup>236</sup> Art. 5, eerste lid, 8<sup>o</sup> wet van 20 december 2020 houdende dringende diverse fiscale en fraudebestrijding bepalingen (1), *BS* 30 december 2020.

<sup>237</sup> Wetsontwerp van 3 december 2020 houdende dringende diverse fiscale en fraudebestrijding bepalingen, *Parl.St. Kamer* 2020-21, nr. 55-1683/001, 8.

langlopende openbare-infrastructuurproject bevat. Zo vereist artikel 734/10 KB/WIB92 dat minstens worden opgenomen in de opgave:

- de identificatie en omschrijving van het grootschalig actief dat door het openbare infrastructuurproject wordt opgeleverd, verbeterd, geëxploiteerd of onderhouden;
- een omschrijving van het openbare karakter en/of één of meerdere verwijzingen naar notulen, beslissingen of andere documenten van een overheid waaruit het algemene belang of openbare karakter van het infrastructuurproject blijkt;
- de verwachte of daadwerkelijke duurtijd van de effectieve werkzaamheden aan het infrastructuurproject;
- de plaats waar het project en de activa die ten gevolge van dit project werden gerealiseerd zich bevinden;
- behalve wanneer de investeerder van het project een overheid is, de naam en plaats van vestiging van de persoon of personen die het economisch risico van het project dragen;
- de naam en plaats van vestiging van de persoon of personen die ingevolge een met de investeerder gesloten overeenkomst verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van het project;
- de naam en plaats van vestiging van de persoon of personen die ingevolge de uitvoering van het project interesten of opbrengsten die overeenkomstig artikel 734/8 KB/WIB92 economisch gelijkwaardig zijn aan interesten verkrijgen;
- Behalve wanneer de belastingplichtige vraagt buiten het toepassingsgebied van artikel 198/1 WIB92 te worden geplaatst op grond van het feit dat haar enige activiteit bestaat in het uitvoeren van een langlopend openbaar-infrastructuurproject, moet ze het bedrag aan interesten of kosten of opbrengsten die economisch gelijkwaardige zijn aan interesten die in uitvoering van deze overeenkomst in de loop van het belastbare tijdperk door de belastingplichtige werden verkregen of betaald.<sup>238</sup>

De vorm van deze opgave is vrij te kiezen door de belastingplichtige. Aan de hand van deze informatie zal de administratie bepalen of de uitzondering toegepast kan worden. Ze doet dit door eerst een dubbele toetsing uit te voeren om vast te stellen of het daadwerkelijk om een langlopende openbare-infrastructuurproject gaat. Indien de dubbele toetsing wordt doorstaan zullen de interesten of kosten die economisch gelijkwaardige zijn aan interesten buiten de berekening van het financieringskostensurplus worden gelaten indien ze voldoen aan de vereisten van artikel 198/1, §2, tweede lid, tweede gedachtestreepje WIB92. Met name moet de uitvoerder van het project, de financieringskosten, de activa en de winst zich allemaal in de Europese Unie bevinden.

#### **4.1.2.2.1. Openbaar karakter van het project**

- 125.** Allereerst zal het openbaar karakter van het project moeten worden vastgesteld. In eerste instantie zal de administratie het project toetsen aan een limitatieve lijst van

---

<sup>238</sup> Art. 734/10 KB/WIB92.

voorbeeldprojecten waarvan de openbaarheid vaststaat. In het verslag aan de koning worden volgende voorbeelden gegeven<sup>239</sup>:

- Transportinfrastructuur zoals wegen, bruggen, tunnels, sporen en kanalen die gelegen zijn in een voor het publiek toegankelijke locatie
- Energieproductie en -distributie-infrastructuren, energie-infrastructuren zoals bedoeld in artikel 2, punt 130 van verordening (EU) nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard
- Infrastructuren die beogen een positief effect te hebben op het leefmilieu of biodiversiteit en die verder gaan dan wat de toepasselijke regelgeving minimaal voorschrijven

Indien het project van de belastingplichtige niet binnen één van de voorgenoemde voorbeelden past, kan de administratie ze toetsen aan een reeks criteria om alsnog het openbaar karakter van het project vast te stellen.<sup>240</sup> Zo wordt de vaststelling een feitenkwestie waarbij zaak per zaak het openbaar karakter zal worden nagegaan. De administratie zal in dit geval rekening houden met de toegankelijkheid van het project, de meerwaarde ervan voor de omgeving en de maatschappij en de mate waarin anderen dan de investeerder er gebruik van kunnen maken.<sup>241</sup>

#### **4.1.2.2.1. Langlopend karakter van het project**

**126.** Eens het openbaar karakter wordt vastgesteld zal een tweede toets worden toegepast. De administratie zal in deze het langdurig karakter van het project vaststellen. Ze doet dit aan de hand van de informatie die de belastingplichtige heeft opgenomen in de opgave, met name de verwachte of daadwerkelijke duurtijd van de effectieve werkzaamheden. Voorts is het de belastingplichtige toegelaten om andere specifieke elementen aan te brengen die het langlopend karakter van het project ondersteunen.

Enigszins opmerkelijk is dat de KW/WIB92 enkel de opgave van de daadwerkelijke duurtijd van de effectieve werkzaamheden eist, maar nalaat de eventuele duur van de exploitatie ervan mee in acht te nemen. Een letterlijke lezing van deze bepaling zou dan ook een meer beperkte invulling tot gevolg hebben als deze in artikel 4(4), tweede lid ATAD. Zo kan het langlopend karakter zich bevinden in de langdurige exploitatie van een grootschalig actief van algemeen belang, zonder dat hiertoe ook langdurige werken uitgevoerd moesten worden.

#### **4.1.2.2.2. Toetsing aan artikel 198/1, §2, tweede lid, tweede gedachtestreepje**

**127.** Indien vast staat dat het project een langlopend openbare-infrastructuurproject betreft dient nog voldaan te worden aan de in artikel 198/1, §2, tweede lid, tweede gedachtestreepje WIB92 opgenomen voorwaarden. Het gaat meer bepaald over een aantal

---

<sup>239</sup> Verslag aan de Koning bij het Koninklijk besluit van 7 juni 2021 houdende uitvoering van de wet houdende dringende diverse fiscale en fraudebestrijdingsbepalingen, *BS* 17 juni 2021.

<sup>240</sup> X, "Uitsluiting leningen i.v.m. infrastructuurprojecten: voorwaarden" *Fiscoloog* 2021, afl. 1708, 10.

<sup>241</sup> Verslag aan de Koning bij het Koninklijk besluit van 7 juni 2021 houdende uitvoering van de wet houdende dringende diverse fiscale en fraudebestrijdingsbepalingen, *BS* 17 juni 2021.

voorwaarden *ratione loci*. Zo dienen de uitvoerder van het project, de financieringskosten, de activa en de winst zich in de Europese Unie te bevinden.

Behoudens de gevallen waarin de overheid het project financiert, worden de winsten geacht te zijn gelocaliseerd bij de investeerder. De investeerder is in deze de entiteit die het economisch risico van het project draagt.<sup>242</sup>

#### **4.1.3. Uitzondering voor vennootschappen of inrichtingen die deel uitmaken van een groep.**

**128.** Artikel 4(1)(b) ATAD geeft lidstaten de mogelijkheid om groepen, zoals gedefinieerd volgens het nationaal recht, die hun resultaten niet voor belastingdoeleinden consolideren, toch als één belastingplichtige te beschouwen. Door groepsleden niet individueel in aanmerking te nemen kan bijvoorbeeld voorkomen worden dat het *safe harbour* bedrag van 3 miljoen euro per belastingplichtige zal worden toegepast.

**129.** De Belgische overheid heeft sedert 1986 reeds enkele malen gepoogd om, net zoals vele buurlanden, een consolidatiesysteem in te voeren in het Belgisch recht.<sup>243</sup> Deze pogingen leidde echter steeds tot niets.<sup>244</sup> Met de wet van 25 december 2017 tot hervorming van de vennootschapsbelasting werd er, onder impuls van de ATAD<sup>245</sup>, dan toch een beperkt consolidatiesysteem ingevoerd.<sup>246</sup> Deze bestaat enerzijds uit een verplichte vorm van consolidatie tussen Belgische groepsleden, ook wel de *ad hoc* consolidatie genoemd. Deze vindt uitwerking bij zowel de berekening van het financieringskostensurplus,<sup>247</sup> bij het berekenen van de fiscale EBITDA<sup>248</sup> als bij het verdelen van het *de minimis* bedrag van 3 miljoen euro<sup>249</sup> dat als *safe harbour* functioneert. Hierbij wordt een fiscale consolidatie gesimuleerd, in dit opzicht dat alle groepsvennootschappen nog steeds een eigen aangifte moeten indienen, maar enkel de onderlinge transacties buiten beschouwing worden gelaten.<sup>250</sup>

Naast deze verplichte vorm van consolidatie heeft de wetgever voorzien in een optionele uitbreiding van het consolidatiesysteem dat geënt is op het Scandinavisch consolidatiesysteem.<sup>251</sup> Deze geeft groepsvennootschappen de mogelijkheid om op vrijwillige basis er voor te kunnen kiezen om winsten van een winstgevend groepslid over te dragen aan een ander groepslid tegen betaling van een bijdrage (de groepsbijdrage)<sup>252</sup> of door

---

<sup>242</sup> Verslag aan de Koning bij het Koninklijk besluit van 7 juni 2021 houdende uitvoering van de wet houdende dringende diverse fiscale en fraudebestrijdingsbepalingen, *BS* 17 juni 2021.

<sup>243</sup> Wetsvoorstel (J. DUPRÉ e.a.) tot regeling van de overdracht van verliezen tussen verwante ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 546-1.

<sup>244</sup> P.-J. WOUTERS, "Het nieuwe fiscale consolidatiesysteem: artikel 205/5 WIB 1992 gewikt en gewogen", *TFR* 2019, afl. 15, nr. 567, (750) 750-751.

<sup>245</sup> Wetsontwerp van 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3147/001, 4.

<sup>246</sup> Art. 48 wet van 25 december 2017 tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *BS* 29 december 2017.

<sup>247</sup> Art. 198/1, §2, laatste lid WIB92.

<sup>248</sup> Art. 198/1, §3, derde lid, tweede gedachtestreepje WIB92.

<sup>249</sup> Art. 198/1, §3, derde lid, eerste gedachtestreepje WIB92.

<sup>250</sup> Wetsontwerp van 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3147/001, 25.

<sup>251</sup> Wetsvoorstel (P. DE ROOVER e.a.) tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001, 11.

<sup>252</sup> Art. 205/5 WIB92.

onbenut aftrekcapaciteit over te dragen aan een andere groepsvennootschap met een nood aan extra aftrekcapaciteit (de interestaftrekovereenkomst)<sup>253</sup> al dan niet tegen vergoeding.

**4.1.3.1. Ad hoc consolidatie op het niveau van het financieringskostensurplus.**

**130.** Bij het berekenen van het financieringskostensurplus worden de financieringsopbrengsten en financieringskosten die werden ontvangen of betaald aan binnenlandse vennootschappen of in België gelegen vaste inrichtingen van een buitenlandse vennootschap terug toegevoegd aan het financieringskostensurplus, dan wel er terug van af getrokken indien voldaan is aan de in het artikel gestelde voorwaarden.<sup>254</sup>

**131.** Allereerst is vereist dat de belastingplichtige deel uitmaakt van een groep van vennootschappen. Met ingang van 20 augustus 2018 voorziet het WIB92 met haar artikel 2, 5°/1 in een eigen definitie van een groep van vennootschappen.<sup>255</sup> Dit artikel verwijst terug naar artikel 1:20 WVV. Dit concept werd reeds uitvoering besproken.<sup>256</sup>

In tegenstelling tot de *ad hoc* consolidatie op het niveau van de fiscale EBITDA gelden er hier geen permanentievoorwaarden. Het is enkel vereist dat de andere binnenlandse vennootschappen of Belgische inrichtingen van buitenlandse vennootschappen op het ogenblik waarop het financieringskostensurplus wordt berekend lid zijn van dezelfde groep van vennootschappen als de belastingplichtige.

**132.** Als tweede vereiste dienen de andere groepsvennootschappen waarmee het financieringssurplus geconsolideerd wordt niet uitgesloten te zijn van het toepassingsgebied van het artikel 198/1 WIB92. Artikel 198/1, §6 WIB92 bevat een limitatieve lijst met ondernemingen die uitgesloten worden van het toepassingsgebied. Het betreft de financiële ondernemingen<sup>257</sup>, de vennootschappen wienst enige activiteit bestaat in het uitvoeren van langlopende openbare infrastructuurprojecten<sup>258</sup> en de op zichzelf staande ondernemingen die geen deel uitmaken van een groep.<sup>259</sup> Deze uitzonderingen werden overgenomen uit de ATAD, waar ze optionele uitzonderingen uitmaakte.<sup>260</sup>

Een op zichzelf staande vennootschap is een vennootschap die:

- geen deel uitmaakt van een groep van vennootschappen zoals bedoeld in artikel 1:20WVV;

---

<sup>253</sup> Art. 198/1, §4 WIB92.

<sup>254</sup> Art. 198/1, §2, laatste lid.

<sup>255</sup> Het artikel verwees eerst naar art. 11 W.venn.

Art. 2, 6° van de wet van 17 maart 2019 wijzigde deze bepaling door te verwijzen naar het nieuwe art. 1:20 WVV. Inhoudelijk zijn beide bepalingen echter identiek.

Wet van 17 maart 2019 tot aanpassing van bepaalde federale fiscale bepalingen aan het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen, BS 10 mei 2019.

<sup>256</sup> Zie *supra* nrs. 62-70.

<sup>257</sup> Art. 198/1, §6, 1°-12° WIB92.

<sup>258</sup> Art. 198/1, §6, 13° WIB92.

<sup>259</sup> Art. 198/1, §6, 14° WIB92.

<sup>260</sup> Zie respectievelijk art. 4(7) ATAD, art. 4(4), derde lid ATAD en art. 4(3), eerste lid,(b) ATAD.

- rechtstreeks noch onrechtstreeks een deelneming van 25,00% van het stemrecht of het kapitaalbezit heeft in een andere vennootschap of waarvan deze deelneming recht geeft op minstens 25,00% van de winst;
- geen gemeenschappelijke aandeelhouder heeft, rechtspersoon dan wel natuurlijke persoon, die zowel in de belastingplichtige als in een andere vennootschap 25,00% van het stemrecht of het kapitaalbezit bezit, of recht heeft op ten minste 25,00% van de winst.

**133.** Indien het geen vennootschap betreft die uitgesloten is van het toepassingsgebied en er voldaan is aan de groepsvereiste kunnen de aan elkaar betaalde interesten of betalingen die economisch gelijkwaardig zijn aan interesten buiten beschouwing worden gelaten door ze dan wel terug bij het financieringskostensurplus te tellen in het geval van kosten, of ze er van af te trekken in het geval van opbrengsten.

**134.** Volgens voorbeeld illustreert de toepassing: A en B zijn beide Belgische vennootschappen. A is de moeder van B en bezit 100,00% van de aandelen in B. A heeft voor 300 aan interesten betaald aan derden C. Ze heeft voor 300 aan interesten ontvangen van B als tegenprestatie voor het toestaan van een krediet aan deze. De gehanteerde rentevoet is marktconform. B heeft verder geen andere kredieten.

Zonder de verplichte *ad hoc* consolidatie zou A een financieringskostensurplus hebben van 0, zijnde de 300 die ze ontvangen heeft van B min de 300 die ze reeds heeft betaald aan derde C. Het financieringskostensurplus van B zou 300 zijn, zijnde de 300 die ze betaald heeft aan A.

Met toepassing van de verplichte *ad hoc* consolidatie heeft A een financieringskostensurplus van 300, zijnde de betaling aan derde C. B zou een financieringskostensurplus hebben van 0, gezien de interesten betaald op haar enige vorm van krediet niet in aanmerking komen voor het vaststellen van het financieringskostensurplus.

## **4.2. Berekenen van de fiscale EBITDA**

**135.** Bij het berekenen van de fiscale EBITDA kan men twee situaties onderscheiden.<sup>261</sup> Enerzijds is er de situatie waarbij de belastingplichtige deel uitmaakt van een groep van vennootschappen waarvan geen enkele ander groepslid gevestigd is binnen België of een Belgische vestiging heeft. In deze situatie zal de berekening beperkt blijven tot de individuele berekening van de fiscale EBITDA. Indien de vennootschap deel uitmaakt van een groep van vennootschappen waarvan een andere dan de belastingplichtige vennootschap een binnenlandse vennootschap is of een Belgische vestiging heeft, moeten onder bepaalde voorwaarden de onderlinge transacties, bij wijze van een *ad hoc* consolidatie, geneutraliseerd worden.<sup>262</sup>

<sup>261</sup> C. CHEVALIER, *Vademecum vennootschapsbelasting 2021*, Mortsel, Intersentia, 2021, 577.

<sup>262</sup> A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht. Een inzichtelijk handboek (3<sup>de</sup> ed.)*, Brugge, die Keure, 2018, 144.

136. Bij het berekenen van de fiscale EBITDA neemt men als uitgangspunt het resultaat na de eerste bewerking.<sup>263</sup> Dit bedrag wordt hierna als volgt gecorrigeerd:

<b>Resultaat na de eerste bewerking</b>	
Vermeerderd met:	Verminderd met:
<ul style="list-style-type: none"> <li>- De afschrijvingen en waardeverminderingen die in dat tijdperk als beroepskost werden aanvaard.</li> <li>- Het gedeelte van het financieringskostensurplus dat in dat tijdperk als beroepskost werd aanvaard.</li> <li>- De volgens artikel 194sexies WIB92 vrijgestelde winst naar aanleiding van overgedragen financieringskostensurplus dat in een vorig tijdperk niet kon worden afgetrokken en dat het fiscaal resultaat heeft verlaagd</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- De belastingvrije winsten, met name:               <ul style="list-style-type: none"> <li>• De winsten van het belastbaar tijdperk dat krachtens een dubbelbelastingverdrag werd vrijgesteld.</li> <li>• De in artikel 205/5 WIB92 bedoelde groepsbijdrage dat in mindering wordt gebracht van de winst van het belastbaar tijdperk</li> <li>• De inkomsten van het belastbaar tijdperk die gedurende het huidige of volgend belastbaar tijdperk aanleiding geven tot een DBI-aftrek</li> <li>• 85,00% van de bedragen verkregen tijdens het belastbaar tijdperk die in het huidige of het volgend belastbaar tijdperk aanleiding geven tot een aftrek voor innovatie-inkomsten</li> <li>• 80,00% van de octrooi-inkomsten die in aanmerking worden genomen om van de winst van het belastbaar tijdperk te worden afgetrokken</li> </ul> </li> <li>- De winsten die werden behaald in uitvoering van een langlopend openbaar infrastructuurproject indien de uitvoerder van het project, de financieringskosten, de activa en de winst zich allemaal in de Europese Unie bevinden.</li> </ul>

Door de belastingvrije winsten niet mee in rekening te nemen bij het bepalen van de fiscale EBITDA kan vermeden worden dat bepaalde entiteiten hun aftrekkapaciteit verhogen met belastingvrije intragroepstransacties ten nadele van de andere leden van de groep.<sup>264</sup> Dit om BEPS tussen lidstaten onderling te voorkomen. Zo zouden, indien belastingvrije winsten wel in rekening zouden worden genomen bij het berekenen van de fiscale EBITDA, door

<sup>263</sup> Wetsvoorstel (P. DE ROOVER e.a.) tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001, 70.

<sup>264</sup> OESO, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs, OECD Publishing, 2016, 68, nr. 146.



middel van een broekzak-vestzaktransactie winsten alsnog verschoven kunnen worden om zo de aftrekcapaciteit te verhogen daar waar dit voor dat betreffend belastbaar tijdperk fiscaal het meest gunstig zou zijn. Lidstaten kunnen namelijk nog steeds soeverein het nationaal toepasselijk belastingtarief bepalen, waardoor ook intra-Europese BEPS vermeden moet worden.

De uitsluiting van de winsten behaald uit langlopende openbare-infrastructuurprojecten is een optionele uitzondering waarin werd voorzien in de ATAD.<sup>265</sup> Deze uitzondering kan gerechtvaardigd worden doordat ze slechts een zeer geringe risico op BEPS inhoudt.<sup>266</sup>

#### **4.2.1. Ad hoc consolidatie op het niveau van de fiscale EBITDA**

**137.** Net zoals bij het bepalen van het financieringskostensurplus en bij het bepalen van het grensbedrag wordt er bij het berekenen van de fiscale EBITDA een verplichte *ad hoc* consolidatie doorgevoerd. In dit geval worden de onderlinge transacties geneutraliseerd indien deze een impact zouden hebben op de fiscale EBITDA.<sup>267</sup>

De *ad hoc* consolidatie dient verplicht toegepast te worden tussen de belastingplichtige en de entiteiten die voldoen aan volgende voorwaarden:

- De andere entiteit is een binnenlandse vennootschap of een Belgische inrichting van een buitenlandse vennootschap die deel uitmaakt van dezelfde groep.<sup>268</sup>
- De andere entiteit is niet uitgesloten van het toepassingsgebied. Dit is het geval voor de financiële instellingen en de vennootschappen wiens enige activiteit bestaat in het uitvoeren van een langlopend openbaar-infrastructuurproject.<sup>269</sup>
- De andere entiteit heeft het volledig belastbaar tijdperk deel uitgemaakt van dezelfde groep van vennootschappen als de belastingplichtige.<sup>270</sup> In tegenstelling tot de *ad hoc* consolidatie op het niveau van het financieringskostensurplus is er hier dus naast de verbondenheidsvoorwaarde ook sprake van een permanentievoorwaarde.<sup>271</sup>

**138.** In voorkomend geval wordt de fiscale EBITDA vermeerderd met de aan groepsleden betaalde beroepskosten, en wordt ze verminderd met de ontvangen inkomsten van deze groepsleden. De verhoging van de fiscale EBITDA kan, met aanvang van aanslagjaar 2022, slechts worden toegelaten indien de belastingplichtige bewijst dat de betaling die werd gedaan aan een groepslid bij deze ook daadwerkelijk werd gecompenseerd door een vermindering van de fiscale EBITDA in hoofde van de ontvanger. Door deze voorwaarde expliciet op te nemen tracht men de onderlinge neutraliteit te garanderen.<sup>272</sup> Een vermindering van de fiscale EBITDA moet slechts worden doorgevoerd in zover de verkregen inkomsten daadwerkelijk in het resultaat van het fiscaal tijdperk zijn inbegrepen.

---

<sup>265</sup> Art. 4(4)(b) ATAD.

<sup>266</sup> ATAD, para. 8.

<sup>267</sup> Art. 734/11, §1, tweede en derde lid KB/WIB92.

<sup>268</sup> Art. 198/1, §2, laatste lid WIB92.

<sup>269</sup> Art. 198/1, §6 WIB92.

<sup>270</sup> Art. 198/1, §3, vierde lid WIB92.

<sup>271</sup> Zie *supra* nr. 131.

<sup>272</sup> Verslag aan de Koning bij het Koninklijk besluit van 7 juni 2021 houdende uitvoering van de wet houdende dringende diverse fiscale en fraudebestrijdingsbepalingen, BS 17 juni 2021.

Deze aanpassingen worden echter slechts toegepast indien ze effectief een weerslag hebben op de fiscale EBITDA.<sup>273</sup> Zo voorziet artikel 734/11 KB/WIB92 dat de fiscale EBITDA niet moet worden verminderd (en de fiscale EBITDA bij de tegenpartij niet moet worden verhoogd) indien het (i) een dividend betreft dat in aanmerking komt voor de DBI-aftrek voor het huidige of volgend belastbaar tijdperk of het (ii) winsten zijn die behaald werden in uitvoering van een langlopend openbaar infrastructuurproject. Ook moeten niet in aanmerking worden genomen, (iii) 85,00% van de winsten die voor innovatie-aftrek in aanmerking komen in het huidige of het volgend belastbaar tijdperk of (iv) 80,00% van de octrooi-inkomsten die in aanmerking worden genomen om van de winst van het belastbaar tijdperk te worden afgetrokken.

Indien een transactie niet voorkomt in deze limitatieve opsomming, maar alsnog geen impact heeft op de fiscale EBITDA moet ook deze transactie niet gecompenseerd worden. Zo geeft de administratie het voorbeeld van de vergoeding die betaald moet worden naar aanleiding van de groepsbijdrage.<sup>274</sup> De daling van de belastbare reserves ten gevolge van deze vergoeding wordt immers gecompenseerd door een evenredige verhoging van de verworpen uitgaven.

#### **4.2.2. De groepsbijdrageregeling**

Aanvullend op de verplichte *ad hoc* consolidatie heeft de wetgever voorzien in een aanvullende consolidatieregeling. Deze is gebaseerd op het Scandinavisch systeem van groepsbijdragen.<sup>275</sup> Binnen deze regeling is het binnenlandse vennootschappen of vaste inrichtingen van buitenlandse vennootschappen<sup>276</sup> toegelaten om, vanaf aanslagjaar 2020 verbonden aan een belastbaar tijdperk dat ten vroegste aanvangt op 1 januari 2019<sup>277</sup>, belastbare winsten over te dragen aan andere groepsleden. In hoofde van de overdragende vennootschap maakt de groepsbijdrage een verworpen uitgave uit en bij de ontvangende vennootschap wordt ze vrijgesteld door een verhoging van de begintoestand van de reserves.<sup>278</sup> Hiermee wordt de fiscale neutraliteit van de groepsbijdrage gegarandeerd. Om gebruik te kunnen maken van de groepsbijdrage dient aan enkele strikte voorwaarden voldaan te worden.

##### **4.2.2.1. Participatievoorwaarde**

- 139.** Allereerst dient de betrokken entiteit een "*verbonden vennootschap*" te zijn met de belastingplichtige. In tegenstelling tot de *ad hoc* consolidatie waar men berust op de definitie van een groep van vennootschappen zoals vervat in artikel 2, 5<sup>o</sup>/1 WIB92 *jo.* 1:20 WVV werd

---

<sup>273</sup> Verslag aan de Koning bij het Koninklijk besluit van 20 december 2019 tot aanpassing van het KB/WIB 92 ingevolge de invoering van de aftrek van de groepsbijdrage en van de beperking op de aftrek van interesten, *BS* 27 december 2019.

<sup>274</sup> Circ. 2020/C/97 over de interestaftrekbeperking, *BS* 10 juli 2020, 5-6, randnummer 12.

<sup>275</sup> Wetsvoorstel (P. DE ROOVER e.a.) tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001, 11.

<sup>276</sup> Art. 205/5, §3, tweede lid WIB92.

<sup>277</sup> Art. 86, B1 wet van 25 december 2017 tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *BS* 29 december 2017.

<sup>278</sup> G. DELFOSSE en P. SMET, "Circulaire groepsbijdrage : toelichting en model 'groepsbijdrage overeenkomst'", *Fiscoloog* 2020, afl. 1657, (1) 1.

in artikel 205/5, §2, zesde lid WIB92 wel in een eigen definitie voorzien. Zo wordt verstaan onder een met de belastingplichtige verbonden vennootschap<sup>279</sup>:

- een binnenlandse of buitenlandse vennootschap die beschikt over een rechtstreekse deelneming van ten minste 90,00% in het kapitaal van de belastingplichtige (de belastingplichtige is de moedervennootschap); of
- een binnenlandse of buitenlandse vennootschap waarvan ten minste 90,00% van het kapitaal wordt aangehouden door de belastingplichtige (de belastingplichtige is een dochtervennootschap); of
- een binnenlandse of buitenlandse vennootschap die rechtstreeks ten minste 90,00% in het kapitaal aanhoudt van zowel de belastingplichtige als een andere binnenlandse of buitenlandse vennootschap. (De belastingplichtige is een zustervernootschap met een gemeenschappelijke moeder)

**140.** Bij het toetsen van deze participatievoorwaarden wordt enkel rekening gehouden met de rechtstreekse verbondenheid van een vennootschap in een andere vennootschap. Zo vindt de toetsing steeds plaats op het niveau van de vennootschap<sup>280</sup> en wordt er geen rekening gehouden met enige deelname waarover een Belgische inrichtingen van een buitenlandse vennootschappen beschikt, noch met enige deelname door een natuurlijk persoon.

Voorbeeld:

Stel dat een buitenlandse moederonderneming A, gelegen binnen de EER, beschikt over een deelneming van minstens 90,00% in het kapitaal van de belastingplichtige B, alsook in deze van C. Op haar beurt houdt C minstens 90,00% in het kapitaal van de Belgische vennootschap D.

In de veronderstelling dat C een vennootschap is (situatie 1), is er tussen de belastingplichtige B en de Belgische vennootschap D niet voldaan aan de participatievoorwaarde, daar de deelname slechts indirect is. Tussen B en D kan bijgevolg geen groepsbijdrageovereenkomst worden toegelaten.

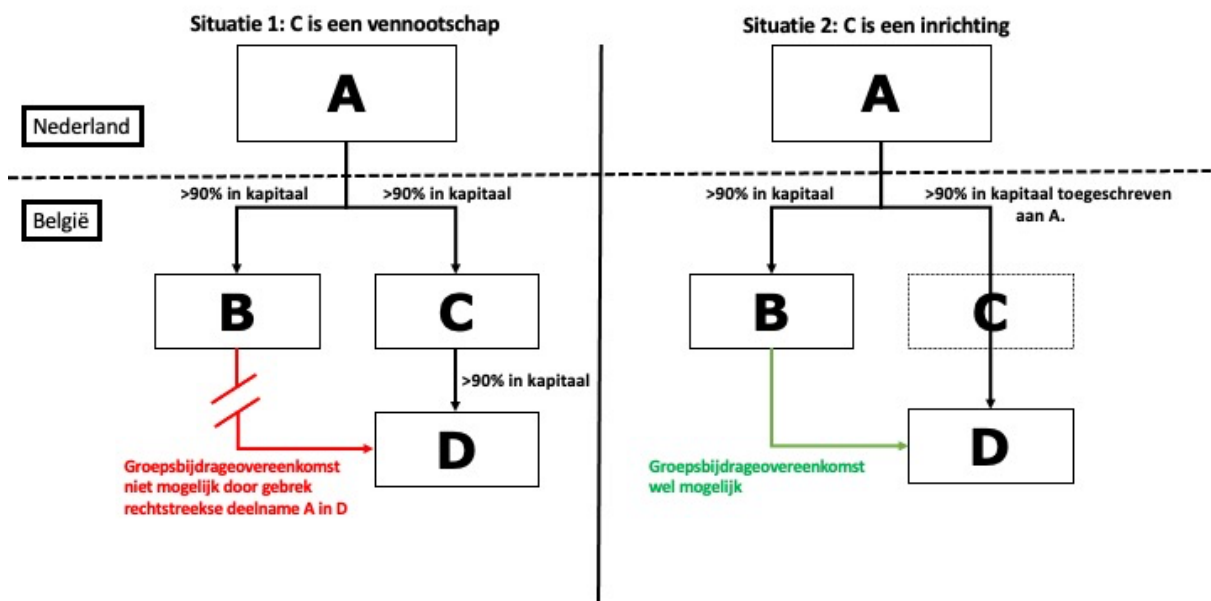
In de veronderstelling dat C een Belgische inrichting is van een in de EER gevestigde buitenlandse vennootschap (A) (situatie 2) is een groepsbijdrageovereenkomst tussen B en D wel mogelijk, gezien het aandeel van C als inrichting van A, wordt toegeschreven aan A waardoor deze een voldoende grote rechtstreekse deelname heeft in zowel B als in D.

Situatie 1 en situatie 2 kunnen visueel als volgt worden voorgesteld:

---

<sup>279</sup> Art. 205/5, §2, zesde lid WIB92.

<sup>280</sup> P.-J. WOUTERS, "Het nieuwe fiscale consolidatiestelsel: artikel 205/5 WIB 1992 gewikt en gewogen", *TFR* 2019, afl. 15, nr. 567, (750) 755.



Figuur 8: Verbonden vennootschappen

#### 4.2.2.2. Permanentievoorwaarde

**141.** Alvorens een groepsbijdrageovereenkomst uitwerking kan krijgen tussen twee vennootschappen dienen zij beide reeds minimaal voor een onafgebroken periode van vijf jaar verbonden te zijn.<sup>281</sup> Het vijfde jaar neemt aanvang op 1 januari van het vierde kalenderjaar voor het kalenderjaar waarnaar het aanslagjaar wordt vernoemd.

**142.** Ook hier dient de permanentievoorwaarde slechts getoetst te worden op het niveau van de vennootschap. Stel dat een Belgische moedervernootschap A een rechtstreekse deelname heeft van minimaal 90,00% in haar Belgische dochteronderneming B en haar Nederlandse dochteronderneming C, en deze verbondenheid al voor minstens 5 jaar bestaat.

Tussen B en C kan, ondanks het voldoen aan de participatie- en permanentievoorwaarden, geen groepsbijdrageovereenkomst worden gesloten gezien C niet in België is gelegen en het geen situatie betreft van definitieve EER verliezen.<sup>282</sup> Indien echter C een Belgische vestiging D opricht kan tussen B en C wel onmiddellijk een groepsbijdrageovereenkomst worden afgesloten. Dit gezien de permanentievoorwaarden van D in hoofde van C wordt getoetst.

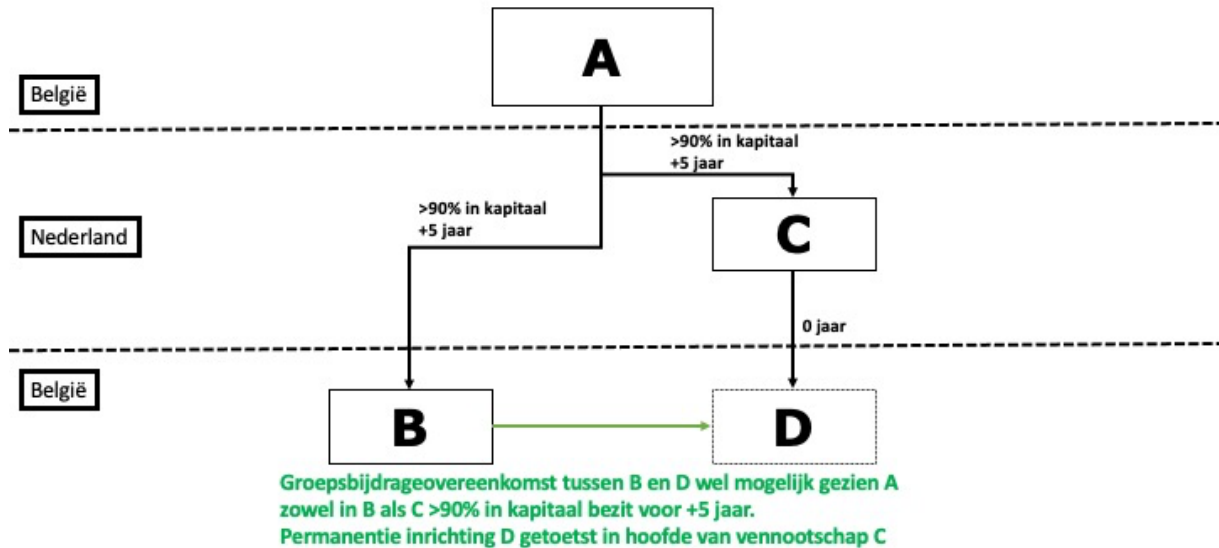
Met betrekking tot de permanentievoorwaarde is tevens in een speciale regeling voorzien indien (i) een nieuwe vennootschap werd opgericht ten gevolge van een fusie, splitsing, gemengde splitsing of een hiermee gelijkgestelde verrichting<sup>283</sup>, indien (ii) het vermogen van een vennootschap of een deel daarvan is overgegaan in het vermogen van de belastingplichtige of een binnenlandse dan wel buitenlandse vennootschap die verbonden is met de belastingplichtige in gevolge een fusie door overneming, splitsing door overneming

<sup>281</sup> Art. 205/5, §2, tweede lid WIB92.

<sup>282</sup> Zie *infra* nrs. 145-147.

<sup>283</sup> Art. 205/5, §2 derde lid WIB92.

of hiermee gelijkgestelde verrichting, door een inbreng van een tak van werkzaamheid of een inbreng van de algemeenheid van goederen.<sup>284</sup>



Figuur 9: Permanentievoorwaarde inrichting

#### 4.2.2.3. Uitgesloten vennootschappen

**143.** Bepaalde partijen worden uitgesloten van het toepassingsgebied van de groepsbijdrageregeling. Enerzijds zijn dit de bedrijven die onderworpen zijn aan een afwijkend belastingstelsel.<sup>285</sup> Gezien de groepsbijdrage, met uitzondering van de definitieve EER-verliezen, niet vereist dat de ontvangende vennootschap of inrichting daadwerkelijk verlieslatend is wou de wetgever voorkomen dat via de groepsbijdrage winsten werden doorgeschoven naar vennootschappen die genieten van een fiscaal gunstregime.<sup>286</sup> Deze uitzondering is van toepassing op zowel binnenlandse als buitenlandse vennootschappen in het kader van definitieve EER verliezen. Het betreft:

- de beleggingsvennootschappen die onder het toepassingsgebied van artikel 185bis WIB92 vallen<sup>287</sup>;
- de zeescheepvaartvennootschappen die onderworpen zijn aan de tonnagetaks<sup>288</sup> met toepassing van de artikelen 115 tot 120 of van artikel 124 van de programmawet van 2 augustus 2002;
- de vennootschappen die geregistreerd zijn als diamanthandelaar en die onderworpen zijn aan het "Diamant Stelsel" met toepassing van artikel 67 tot 71 van de programmawet van 10 augustus 2015;

<sup>284</sup> Art. 205/5, §2, vierde lid WIB92.

<sup>285</sup> Art. 205/5, §2, achtste lid, tweede tot zesde gedachtestreepje WIB92.

<sup>286</sup> P.-J. WOUTERS, *Fiscale consolidatie: systeem van groepsbijdragen*, Mortsel, Intersentia, 2020, 35-36.

<sup>287</sup> Beleggingsvennootschappen en thesaurievennootschappen die niet onder het toepassingsgebied van art. 185bis WIB92 vallen zijn derhalve ook niet uitgesloten van het toepassingsgebied van de groepsbijdrageregeling.

<sup>288</sup> Wetsontwerp van 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3147/001, 30.

- de vennootschappen die in toepassing van artikel 342, §§2 en 4 forfaitair belast worden op de winst van het belastbaar tijdperk;
- de buitenlandse onderneming met definitieve EER-verliezen die in het land van haar fiscale woonplaats geniet van een belastingregeling die afwijkt van het gemeen recht.

**144.** Anderzijds worden ook de vennootschappen uitgesloten die een onroerend goed of een ander zakelijk recht op het onroerend goed ter beschikking stelt aan een of meerdere natuurlijke personen die een opdracht of functie uitoefenen zoals bedoeld in artikel 32, eerste lid WIB92. Het betreft in deze de bedrijfsleiders van de eerste categorie. Hieronder vallen de bestuurders, de zaakvoerders, de vereffenaars of de personen die een soortgelijke functie uitoefenen. Voorts werd ook de omweg via de echtgenoot of de (minderjarige niet-ontvoogde) kinderen uitgesloten. De wetgever heeft nagelaten de oorzaak voor deze uitsluitingsgrond te verklaren.<sup>289</sup> De wetgever treedt met deze uitzondering zeer streng op. Gezien het concept van de terbeschikkingstelling niet gedefinieerd wordt in het WIB92 kan hier een brede invulling aan worden gegeven.<sup>290</sup> Zo kan hiermee ook de situatie gevisieerd worden waarbij een vennootschap een gebouw verhuurt aan haar bedrijfsleider, zelfs indien deze verhuur tegen normale huurprijzen geschiedt.<sup>291</sup>

#### **4.2.2.4. Definitieve EER-verliezen**

**145.** Normaliter is de fiscale consolidatie een nationale aangelegenheid. Dit is ingegeven door het territorialiteitsbeginsel.<sup>292</sup> Gezien een land in de regel enkel de winsten belast die behaald werden door ingezeten vennootschappen of door inrichtingen van buitenlandse vennootschap, zal ze ook geen rekening houden met de in het buitenland gerealiseerde verliezen.<sup>293</sup> Door een groepsbijdrage toe te laten tussen een ingezeten belastingplichtige en buitenlandse vennootschappen zouden winsten kunnen worden verlegd naar landen waar deze gunstiger belast zouden worden en zo ontsnappen aan de nationale belastingheffing.<sup>294</sup> Dit zou haaks staan op het doel van het OESO BEPS-actieplan en de ATAD.

**146.** Onder invloed van rechtspraak van het Europese Hof van Justitie werd hier echter een uitzondering op voorzien. Zo zou het feit dat buitenlandse vennootschappen buiten het toepassingsgebied van de groepsbijdrageregeling vallen een beperking inhouden van de vrijheid van vestiging doordat ze het vestigen in een andere lidstaat minder aantrekkelijk maakt.<sup>295</sup> Ondanks dat het Hof van mening was dat deze inbreuk gerechtvaardigd werd uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang ging ze ook verder dan nodig was om het nagestreefd doel te verwezenlijken<sup>296</sup> indien ze de toepassing tevens uitsluit in een

<sup>289</sup> P.-J. WOUTERS, "Het nieuwe fiscale consolidatiestelsel: artikel 205/5 WIB 1992 gewikt en gewogen", *TFR* 2019, afl. 15, nr. 567, (750) 754.

<sup>290</sup> P.-J. WOUTERS, "Het nieuwe fiscale consolidatiestelsel: artikel 205/5 WIB 1992 gewikt en gewogen", *TFR* 2019, afl. 15, nr. 567, (750) 754.

<sup>291</sup> S. VAN CROMBRUGGE, *De hervorming van de vennootschapsbelasting*, Schoten, Roularta Media Group, 2018, 52.

<sup>292</sup> HvJ 13 december 2005, nr. C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, Marks & Spencer, overw. 36.

<sup>293</sup> HvJ 18 juli 2007, nr. C-231/05, ECLI:EU:C:2007:439, Oy AA, overw. 34; S. VAN CROMBRUGGE, *De hervorming van de vennootschapsbelasting*, Schoten, Roularta Media Group, 2018, 47.

<sup>294</sup> HvJ 13 december 2005, nr. C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, Marks & Spencer, overw. 49; HvJ 18 juli 2007, nr. C-231/05, ECLI:EU:C:2007:439, Oy AA, overw. 50, 56, 58 en 64.

<sup>295</sup> HvJ 13 december 2005, nr. C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, Marks & Spencer, overw. 33-34.

<sup>296</sup> HvJ 13 december 2005, nr. C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, Marks & Spencer, overw. 51 en 55.

situatie waarbij een niet-ingezeten dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput voor het belastbaar jaar, alsmede voor vroegere belastingjaren en er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in de toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat worden verrekend, hetzij door de dochtervennootschap zelf, hetzij door een derde ingeval de dochtervennootschap aan een derde werd verkocht.<sup>297</sup> Het betreft dus de situatie waarbij deze verliezen definitief zijn zonder mogelijkheid ze in die lidstaat over te dragen naar een andere vennootschap.

Om tegemoet te komen aan de bekommernissen van het Europese Hof van Justitie heeft de Belgische wetgever een regeling aangenomen waarbij, in voornoemde uitzonderingssituatie, ook een verliesverrekening kan plaatsvinden tussen een Belgische belastingplichtige en een buitenlandse vennootschap.<sup>298</sup> De Belgische wetgever heeft het toepassingsgebied zoals bepaald door het Europese Hof van Justitie tevens uitgebreid tot vennootschappen gevestigd in de EER.<sup>299</sup> Hierdoor vallen ook IJsland, Liechtenstein en Noorwegen binnen de regeling.

**147.** Als een in de EER gevestigde vennootschap voldoet aan zowel de participatievoorwaarde<sup>300</sup> als de permanentievoorwaarde<sup>301</sup> kan met deze vennootschap wel een groepsbijdrageovereenkomst worden gesloten indien deze buitenlandse vennootschap haar activiteiten definitief heeft stopgezet. Indien echter de activiteit door een andere vennootschap opnieuw wordt hervat binnen de drie jaar zal bij de belastingplichtige een bedrag ter grootte van de groepsbijdrage opnieuw opgenomen moeten worden in de belastbare grondslag. Dit bij wijze van een *recapture*<sup>302</sup> zoals vervat in artikel 185, §4, tweede lid WIB92.

#### **4.2.2.1. De groepsbijdrageovereenkomst**

**148.** Indien aan alle vereiste is voldaan dient de groepsbijdrage opgenomen te worden in een groepsbijdrageovereenkomst. De vereiste waaraan deze overeenkomst moet voldoen zijn opgenomen in artikel 205/5, §3 WIB92, en artikel 205/5, §4 WIB92 voor wat betreft de definitieve EER-verliezen.

Allereerst dienen de Belgische belastingplichtige en de in aanmerking komende binnenlandse vennootschap of Belgische inrichting van een buitenlandse vennootschap te worden geïdentificeerd als de twee partijen van de overeenkomst.<sup>303</sup> De vennootschap die de groepsbijdrage ontvangt gaat een fiscale verbintenis aan waarbij ze zich ertoe verplicht de groepsbijdrage op te nemen in de belastbare grondslag van het belastbaar tijdperk.<sup>304</sup> Hier staat tegenover dat de overdragende vennootschap/belastingplichtige zich er

<sup>297</sup> HvJ 13 december 2005, nr. C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, Marks & Spencer, overw.. 55 en 59.

<sup>298</sup> Wetsvoorstel (P. DE ROOVER e.a.) tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001, 86.

<sup>299</sup> Art. 205/5, §2, zevende lid WIB92.

<sup>300</sup> Zie *supra* nrs. 139-140.

<sup>301</sup> Zie *supra* nrs. 141-142.

<sup>302</sup> Wetsontwerp van 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3147/001, 28.

<sup>303</sup> Art. 205/5, §3, tweede lid WIB92.

<sup>304</sup> Art. 205/5, §3, derde lid WIB92 *jo.* art. 185, §4, eerste lid WIB92.

privaatrechtelijk toe verbindt aan de ontvangende vennootschap een vergoeding te betalen.<sup>305</sup> In tegenstelling tot de groepsbijdrage dient de vergoeding voor de groepsbijdrage effectief gestort te worden.<sup>306</sup> Deze storting dient niet meteen plaats te vinden. Van belang is wel dat het bewijs van de storting kan worden geleverd op het moment dat de belastingplichtige haar aangifte indient.<sup>307</sup>

Deze vergoeding waarborgt de vermogensneutraliteit van de groepsbijdrage.<sup>308</sup> Zo zal de overdragende vennootschap een voordeel bekomen door de verlaging van haar belastbare basis, met een verlaging van verschuldigde vennootschapsbelasting tot gevolg. Hier staan tegenover dat de ontvangende vennootschap in een later winstgevend tijdperk haar eigen overgedragen verliezen niet kan afzetten tegen deze winsten. Zo hebben deze verliezen een waarde voor de ontvangende vennootschap, dewelke ze verliest door de groepsbijdrage. De grootte van de vergoeding stemt dan ook overeen met de vennootschapsbelasting of belasting van de niet-inwoners die verschuldigd zou zijn geweest indien de groepsbijdrage niet had plaatsgevonden.<sup>309</sup> Bij het berekenen van de vergoeding wordt rekening gehouden met het verminderd tarief van de vennootschapsbelasting op de eerste schijf van 100.000,00 euro voor kleine vennootschappen, alsook met de eventuele verhogingen wegens gebrek aan voorafbetaling.<sup>310</sup> De vergoeding wordt bij de ontvanger gekwalificeerd als een vrijgestelde winst.<sup>311</sup>

- 149.** De grootte van de groepsbijdrage wordt niet beperkt. De overdragende vennootschap is vrij om meer over te dragen dan de ontvangende vennootschap of Belgische inrichting van een buitenlandse vennootschap aan verliezen heeft. In hoofde van de ontvanger wordt het deel dat de verliezen overstijgt aangemerkt als een minimale belastbare basis.<sup>312</sup>

Dit is echter anders indien het definitieve EER-verliezen betreft. In dit geval is de grootte van de groepsbijdrage beperkt tot de verliezen van de buitenlandse vennootschap, met inachtnaam van het deel van deze verliezen dat mogelijk door andere personen of vennootschappen in aftrek kan worden genomen.<sup>313</sup>

In ieder geval dient de belastingplichtige ter rechtvaardiging de groepsbijdrageovereenkomst, waarvan het model werd gepubliceerd als bijlage bij circulaire 2020/C/29<sup>314</sup>, bij haar aangifte te voegen.<sup>315</sup>

---

<sup>305</sup> S. VAN CROMBRUGGE, *De hervorming van de vennootschapsbelasting*, Schoten, Roularta Media Group, 2018, 59.

<sup>306</sup> Wetsontwerp van 11 december 2017 betreffende de economische relance en de versterking van de sociale cohesie, *Parl.St.* Kamer 2017-2018, nr. 54-2839/001, 87.

<sup>307</sup> J. J. COUTURIER, B. PEETERS en E. VAN DE VELDE, *Belgisch Belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2018, 562.

<sup>308</sup> Wetsontwerp van 11 december 2017 betreffende de economische relance en de versterking van de sociale cohesie, *Parl.St.* Kamer 2017-2018, nr. 54-2839/001, 11.

<sup>309</sup> Artikel 205/5, §3, vierde lid WIB92.

<sup>310</sup> Circ. 2020/C/29 over de aftrek van de groepsbijdrage in de VenB, *BS* 13 februari 2020, randnummer 34.

<sup>311</sup> Art. 194septies WIB92.

<sup>312</sup> P.-J. WOUTERS, "Het nieuwe fiscale consolidatiestelsel: artikel 205/5 WIB 1992 gewikt en gewogen", *TFR* 2019, afl. 15, nr. 567, (750), 765.

<sup>313</sup> Art. 205/5, §4, derde en vierde lid WIB92.

<sup>314</sup> Formulier 275 CTIG.

<sup>315</sup> Art. 205/5, §5, enige lid WIB92.



### **4.2.3. Aanrekenen negatief EBITDA op groepsleden**

**150.** Bij het berekenen van de fiscale EBITDA en het financieringskostensurplus is het doel van de wetgever een fiscale consolidatie te simuleren.<sup>316</sup> Bij het bepalen van het grensbedrag in de gevallen waarbij de geconsolideerde EBITDA lager is dan 10 miljoen euro<sup>317</sup> kan echter een negatief EBITDA niet toegelaten worden, gezien deze binnen de berekening als nul zou worden gezien. Om dit te voorkomen moet de negatieve EBITDA verdeeld worden over de andere groepsvennootschappen. Dit om te garanderen dat in alle gevallen de som van de individuele EBITDA-bedragen niet groter is dan de geconsolideerde EBITDA.<sup>318</sup>

De verdeling van de negatieve EBITDA gebeurt naar verhouding tot het positief bedrag van de EBITDA van de andere groepsleden.<sup>319</sup> De verdeling mag niet tot gevolg hebben dat de EBITDA van de andere groepsleden in het negatieve gaat. In dit geval zal de geconsolideerde fiscale EBITDA voor de berekening van het in aftrek te nemen financieringskostensurplus geacht worden nul te bedragen.<sup>320</sup> Indien de fiscale EBITDA minder bedraagt dan 10 miljoen euro is het gemakshalve mogelijk voor de groep van vennootschappen om te verzaken aan het berekenen van de fiscale EBITDA.<sup>321</sup>

### **4.2.4. Verzaking aan het berekenen van de fiscale EBITDA**

**151.** De regels waarbij de fiscale EBITDA wordt bepaald is, zoals eerder uiteengezet, eerder complex. Voor kleinere groepen kan deze berekening dan ook een zware administratieve last met zich meebrengen<sup>322</sup>, zonder dat hier enig voordeel aan verbonden is. Dit is voornamelijk het geval indien de fiscale EBITDA van de groep minder bedraagt dan 10 miljoen euro, gezien tot dit bedrag het *safe harbour* bedrag steeds meer zal bedragen dan zou resulteren uit de toepassing van de *earnings stripping*-regel.<sup>323</sup>

**152.** Om deze reden heeft de Koning, bij KB van 20 december 2019, in het artikel 734/11, §1, vijfde lid KB/WIB92 voorzien in een mogelijkheid voor de belastingplichtige om op groepsniveau te verzaken aan de berekening van de fiscale EBITDA. De mogelijkheid werd bekritiseerd door de Raad van State. Zo zou de Koning zijn bevoegdheid te buiten zijn gegaan door te voorzien in een mogelijkheid tot verzaking ondanks dat deze bevoegdheid haar door de wetgever niet werd toegekend. Voorts zou het legaliteitsbeginsel in fiscale zaken geschonden zijn doordat de bepaling indruist tegen het door de wetgever aangenomen artikel 198/1, §3, derde lid, b WIB92. Ze voorziet in andere woorden, zonder hiertoe gemachtigd te

---

<sup>316</sup> Wetsontwerp van 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3147/001, 25.

<sup>317</sup> Zoals bedoeld in art. 734/12 KB/WIB92.

<sup>318</sup> Verslag aan de Koning bij het Koninklijk besluit van 20 december 2019 tot aanpassing van het KB/WIB 92 ingevolge de invoering van de aftrek van de groepsbijdrage en van de beperking op de aftrek van interesten, *BS* 27 december 2019.

<sup>319</sup> 734/11, §2, eerste lid KB/WIB92; S. HUSAIN en P. SMET, "Beperking interestaftrek (ATAD) : KB preciseert nadere regels", *Fiscoloog* 2020, afl 1642, (3) 3.

<sup>320</sup> Art. 734/11, §2, tweede lid KB/WIB92.

<sup>321</sup> Zie *infra* nrs 151-153.

<sup>322</sup> Verslag aan de Koning bij het Koninklijk besluit van 20 december 2019 tot aanpassing van het KB/WIB 92 ingevolge de invoering van de aftrek van de groepsbijdrage en van de beperking op de aftrek van interesten, *BS* 27 december 2019.

<sup>323</sup> S. HUSAIN en P. SMET, "Beperking interestaftrek (ATAD) : KB preciseert nadere regels", *Fiscoloog* 2020, afl 1642, (3) 3.

zijn geweest, in een optie die niet bij wet voorzien was.<sup>324</sup> De Koning was echter van mening dat de bewijslast voor het bewijzen van de fiscale EBITDA bij de belastingplichtige ligt, en dat het voorzien in een regeling bij het nalaten van het vervullen van deze bewijslast een logisch gevolg is hieruit. De Koning was van mening dat hij in dit geval deze bevoegdheid kon uitoefenen zonder dat hierin expliciet werd voorzien.<sup>325</sup>

**153.** De verzaking dient vastgelegd te worden in een verzakingsovereenkomst. Deze overeenkomst dient alle Belgische groepsleden, zijnde de niet uitgesloten ingezeten vennootschappen en Belgische inrichtingen van een buitenlandse vennootschap<sup>326</sup>, te identificeren en zij dienen elk akkoord te zijn met het verzaken aan de berekenen.<sup>327</sup> De toepassingsperiode moet vastgesteld worden. Zo kan deze verzakingsovereenkomst betrekking hebben op een welbepaald aanslagjaar of meerdere bepaalde aanslagjaren.<sup>328</sup> De verzakingsovereenkomst dient ter staving door een van de partijen toegevoegd te worden bij de aangifte.<sup>329</sup> Een model van de overeenkomst van collectieve verzaking aan de berekening van de EBITDA werd voorzien.<sup>330</sup>

Indien een groep van vennootschappen gebruik maakt van verzaking aan de berekening van de fiscale EBITDA zal de EBITDA geacht worden nul te bedragen. In dit geval zal de groep volledig steunen op het *de minimis* bedrag van 3 miljoen euro voor wat betreft de aftrek van haar financieringskosten.<sup>331</sup>

### 4.3. Berekenen van het grensbedrag

**154.** Met de invoer van artikel 198/1 WIB92 werd een *earnings stripping*-regel ingevoerd. Deze verschilt van de *fixed ratio*-aanpak die voorheen uitsluitend gehanteerd werd met de artikelen 18, eerste lid, 4<sup>o</sup> en 198, §1, 11<sup>o</sup> WIB92. Zo wordt binnen deze regel de aftrekbaarheid van het financieringskostensurplus beperkt tot 30,00% van de fiscale EBITDA, met een *de minimis* aftrekbaar bedrag van 3 miljoen euro.<sup>332</sup>

Indien lidstaten er voor kiezen om de regeling ook op groepsniveau toe te passen dient dit *de minimis* bedrag verdeeld te worden over alle groepsleden.<sup>333</sup> Met de invoer van een fiscale consolidatie-regeling zal dit ook van toepassing zijn binnen België.

Binnen deze bespreking kan ook opgemerkt worden dat de Belgische wetgever er heeft voor gekozen om de *equity escape*-regel noch de groepsratio-regel over te zetten. Dit om te voorkomen dat door de strategische interne structurering of door toepassing van fiscale

---

<sup>324</sup> Adv.RvS nr. 66.449/1/V bij het koninklijk besluit tot aanpassing van het KB/WIB92 ingevolge de invoering van de aftrek van de groepsbijdrage en van de beperking op de aftrek van interesten, *BS* 7 augustus 2019, 5, randnummer 6.4.

<sup>325</sup> Verslag aan de Koning bij het Koninklijk besluit van 20 december 2019 tot aanpassing van het KB/WIB 92 ingevolge de invoering van de aftrek van de groepsbijdrage en van de beperking op de aftrek van interesten, *BS* 27 december 2019.

<sup>326</sup> Art. 198/1, §2, derde lid, tweede gedachtestreepje WIB92.

<sup>327</sup> 734/11, §3, tweede lid, eerste gedachtestreepje KB/WIB92.

<sup>328</sup> 734/11, §3, tweede lid, tweede gedachtestreepje KB/WIB92.

<sup>329</sup> 734/11, §3, tweede lid, derde gedachtestreepje KB/WIB92.

<sup>330</sup> Formulier 275 CRC.

<sup>331</sup> Art. 734/11, §3, eerste lid KB/WIB92; I. VAN DE WOESTEYNE, *Handboek vennootschapsbelasting 2020-2021*, Intersentia, Mortsel, 2020, 255.

<sup>332</sup> Art. 198/1, §3, eerste lid, a en b WIB92.

<sup>333</sup> Art. 4(3), tweede lid ATAD.

optimalisatie de nieuwe interestaftrekbeperkingsregels kunnen worden ontweken.<sup>334</sup> Hiermee moet dan ook geen rekening worden gehouden bij het vaststellen van het grensbedrag.

#### **4.3.1. Berekenen van het grensbedrag bij een geconsolideerd fiscaal EBITDA < 10 miljoen euro**

- 155.** Indien de geconsolideerde fiscale EBITDA lager is dan 10 miljoen euro zal de aftrekbaarheid steeds beperkt worden tot het *de minimis* bedrag van 3 miljoen euro. In dit geval zal deze 3 miljoen euro verdeeld moeten worden over de groepsleden naar verhouding van hun vraag naar aftrek, gebaseerd op hun financieringskostensurplus.<sup>335</sup> Dit om een overdaad aan overdrachten van het grensbedrag tussen groepsleden te vermijden.<sup>336</sup>

Het vaststellen van de wijze waarop de verdeling van het *de minimis* grensbedrag moet gebeuren werd gedelegeerd aan de Koning<sup>337</sup>, die hiertoe een regeling heeft uitgewerkt in artikel 734/12 KB/WIB.

De verdeling van het grensbedrag verloopt in vier stappen:

1. Eerst wordt het grensbedrag van 3 miljoen verminderd met 30,00% van de geconsolideerde fiscale EBITDA zoals bepaald in artikel 734/11 KB/WIB. Hiermee wordt bepaald hoe groot het te verdelen bedrag is.<sup>338</sup>

De formule voor de eerste stap ziet er als volgt uit:

$$3\ 000\ 000 - (0,30 \times \text{geconsolideerd fiscaal EBITDA groep}) = X$$

2. Vervolgens wordt de resterende vraag naar aftrek bepaald. Dit gebeurt op individueel niveau. Dit bedrag wordt berekend door het financieringskostensurplus per entiteit te verminderen met 30,00% van de fiscale EBITDA van die entiteit.

De formule voor de tweede stap ziet er als volgt uit:

$$\text{Financieringskostensurplus} - (0,30 \times \text{fiscaal EBITDA})$$

Deze formule moet voor iedere in aanmerking komende entiteit die niet is uitgesloten van het toepassingsgebied worden toegepast. Indien het bedrag positief is heeft de entiteit een resterende vraag naar aftrek. Indien het bedrag negatief is heeft de entiteit geen resterende vraag naar aftrek.

3. Nu de resterende vraag naar aftrek per entiteit is berekend kan overgegaan worden tot de verdeling. Het bedrag zoals berekend in stap 1 wordt hier naar de verhouding zoals bepaald in stap 2 verdeeld. Dit gebeurt opnieuw voor iedere entiteit afzonderlijk.

De formule voor stap 3 ziet er als volgt uit:

---

<sup>334</sup> Verslag bij wetsvoorstel tot wijziging van het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, ter bevordering van investeringen in de reële economie, *Parl.St.* nr. 54-2864/003, 160.

<sup>335</sup> Art. 198/1, §3, derde lid, eerste gedachtestreepje WIB92.

<sup>336</sup> Wetsontwerp houdende wijzigingen aan de omzettingbepalingen van de ATAD richtlijnen, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0828/001, 8.

<sup>337</sup> Art. 198/1, §3, laatste lid WIB92.

<sup>338</sup> C. CHEVALIER, *Vademecum vennootschapsbelasting 2021*, Mortsel, Intersentia, 2021, 572.

$$X \times \frac{\text{individuele resterende vraag naar aftrek}}{\text{totaal van de resterende vraag naar aftrek}} = Y$$

4. In de laatste stap wordt het grensbedrag per entiteit berekend. Dit door per entiteit het resultaat van stap 3 op te tellen bij 30,00% van de eigen fiscale EBITDA.

De formule voor stap 3 ziet er als volgt uit:

$$Z + (0,30 \times \text{fiscaal EBITDA entiteit}) = \text{totaal grensbedrag voor deze entiteit}$$

**156.** Gelet op de berekeningswijze zal ieder groepslid eerst aanspraak maken op een aandeel in het *de minimis* bedrag dat overeenstemt met 30,00% van haar fiscaal gecorrigeerd EBITDA.<sup>339</sup> Hierna zal de rest verder verdeeld worden over de groepsleden naar verhouding tot hun vraag naar aftrek, oftewel de grootte van hun financieringskostensurplus. Indien een groep een geconsolideerd fiscaal EBITDA heeft van minder dan 10 miljoen en een financieringskostensurplus dat lager is als 3 miljoen zal iedere vennootschap bijgevolg haar volledig financieringskostensurplus in aftrek kunnen nemen zonder dat verdere verschuivingen via een interestaftrekovereenkomst nodig zal zijn. In dit geval is het echter aangewezen om te verzaken aan de berekening.<sup>340</sup>

**157.** Bij het bepalen van het grensbedrag bij een geconsolideerd fiscaal EBITDA van minder dan 10 miljoen moeten twee situaties onderscheiden worden, namelijk deze waarbij de belastingplichtige samen met haar Belgische in aanmerking komende groepsleden niet verzaken aan de berekening van de fiscale EBITDA, en deze waarbij ze dit wel doen. De berekening wordt in dit laatste geval vereenvoudigd gezien de fiscale EBITDA per entiteit in dit geval 0 bedraagt. In dit geval zal de verdeling uitsluitend gebeuren op basis van de verhouding van de vraag naar aftrek tussen de Belgische groepsleden.<sup>341</sup>

**158.** Volgend voorbeeld verduidelijkt de toepassing:

Een groep van vennootschappen bestaat uit drie Belgische vennootschappen waarvan er geen enkel uitgesloten is van het toepassingsgebied van artikel 198/1 WIB92.

A heeft een fiscaal EBITDA van 2.500.000,00 euro en een financieringskostensurplus van 1.000.000,00 euro.

B, financieel getroffen door de COVID-19 crisis, heeft een negatief fiscaal EBITDA van - 1.500.000,00 euro en een financieringskostensurplus van 500.000,00 euro.

C heeft een fiscaal EBITDA van 5.000.000,00 euro en een financieringskostensurplus van 2.000.000,00 euro.

<sup>339</sup> Wetsontwerp van 26 november 2019 houdende diverse fiscale bepalingen, houdende oprichting van een commissie voor de erkenning van gespecialiseerde opleidingen met betrekking tot de reglementering inzake douane en accijnzen in België en betreffende de Koninklijke Muntshouwborg en het Nationaal Orkest van België; *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0792/001, 13.

<sup>340</sup> Zie *supra* nrs. 151-153.

<sup>341</sup> Wetsontwerp van 26 november 2019 houdende diverse fiscale bepalingen, houdende oprichting van een commissie voor de erkenning van gespecialiseerde opleidingen met betrekking tot de reglementering inzake douane en accijnzen in België en betreffende de Koninklijke Muntshouwborg en het Nationaal Orkest van België; *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0792/001, 14.

	A	B	C
Fiscaal EBITDA	2.500.000,00	-1.500.000,00	5.000.000,00
financieringskostensurplus	1.000.000,00	500.000,00	2.000.000,00

Gezien er geen groepsbijdrageovereenkomst werd gesloten om de negatieve EBITDA van B op te vangen zal de negatieve fiscale EBITDA van B eerst moeten worden verdeeld over de overige groepsleden zonder dat dit mag leiden tot een gecorrigeerd fiscaal EBITDA bij de andere groepsentiteiten dat lager is als 0.<sup>342</sup>

In casu zal A 500.000,00 aan negatief EBITDA overnemen van B  $(-1.500.000,00 \times \frac{2.500.000,00}{7.500.000,00})$  en zal C 1.000.000,00 aan negatief EBITDA overnemen van B.  $(-1.500.000,00 \times \frac{5.000.000,00}{7.500.000,00})$

Hierna ziet het gecorrigeerd EBITDA er als volgt uit:

	A	B	C
Gecorrigeerd fiscaal EBITDA	2.000.000,00	0	4.000.000,00
financieringskostensurplus	1.000.000,00	500.000,00	2.000.000,00

Vervolgens kan overgegaan worden tot het berekenen van het grensbedrag aan de hand van de vier stappen.

Bij stap 1 wordt het grensbedrag van 3.000.000,00 verminderd met 30,00% van de geconsolideerde fiscale EBITDA van de groep.

$$3.000.000,00 - (0,30 \times 6.000.000,00) = 1.200.000,00$$

In een volgende stap (2) wordt de resterende vraag naar aftrek bepaald. Dit gebeurt door op individuele basis het financieringskostensurplus te verminderen met 30,00% van de fiscaal gecorrigeerde EBITDA.

$$A: 1.000.000,00 - (0,30 \times 2.000.000,00) = 400.000$$

$$B: 500.000,00 - (0,30 \times 0) = 500.000$$

$$C: 2.000.000,00 - (0,30 \times 4.000.000,00) = 800.000$$

In de derde stap wordt het grensbedrag verdeeld. Het in stap 1 bekomen bedrag (1.200.000 euro) wordt naar verhouding van de in stap 2 vastgestelde bedragen verdeeld.

$$A: 1.200.000,00 \times \frac{400.000,00}{1.700.000,00} = 282.352,94$$

$$B: 1.200.000,00 \times \frac{500.000,00}{1.700.000,00} = 352.941,18$$

$$C: 1.200.000,00 \times \frac{800.000,00}{1.700.000,00} = 564.705,88$$

In een laatste stap worden de in de derde stap bekomen bedragen per groepsentiteit vermeerderd met 30,00% van de eigen gecorrigeerde fiscale EBITDA. Hierbij wordt het grensbedrag bekomen per groepsentiteit.

<sup>342</sup> Art. 734/11, §2 KB/WIB92.

$$A: 282.352,94 + (0,30 \times 2.000.000,00) = 882.352,94$$

$$B: 352.941,18 + (0,30 \times 0) = 352.941,18$$

$$C: 564.705,88 + (0,30 \times 4.000.000,00) = 1.764.705,88$$

Gezien de gecorrigeerde geconsolideerde EBITDA lager is als 10.000.000,00 euro is de totale aftrek van het financieringskostensurplus van de groep beperkt tot het *de minimis* bedrag. Dit bedrag werd over A, B en C verdeeld naar behouding van hun vraag naar aftrek. Het is om deze reden dat B, ondanks een negatief EBITDA, toch aanspraak maakte op een aftrek. Gezien het totale financieringskostensurplus op groepsniveau (3.500.000,00) meer bedraagt dan het *de minimis* grensbedrag (3.000.000,00) zal bijgevolg 500.000,00 een verworpen uitgave uitmaken.

Voor A zal  $1.000.000,00 - 882.352,94 = 117.647,06$  euro verworpen worden.

Voor B zal  $500.000,00 - 352.941,18 = 147.058,82$  euro verworpen worden.

Voor C zal  $2.000.000,00 - 1.764.705,88 = 235.294,12$  euro verworpen worden.

**159.** In voorkomend geval kan de belastingplichtige samen met haar Belgische leden van de groep van vennootschappen collectief afzien van de berekening van de gecorrigeerde fiscale EBITDA.<sup>343</sup> In dit geval zal de fiscale EBITDA niet langer bewezen moeten worden en zal ze geacht worden nul te bedragen.<sup>344</sup> De berekening kan in dit geval nog steeds de voorgaande berekening volgen.

Indien er overeengekomen wordt tot een collectieve verzaking aan de berekening van de fiscale EBITDA kan er binnen deze overeenkomst ook voor gekozen worden om te verzaken aan het bewijzen van het financieringskostensurplus. In dit geval zal het *de minimis* bedrag gelijk worden verdeeld over alle Belgische groepsleden, ongeacht hun vraag naar aftrek.<sup>345</sup> Op deze wijze kunnen kleinere groepen, voornamelijk deze waarbij ieder groepslid een gecorrigeerd fiscaal EBITDA heeft dat lager is dan 10 miljoen gedeelt door het aantal groepsleden, de complexe berekeningswijze vermijden. Tevens kan ze nuttig zijn indien de groepsleden hun belastbaar tijdperk op andere tijdstippen afsluiten, gezien men niet langer afhankelijk is van de andere groepsleden voor het afleveren van de nodige gegevens.<sup>346</sup>

#### **4.3.2. Berekenen van het grensbedrag bij een geconsolideerd fiscaal EBITDA > 10 miljoen euro**

**160.** Indien de gecorrigeerde geconsolideerde EBITDA van de groep meer bedraagt dan 10 miljoen euro zal de 30,00%-regel steeds in een grotere aftrek van het financieringskostensurplus voorzien dan het *de minimis* bedrag.<sup>347</sup> In dit geval zal het

---

<sup>343</sup> Formulier 275 CRC.

<sup>344</sup> Art. 734/12, §1, tweede lid KB/WIB92.

<sup>345</sup> Art. 734/12, §2 KB/WIB92.

<sup>346</sup> C. CHEVALIER, *Vademecum vennootschapsbelasting 2021*, Mortsel, Intersentia, 2021, 576.

<sup>347</sup> Art. 198/1, §3, eerste lid WIB92.

bepalen van het grensbedrag steeds gebeuren op basis van de gecorrigeerde fiscale EBITDA van de groepsleden individueel.<sup>348</sup>

Volgend voorbeeld verduidelijkt de toepassing:

Een groep van vennootschappen bestaat uit drie Belgische vennootschappen waarvan er geen enkel uitgesloten is van het toepassingsgebied van artikel 198/1 WIB92.

A heeft een fiscaal EBITDA van 12.500.000,00 euro en een financieringskostensurplus van 2.000.000,00 euro.

B, financieel getroffen door de COVID-19 crisis, heeft een negatief fiscaal EBITDA van, -1.500.000,00 euro en een financieringskostensurplus van 500.000,00 euro.

C heeft een fiscaal EBITDA van 50.000.000,00 euro en een financieringskostensurplus van 20.000.000,00 euro.

	A	B	C
Fiscaal EBITDA	12.500.000,00	-1.500.000,00	50.000.000,00
financieringskostensurplus	2.000.000,00	500.000,00	20.000.000,00

Gezien er geen groepsbijdrageovereenkomst werd gesloten om het negatief EBITDA van B op te vangen zal de negatieve fiscale EBITDA van B eerst moeten worden verdeeld over de overige groepsleden zonder dat dit mag leiden tot een gecorrigeerd fiscaal EBITDA bij de andere groepsentiteiten dat lager is als 0.<sup>349</sup>

In casu zal A 300.000 aan negatief EBITDA overnemen van B  $(-1.500.000,00 \times \frac{12.500.000,00}{62.500.000,00})$  en zal C 1.200.000,00 aan negatief EBITDA overnemen van B.  $(-1.500.000,00 \times \frac{50.000.000,00}{62.500.000,00})$

Hierna ziet het gecorrigeerd EBITDA er als volgt uit:

	A	B	C
Gecorrigeerd fiscaal EBITDA	12.200.000,00	0	48.800.000,00
financieringskostensurplus	2.000.000,00	500.000,00	20.000.000,00

Gezien de gecorrigeerde geconsolideerde fiscale EBITDA meer bedraagt dat 10 miljoen (zijnde 61.000.000,00 euro) zal de berekening individueel per groepslid plaatsvinden op basis van de 30,00%-regel.

Bijgevolg heeft A recht op een aftrek van haar financieringskostensurplus ten belopen van 3.660.000,00 euro  $(12.200.000,00 \times 0,3)$ , B heeft geen recht op aftrek van haar financieringskostensurplus  $(0 \times 0,3)$ , en heeft C recht op een aftrek van haar financieringskostensurplus ten belopen van 14.640.000,00 euro.  $(48.800.000,00 \times 0,3)$ .

<sup>348</sup> S. HUSAIN en P. SMET, "Beperking interestaftrek (ATAD) : KB preciseert nadere regels", *Fiscoloog* 2020, afl 1642, (3) 3.

<sup>349</sup> Art. 734/11, §2 KB/WIB92.

In dit geval is de aftrekmogelijkheid voor A groter dan haar financieringskostensurplus (2.000.000,00 tegenover 3.660.000,00) daar waar B en C een tekort hebben aan aftrekmogelijkheid. Voorts zien we dat in tegenstelling tot de berekening van het grensbedrag bij een gecorrigeerd geconsolideerd EBITDA van minder dan 10 miljoen groepslid B binnen deze berekening geen enkel recht op aftrek heeft. Dit gezien bij deze berekening geen rekening wordt gehouden met de nood tot aftrek maar enkel met de gecorrigeerde individuele fiscale EBITDA.

Het is mogelijk voor A om haar overschot aan aftrekmogelijkheid over te dragen aan een of beide groepsleden door middel van een interestaftrekovereenkomst.

#### **4.3.3. De interestaftrekovereenkomst**

**161.** Belgische groepsleden die niet zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van artikel 198/1 WIB92 zijn vrij om een interestaftrekovereenkomst af te sluiten met de andere Belgische groepsleden die niet uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van artikel 198/1 WIB92.<sup>350</sup> Met deze overeenkomst is het hen toegelaten het op hen toepasselijke grensbedrag over te dragen aan een ander groepslid. Het aangaan van een interestaftrekovereenkomst is aangeraden indien een entiteit beschikt over een aftrekoverschot, gezien deze niet kan worden overgedragen naar volgende jaren, en bijgevolg verloren gaat indien niet gebruikt. De wetgever heeft er voor gekozen haar gesimuleerde consolidatie niet op dit deelaspect toe te passen, en bij het uitblijven van een interestaftrekovereenkomst kan een groepslid met een verworpen financieringskostensurplus bijgevolg niet automatisch gebruikmaken van het aftrekoverschot van een ander groepslid.<sup>351</sup> Indien een interestaftrekovereenkomst wordt aangegaan dient deze te voldoen aan volgende voorwaarden:

- De belastingplichtige en een binnenlandse vennootschap of Belgische inrichting van een buitenlandse vennootschap die deel uitmaken van dezelfde groep van vennootschappen worden als de twee partijen van de interestaftrekovereenkomst geïdentificeerd<sup>352</sup>;
- Het over te dragen grensbedrag wordt in deze overeenkomst vastgelegd<sup>353</sup>;
- Beide partijen gaan een fiscale verbintenis aan om voor het bepaalde belastbaar tijdperk het overgedragen grensbedrag op te nemen in hun belastingaangifte<sup>354</sup>;
- Indien beide partijen een vergoeding overeenkomen als tegenprestatie voor de overdracht van het grensbedrag dient deze gelijk te zijn aan de belastingen die door één van de partijen verschuldigd zou zijn geweest indien geen overdracht zou hebben plaatsgevonden.<sup>355</sup>

**162.** In tegenstelling tot de groepsbijdrageovereenkomst is het betalen van een vergoeding niet verplicht bij het aangaan van een interestaftrekovereenkomst. In lijn met de

---

<sup>350</sup> Art. 198/1, §6 WIB92.

<sup>351</sup> Wetsontwerp van 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3147/001, 22.

<sup>352</sup> Art. 198/1, §4, tweede lid WIB92.

<sup>353</sup> Art. 198/1, §4, derde lid WIB92.

<sup>354</sup> Art. 198/1, §4, vierde lid WIB92.

<sup>355</sup> Art. 198/1, §4, vijfde lid WIB92.



groepsbijdrageovereenkomst dient de interestaftrekovereenkomst effectief ten uitvoer gebracht te worden.<sup>356</sup> Hieruit volgt dat, indien een vergoeding bedongen werd, dewelke een privaatrechtelijke verbintenis inhoudt, deze effectief gestort moet worden. Het tijdstip van de storting wordt niet bepaald. Het is van belang dat het bewijs van de storting kan worden geleverd op het ogenblik dat de partijen hun aangifte indienen.<sup>357</sup> Beide partijen dienen ter rechtvaardiging de overeenkomst bij hun aangifte van de vennootschapsbelasting of de belasting van niet-inwoners te voegen.<sup>358</sup> Het opstellen van een model van de interestaftrekovereenkomst werd gedelegeerd aan de Koning<sup>359</sup>, die op zijn beurt deze bevoegdheid heeft gedelegeerd aan de minister van Financiën gezien de wet reeds voldoende voorwaarden bevatte om het model op te stellen.<sup>360</sup>

**163.** De hoogte van het over te dragen grensbedrag wordt niet beperkt. Doorgaans is het de bedoeling slechts dat deel van het grensbedrag over te dragen dat door de partij zelf niet wordt aangewend tot aftrek van haar financieringskostensurplus.<sup>361</sup> De wet voorziet echter expliciet dat het overgedragen grensbedrag meer mag bedragen dan de nood aan aftrek bij de ontvangende partij.<sup>362</sup> Dit kan ertoe leiden dat een deel van het financieringskostensurplus bij de overdragende partij als verworpen uitgave wordt aangemerkt. Voorts is het mogelijk dat de overdragende partij meer grensbedrag overdraagt dan het grensbedrag waarover ze zelf beschikt. In dit geval dient ook dat gedeelte van het grensbedrag dat het eigen grensbedrag overstijgt als verworpen uitgave aangemerkt te worden.<sup>363</sup>

Volgend voorbeeld verduidelijkt de toepassing:

Vennootschap A en B zijn beide verbonden Belgische vennootschappen die niet uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van artikel 198/1 WIB92. Ze hebben elk individueel een fiscaal EBITDA van 10 miljoen euro. A heeft een financieringskostensurplus van 2 miljoen euro en B heeft een financieringskostensurplus van 5 miljoen euro. Gezien de geconsolideerd fiscale EBITDA meer bedraagt dan 10 miljoen euro zal het grensbedrag individueel bepaald worden. Het grensbedrag wordt per vennootschap beperkt tot 30,00% van de individuele fiscale EBITDA. Zowel A als B hebben bijgevolg recht op een aftrek van hun financieringskostensurplus tot 3 miljoen euro. Gezien het financieringskostensurplus van A slechts 2 miljoen bedraagt heeft zij een overschot aan grensbedrag van 1 miljoen euro.

In een interestaftrekovereenkomst wordt voorzien dat er twee miljoen aan grensbedrag zal worden overgedragen van A naar B. Hiervoor werd geen compensatie bedongen. Zo zal B

---

<sup>356</sup> Art. 198/1, §4, eerste lid WIB92.

<sup>357</sup> Art. 198/1, §4, eerste lid WIB92.

<sup>358</sup> Art. 198/1, §5 WIB92.

<sup>359</sup> Art. 198/1, §5 WIB92.

<sup>360</sup> Verslag aan de Koning bij het Koninklijk besluit van 20 december 2019 tot aanpassing van het KB/WIB 92 ingevolge de invoering van de aftrek van de groepsbijdrage en van de beperking op de aftrek van interesten, *BS* 27 december 2019; formulier 275 CDI.

<sup>361</sup> Wetsontwerp van 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3147/001, 25.

<sup>362</sup> Art. 198/1, §4, derde lid WIB92.

<sup>363</sup> Art. 198/1, §4, derde lid WIB92; Wetsontwerp van 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3147/001, 25-26.

haar volledig financieringskostensurplus in aftrek kunnen nemen, en zal het grensbedrag van A verlaagd worden tot 1 miljoen, waardoor 1 miljoen euro aan financieringskostensurplus in haar hoofde een verworpen uitgave zal uitmaken. Zowel A als B zullen het overgedragen bedrag in het betrekkelijke belastbaar tijdperk in hun aangifte van de vennootschapsbelasting verwerken, alsook de overeenkomst ter staving bij hun aangifte voegen.

#### **4.3.4. De voorwaartse verrekening**

**164.** Om te voorkomen dat, door toedoen van bijvoorbeeld een *timing mismatch*, een deel van het financieringskostensurplus niet in aftrek kan worden genomen met een economische dubbele belasting tot gevolg voorziet de ATAD in de optie om een voorwaartse verrekening te implementeren. Indien een lidstaat ervoor kiest een voorwaartse verrekening te implementeren heeft ze de keuze tussen één van drie mogelijke manieren waarop het niet-afgetrokken financieringskostensurplus over kan worden gedragen.<sup>364</sup> De Belgische wetgever heeft gekozen voor een *carry forward* die zowel in tijd als in omvang onbeperkt is, zonder te voorzien in een achterwaartse verrekening.<sup>365</sup>

**165.** Indien een gedeelte van het financieringskostensurplus door toepassing van artikel 198/1 WIB92 wordt verworpen gezien het grensbedrag voor dat belastbaar tijdperk reeds volledig werd benut, voorziet artikel 194sexies WIB92 in een mogelijkheid om dit overschot aan financieringskostensurplus onbeperkt over te dragen naar volgende belastbare tijdperken. Dit in de vorm van een vrijgesteld winst.<sup>366</sup> Deze regeling wordt echter op enkele vlakken beperkt.

De wet voorziet zo dat enkel het overgedragen financieringskostensurplus dat niet reeds als grondslag heeft gediend voor een vrijstelling van de winst in aanmerking komt. Hiermee wordt voorkomen dat de overdracht aanleiding kan geven tot een dubbele aftrek. Verder kan slechts dit deel aan overgedragen financieringskosten in aftrek worden genomen dat het positief verschil uitmaakt tussen het grensbedrag van dat belastbaar tijdperk en het financieringskostensurplus van dat belastbaar tijdperk. Er kan via de voorwaartse verrekening dus niet worden afgeweken van het grensbedrag.

Volgend voorbeeld verduidelijkt de toepassing:

Vennootschap A heeft in belastbaar tijdperk X een fiscaal EBITDA van 10.000.000,00 euro en bijgevolg een grensbedrag van 3.000.000,00 euro. Ze beschikt in het belastbaar tijdperk X over een financieringskostensurplus van 4.000.000,00 euro en heeft verder geen overgedragen financieringskostensurplus van vorige belastbare tijdperken. In jaar X zal ze 3.000.000,00 euro kunnen aftrekken en zal 1.000.000,00 euro verworpen worden en kan dit bedrag worden overgedragen naar een volgend belastbaar tijdperk.

---

<sup>364</sup> Zie *supra* nrs. 102-104.

<sup>365</sup> Art. 4(6)(a) ATAD.

<sup>366</sup> Art. 194sexies, eerste lid WIB92.

In belastbaar tijdperk X+1 heeft ze nogmaals een fiscaal EBITDA van 10.000.000,00 euro en een grensbedrag van 3.000.000,00 euro. Ze heeft voor dit belastbaar tijdperk een financieringskostensurplus van 2.500.000,00 euro en een overgedragen financieringskostensurplus van 1.000.000,00 euro. De 2.500.000,00 euro financieringskostensurplus van belastbaar tijdperk X+1 kan integraal worden afgetrokken. Verder kan ook het positief verschil tussen het grensbedrag en het financieringskostensurplus van belastbaar tijdperk X+1 worden afgetrokken. In casu zal 500.000,00 (3.000.000,00 – 2.500.000,00) van het overgedragen financieringskostensurplus mee afgetrokken worden. Ze zal in belastbaar tijdperk X+2 dus nog steeds beschikken over een overgedragen financieringskostensurplus van 500.000,00 euro.

**166.** Om gebruik te maken van de overdracht van het niet-gebruikte financieringskostensurplus dient de belastingplichtige een opgave bij haar aangifte in de vennootschapsbelasting te voegen. Er wordt geen verwijzing gemaakt naar de belasting voor niet-inwoners. Gezien Belgische inrichtingen van buitenlandse vennootschappen niet zijn uitgesloten van het toepassingsgebied lijkt dit een vergetelheid van de wetgever te zijn. In de toelichting bij formulier 275 SE stelt men wel dat de opgave ook bij de belastingaangifte van niet-inwoners moet worden gevoegd.<sup>367</sup> De bevoegdheid tot het vaststellen van een model van deze opgave werd aan de Koning gedelegeerd.<sup>368</sup> Deze heeft de noodzakelijke gegevens vastgesteld en de verdere vaststelling van het model verder gedelegeerd aan de minister bevoegd voor Financiën of zijn gedelegeerde.<sup>369</sup>

De belastingplichtige zal voor ieder belastbaar tijdperk waarin ze gebruik wilt maken van deze overdracht van het niet-gebruikt financieringskostensurplus een opgave moeten invullen die, voor dit betreffend belastbaar tijdperk, minstens volgende gegevens bevat;

1. het overgedragen niet als beroepskost aangemerkte financieringskostensurplus van het voorgaand belastbaar tijdperk;
2. het grensbedrag van het belastbaar tijdperk;
3. het financieringskostensurplus van het belastbaar tijdperk;
4. het bedrag van de reeds vrijgestelde winsten dat in het belastbaar tijdperk kan gebruikt worden, dat niet groter kan zijn dan het reeds overgedragen financieringskostensurplus van het voorgaand belastbaar tijdperk zoals vermeld in (1) en tevens beperkt wordt tot het positief verschil tussen het grensbedrag van het belastbaar tijdperk en het financieringskostensurplus van het belastbaar tijdperk;
5. de verhoging of verlaging van het overgedragen financieringskostensurplus, afhankelijk van het feit of de belastingplichtige in het belastbaar tijdperk gebruik maakt van reeds overgedragen financieringskostensurplus, dan wel een overschot aan financieringskostensurplus heeft in het belastbaar tijdperk.<sup>370</sup>

---

<sup>367</sup> Toelichting - Opgave 275 SE bij Opgave 275 SE.

<sup>368</sup> Art. 194sexies, derde lid WIB92.

<sup>369</sup> Art. 734/13, eerste lid KB/WIB92.

<sup>370</sup> Art. 734/13, tweede lid, 1-5 KB/WIB92.

**167.** Het overgedragen financieringskostensurplus wordt vrijgesteld door een verhoging van de begintoestand van de reserves. Gezien de beweging van de reserves mede de fiscale EBITDA bepaald zou dit dientengevolge resulteren in een verlaging van de fiscale EBITDA in belastbare tijdperken volgend op een verhoging van het overgedragen financieringskostensurplus, met een mogelijke verlaging van het grensbedrag tot gevolg. Deze problematiek werd in de rechtspraak terecht bekritiseerd.<sup>371</sup> Als oplossing<sup>372</sup> werd in artikel 198/1, §2, tweede lid een gedachtestreepje toegevoegd waardoor het in artikel 194sexies WIB92 vrijgesteld bedrag terug bij de fiscale EBITDA moet worden gerekend.<sup>373</sup> Hierdoor wordt de invloed van de verwerking geneutraliseerd.

---

<sup>371</sup> Zie P. VAN DEN BERGHE, K. VERHOEVEN en P.-J. WOUTERS, "België implementeert ATAD. Nieuwe interestaftrekbeperking vervangt thin cap", *AFT* 2019, afl. 2, (6) 20-21; B. BUYTAERT en M. POSSOZ, "De nieuwe EBITDA-interestaftrekbeperking", *TFR* 2019, afl. 8, nr. 560, (378) 385.

<sup>372</sup> Amendement (L. VAN BIESEN) op het wetsvoorstel (L. VAN BIESEN e.a.) houdende diverse fiscale bepalingen 2019-I, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3699/003, 14.

<sup>373</sup> Art. 23, eerste lid, a wet van 2 mei 2019 houdende diverse fiscale bepalingen 2019-I, *BS* 15 mei 2019.



## 5. Besluit.

- 168.** Op 12 juli 2016 werd richtlijn 2016/1164 tot vaststelling van de regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt door de Raad van Europe aangenomen. Deze richtlijn bevat 5 maatregelen die tot doel hebben belastingontwijking tegen te gaan. Één van deze maatregelen, met name de beperking van de aftrekbaarheid van interesten zoals vervat in artikel 4 van deze richtlijn, vormt het onderwerp van deze masterscriptie.
- 169.** Bij het opstellen van deze specifieke antimisbruikbepaling heeft de Europese wetgever ervoor gekozen gebruik te maken van een *multiple choice*-aanpak. Binnen deze aanpak maken slechts een deel van de kernbepalingen een verplicht element uit en kunnen zij door de lidstaat bij haar implementatie verder aangevuld worden met optionele deelaspecten. De keuze voor een *multiple choice*-aanpak kan zowel geloofd als bekritiseerd worden. Zo heeft ze er enerzijds voor gezorgd dat de noodzakelijke unanimiteit werd behaald en dat de regels in alle 28 verschillende belastingstelsels kunnen worden ingepast. Anderzijds kan het groot aantal keuzemogelijkheden, alsook de mogelijkheid binnen de minimumharmonisatie om striktere regels aan te nemen, ervoor zorgen dat de nationale wetgeving van lidstaten nog steeds sterk van elkaar afwijken. Gezien een van de doelen van de ATAD er in ligt het eigen belang van de lidstaten terzijde te schuiven voor het goed van alle lidstaten gezamenlijk vindt de auteur het een gemiste kans dat de ATAD geen strengere aanpak inhoudt dan de best practice aanpak zoals bewerkstelligd binnen de OESO.
- 170.** In deze scriptie stond de Belgische implementatie van de richtlijn centraal en werd onderzocht welke invloed artikel 4 van de richtlijn heeft gehad op de Belgische regelgeving betreffende de interestaftrekbeperking.
- 171.** De Belgische wetgever heeft bij het omzetting van de richtlijn, niet geheel verwonderlijk, voornamelijk gekozen voor de implementatievorm die overeenstemt met het minimale beschermingsniveau zoals voorzien in de richtlijn. Deze vorm is tevens geïnspireerd door de *best practice*-aanpak die de OESO hanteerde binnen haar werkzaamheden met betrekking tot actie 4 van het BEPS-actieplan. Als enkele uitzondering hierop valt op te merken dat België ervoor gekozen heeft geen *equity escape*-regel of groepsratio-clausule op te nemen in haar implementatie van artikel 4 van de richtlijn. Een belastingplichtige kan de uitwerking van de nieuwe regelgeving dus niet matige of uitsluiten naar aanleiding van de kapitaalstructuur die gebruikt wordt binnen de sector of de groep. Verder heeft ze bij haar implementatie wel alle andere optionele uitsluitingsgronden opgenomen binnen de nationale omzetting. Het betreft met name de vrijstelling voor de aftrek van het financieringskostensurplus van 3 miljoen euro, de uitsluiting van het toepassingsgebied van op zichzelf staande ondernemingen en financiële instellingen, de uitsluiting van het toepassingsgebied van interesten ontvangen uit langlopende openbare-infrastructuurprojecten en de uitsluiting van het toepassingsgebied van leningen aangegaan

voor 17 juli 2017 waaraan geen fundamentele wijzigingen zijn aangebracht sinds die datum, ook wel de grandfathering-regel genoemd. Bij deze laatste werd door de Belgische wetgever afgeweken van de richtlijn door enkel fundamentele wijzigingen in acht te nemen. Deze verfijning zorgt er enkel voor dat een te strikte toepassing vermeden kan worden, en loopt derhalve nog in lijn met de geest van de richtlijn. Ondanks de vele aanpassingen die nodig waren om lacunes en technische foutjes recht te zetten (zo was de wetgever initieel vergeten om de onder artikel 194sexies WIB92 vrijgestelde winsten terug bij de fiscale EBITDA te voegen waardoor een overgedragen financieringskostensurplus ook meteen de fiscale EBITDA van volgende jaren verlaagde) kan deze interestaftrekbeperkingsmaatregel nu gezien worden als een structureel welwerkend geheel, dat de beoogde uitwerking behaalt.

**172.** De nieuwe interestaftrekbeperking werd opgenomen in het artikel 198/1 WIB92, dat deels de oude onderkapitalisatieregel uit 198, §1, 11° WIB92 vervangt. Hierdoor zijn er nu hoofdzakelijk 4 verschillende regels te onderscheiden die de interestaftrekproblematiek trachten tegen te gaan. Allereerst zal steeds getoetst worden aan het artikel 55 WIB92. Hiermee wordt een *arm's length*-toets uitgevoerd waarbij wordt onderzocht of de bedongen rentevoet marktconform is. Deze regel is, tesamen met de implementatie van de richtlijn, vereenvoudigd gezien de toepassing ervan vaak aanleiding gaf tot onzekerheid. Deze aanpassing kan enkel worden toegejuicht. Indien ze wordt toegepast binnen het artikel 18, eerste lid, 4° WIB92 geeft ze aanleiding tot de herkwalificatie, waar ze anders slechts aanleiding geeft tot het verwerpen van de uitgaven.

Vervolgens kunnen de kredieten aan de 3 verschillende regimes getoetst worden. Zo voorziet artikel 18, eerste lid, 4° WIB92 in een onderkapitalisatieregel waarbij interesten geherkwalificeerd kunnen worden in dividenden in zoverre ze voortkomen uit het aandeel van de vorderingen op bedrijfsleiders van de eerste categorie, hiermee gelijkgestelden, of hun echtgenoten en minderjarige niet-ontvoogde kinderen dewelke een 1 op 1 verhouding met het fiscaal eigen vermogen overstijgt.

Verder voorziet artikel 198, §1, 11° WIB92 in een onderkapitalisatieregel die interesten als verworpen uitgaven aanmerkt in zoverre ze voortkomen uit kredieten aangegaan met entiteiten gevestigd in belastingparadijzen en die een 5 op 1 verhouding met het eigen fiscaal vermogen overstijgen.

Een derde regime zit vervat in het nieuwe artikel 198/1 WIB92, dat deels de onderkapitalisatieregels zoals vervat in artikel 198, §1, 11° WIB92 vervangt. Dit met name wat betreft de intragroepsleningen. Hierin ligt de nieuwe *earnings stripping*-regel vervat die het resultaat is van de implementatie van de ATAD. Deze verwerpt het financieringskostensurplus dat oftewel de grens van 30% van de fiscale EBITDA overschrijdt oftewel het *de minimis* bedrag van 3 miljoen overstijgt. In tegenstelling tot het artikel 198, §1, 11° WIB92 wordt voor het artikel 198/1 voorzien in een voorwaartse verrekening van het verworpen financieringskostensurplus.

De gedeeltelijke opheffing van artikel 198, §1, 11° door artikel 198/1 WIB92 is logisch, gezien intragroepsleningen anders mee in rekening zou worden genomen bij de berekening van zowel de *fixed ratio* van 198, §1, 11° WIB92 als het financieringskostensurplus van artikel 198/1 WIB92, wat aanleiding zou kunnen geven tot het tweemaal verwerpen van dezelfde kosten. De vraag is wel of deze opheffing in bepaalde gevallen geen ongewenste versoepeling van de interestaftrekbeperkingsmaatregelen inhoudt. Zo zal, binnen artikel 198, §1, 11°, de verhouding van 5 op 1 nu enkel betrekking hebben op de kredieten aangegaan bij entiteiten gelegen in belastingparadijzen. Gezien de intragroepsleningen hier niet langer mee in rekening worden genomen is deze verhouding in haar uitwerking dan ook *de facto* verdubbeld. Met de vrijstelling van het *de minimis* bedrag van 3 miljoen euro en de vrijstelling van op zichzelf staande entiteiten binnen de regeling van 198/1 WIB92 wordt het deels opheffen van artikel 198, §1, 11° dan ook niet gecompenseerd voor op zichzelf staande entiteiten en kleinere groepen, met een versoepeling tot gevolg.

**173.** Verder dient opgemerkt dat onder impuls van de richtlijn na decenia lang proberen dan toch eindelijk een vorm van fiscale consolidatie werd ingevoerd in het Belgisch recht, of thans een gesimuleerde vorm ervan. Zo wordt voorzien in enerzijds een verplichte *ad hoc* consolidatie. Deze vorm van consolidatie neutraliseert de Belgische intragroepstransacties. Anderzijds wordt voorzien in supplementaire en vrijblijvende consolidatiemethoden. Zo kan een belastingplichtige er voor kiezen om met een ander Belgisch groepslid, tegen betaling van een vergoeding, een groepsbijdrageovereenkomst te sluiten, dan wel een interestaftrekovereenkomst af te sluiten. Voor deze laatste is de vergoeding optioneel, doch beperkt tot het bedrag van de belastingen die verschuldigd zouden zijn geweest moest deze vergoeding niet gesloten zijn.

**174.** Tot slot kan geconcludeerd worden dat de Belgische wetgever er, jammerlijk maar niet verwonderlijk, voor heeft gekozen artikel 4 ATAD op één van de minst ingrijpende manieren te implementeren. Desondanks vormt ze een belangrijke stap in de goede richting. Zo luidt ze een eerste stap in richting een sterkere convergentie van de interestaftrekbeperkingsmaatregelen tussen lidstaten onderling, en de bestrijding van belastingontwijking in het algemeen, wat finaal nodig zal zijn om de interestaftrekproblematiek binnen Europa aan te pakken. Deze convergentie is mijns inziens echter nog steeds te beperkt, gezien het groot aantal keuzemogelijkheden bij de implementatie.

De COVID-19 crisis heeft een diepe deuk geslagen in de staatskas van veel landen. Er kan gehoopt worden dat dit de bereidheid om gezamenlijk op te treden tegen belastingontwijkingspraktijken, zowel op Europees- als internationaal niveau, in een stroomversnelling doet geraken. Het is dan ook te hopen dat het werk dat geleverd werd met de ATAD als springplank kan dienen voor meer ambitieuze toekomstige projecten.





## 6. Bibliografie

### 6.1. Wetgeving

#### 6.1.1. Europese wetgeving

- Richtl. Raad nr. 2011/96/EU, 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit lidstaten (herschikking), *Pb.L.* 29 maart 2011, afl. 345, 8.
- Richtl. Raad nr. 2016/1164, 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, *Pb.L.* 19 juli 2016, afl. 193, 1.

#### 6.1.2. Belgische wetgeving

- Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (wib), *BS* 30 juli 1992.
- Wet van 28 juli 1992 houdende fiscale en financiële bepalingen, *BS* 31 juli 1992.
- Wet van 22 december 1998 houdende fiscale en andere bepalingen (1), *BS* 15 januari 1999.
- Wet van 10 maart 1999 tot wijziging van de wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs, tot fiscale regeling van de verrichtingen van lening van aandelen en houdende diverse andere bepalingen (1), *BS* 14 april 1999.
- Wetboek van vennootschappen, *BS* 6 augustus 1999.
- Wet van 16 juni 2006 op de openbare aanbidding van beleggingsinstrumenten en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereguleerde markt, *BS* 21 juni 2006.
- Programmawet (i) van 29 maart 2012, *BS* 6 april 2012.
- Wet van 21 december 2013 houdende diverse fiscale en financiële bepalingen, *BS* 31 december 2013.
- Wet van 25 december 2017 tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *BS* 29 december 2017.
- Wet van 11 juli 2018 op de aanbidding van beleggingsinstrumenten aan het publiek en de toelating van beleggingsinstrumenten tot de verhandeling op een gereguleerde markt, *BS* 20 juli 2018.
- Wetboek van vennootschappen en verenigingen, *BS* 4 april 2019.
- Wet van 17 maart 2019 tot aanpassing van bepaalde federale fiscale bepalingen aan het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen, *BS* 10 mei 2019.
- Wet van 2 mei 2019 houdende diverse fiscale bepalingen 2019-I, *BS* 15 mei 2019.
- Wet van 20 december 2020 houdende dringende diverse fiscale en fraudebestrijding bepalingen (1), *BS* 30 december 2020.
- Koninklijk besluit van 27 augustus 1993 tot uitvoering van het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, *BS* 13 september 1993.
- Koninklijk besluit van 20 december 1996 houdende diverse fiscale maatregelen, met toepassing van de artikelen 2, § 1, en 3, § 1, 2° en 3°, van de wet van 26 juli 1996

streckende tot realisatie van de budgettaire voorwaarden tot deelname van België aan de Europese Economische en Monetaire Unie, *BS* 31 december 1996.

- Koninklijk Besluit van 27 juni 2012 tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van artikel 147, 2° en 3°, en de artikelen 157 tot 163 van de programmawet (I) van 29 maart 2012, *BS* 29 juni 2012.
- Koninklijk besluit van 29 april 2019 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, *BS* 30 april 2019.
- Koninklijk besluit van 7 juni 2021 houdende uitvoering van de wet houdende dringende diverse fiscale en fraudebestijding bepalingen, *BS* 17 juni 2021.
- Ministerieel Besluit van 18 maart houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken, *BS* 18 maart 2020.
- Circ. 2020/C/29 over de aftrek van de groepsbijdrage in de VenB, *BS* 13 februari 2020.
- Circ. 2020/C/62 - Addendum aan de circulaire 2019/C/89 over de grandfathering regeling van de interestaftrekbeperking, *BS* 5 mei 2020.
- Circ. 2020/C/97 over de interestaftrekbeperking, *BS* 10 juli 2020.
- Circ. nr. Ci.RH 231/543.949 (AOIF 2/2005), *BS* 11 januari 2005.
- Circ. nr. Ci.RH 231/543.949 (AOIF 2/2005), *BS* 12 september 2007.
- Commentaar op het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992: *Com. IB* 1992.

## **6.2. Voorbereidende werken**

### **6.2.1. Supranationaal**

- OESO, *Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships*, mei 2012, [www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf](http://www.oecd.org/governance/budgeting/PPP-Recommendation.pdf).

### **6.2.2. Belgische parlementaire voorbereiding**

- Amendement (L. VAN BIESEN) op het wetsvoorstel (L. VAN BIESEN e.a.) houdende diverse fiscale bepalingen 2019-I, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3699/003.
- Ontwerp van programmawet (I) van 24 februari 2012, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2081/001.
- Ontwerp van programmawet van 15 mei 2012, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2198/001.
- Verslag bij wetsvoorstel tot wijziging van het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, ter bevordering van investeringen in de reële economie, *Parl.St.* nr. 54-2864/003.
- *Vr. en Antw.* Kamer 2004-2005, 21 januari 2005, 10631-10633 (Vr. nr. 628 K. PINXTEN).
- Wetsontwerp houdende wijzigingen aan de omzettingbepalingen van de ATAD richtlijnen, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0828/001.
- Wetsontwerp van 11 december 2017 betreffende de economische relance en de versterking van de sociale cohesie, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2839/001.
- Wetsontwerp van 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3147/001.

- Wetsontwerp van 26 november 2019 houdende diverse fiscale bepalingen, houdende oprichting van een commissie voor de erkenning van gespecialiseerde opleidingen met betrekking tot de reglementering inzake douane en accijnzen in België en betreffende de Koninklijke Muntschouwburg en het Nationaal Orkest van België, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0792/001.
- Wetsontwerp van 3 december 2020 houdende dringende diverse fiscale en fraudebestrijding bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1683/001.
- Wetsontwerp van 8 mei 1994 houdende fiscale en financiële bepalingen, *Parl.St.* Kamer 1991-92, 444/7.
- Wetsvoorstel (J. DUPRÉ e.a.) tot regeling van de overdracht van verliezen tussen verwante ondernemingen, *Parl.St.* Kamer 1985-86, nr. 546-1.
- Wetsvoorstel (P. DE ROOVER e.a.) tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-2864/001.

### **6.2.3. Belgische documenten die interne reglementaire besluiten voorafgaan**

- Adv.RvS nr. 66.449/1/V bij het koninklijk besluit tot aanpassing van het KB/WIB92 ingevolge de invoering van de aftrek van de groepsbijdrage en van de beperking op de aftrek van interesten, *BS* 7 augustus 2019.
- Verslag aan de Koning bij het Koninklijk besluit van 20 december 2019 tot aanpassing van het KB/WIB 92 ingevolge de invoering van de aftrek van de groepsbijdrage en van de beperking op de aftrek van interesten, *BS* 27 december 2019.
- Verslag aan de Koning bij het Koninklijk besluit van 7 juni 2021 houdende uitvoering van de wet houdende dringende diverse fiscale en fraudebestrijdingsbepalingen, *BS* 17 juni 2021.

## **6.3. Rechtspraak**

### **6.3.1. Europees**

- HvJ 9 maart 1978, nr. C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49, Simmenthal.
- HvJ 9 maart 1999, nr. C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, Centros.
- HvJ 12 december 2002, nr. C-324/00, ECLI:EU:C:2002:749, Lankhorst-Hohorst.
- HvJ 13 december 2005, nr. C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, Marks & Spencer.
- HvJ 21 februari 2006, nr. C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121, Halifax e.a.
- HvJ 13 maart 2007, nr. C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation.
- HvJ 18 juli 2007, nr. C-231/05, ECLI:EU:C:2007:439, Oy AA.
- HvJ 17 januari 2008, nr. C-105/07, ECLI:EU:C:2008:24, Lammers & Van Cleeff.
- HvJ 10 november 2011, nr. C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718, Foggia.
- HvJ 8 maart 2017, nr. C-448/15, ECLI:EU:C:2017:180, Wereldhave Belgium e.a.

### **6.3.2. Belgisch**

- GwH 22 januari 2015, nr. 1/2015.
- Cass. 9 juli 1931, *Pas.* 1931, I, 218.
- Cass. 15 oktober 2010, AR F.09.0093.N.
- Cass. (1e k.), 23 januari 2020, AR F.18.0079.N, *Fisc. Koer.* 2020, afl. 5, p. 104-107.
- Rb. Antwerpen 17 februari 2016, 2016/N57, *TFR* 2016, nr. 510.

#### **6.3.2.1. Voorafgaande beslissingen**

- Voorafgaande beslissing, nr. 2013.180 dd. 11 juni 2013.
- Voorafgaande beslissing, nr.2013.351, dd. 22 oktober 2013.
- Voorafgaande beslissing, nr. 2017.754, dd. 20 maart 2018.
- Voorafgaande beslissing, nr. 2020.0514, dd. 5 mei 2020.

## **6.4. Rechtsleer**

### **6.4.1. Internationaal**

#### **6.4.1.1. Boeken**

- OESO, *ADDRESSING THE TAX CHALLENGES OF THE DIGITALISATION OF THE ECONOMY- Public Consultation Document*, Parijs, OECD Publishing, 2019, 29 p.
- OESO, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4- 2015 Final Report*, Parijs, OECD Publishing, 2015, 115 p.
- OESO, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Parijs, OECD Publishing, 2016, 209 p.
- VN, *Protecting the Tax Base of Developing Countries against Base-eroding Payments: Interest and Other Financing Expenses*, New York, United Nations, 2017, 210 p.

#### **6.4.1.2. Bijdragen in verzamelwerken**

- GUTMANN, D., "The Interest Limitation (Article 4 ATAD)" in HASLEHNER, W., PANTAZATOU, K., KOFLER, G. en RUST, A. (eds.), *A Guide To The Anti-Tax Avoidance Directive*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2020, 86-104.
- SCHNITGER, A. en ZAFIROV, I., "The interest Limitation Rule" in PISTONE, P. en WEBER, D., (eds.) *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, Amsterdam, IBFD, 2018, 259-286.
- SMIT, D., "The Anti-Tax-Avoidance Directive (ATAD)" in MARRES, O., VERMEULEN, H. en WATTEL, P.-J. (eds.), *European Tax Law Seventh Edition: Volume I (Student edition)*, Kluwer Law International, 2018, 245- 275.

#### **6.4.1.3. Bijdragen in tijdschriften**

- ĐUKIĆ, T., "Thin Capitalization Rules in EU Member States", *Central European Public Administration review* 2014, afl. 9, nr. 2, 83-103.

- GINEVRA, G., "The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level", *Intertax* 2017, afl. 45, nr. 2, 120-137.
- HILLMANN, L. en HOEHL, R., "Interest Limitation Rules: At a Crossroads between National Sovereignty and Harmonization", *European Taxation* 2018, afl. 58, nr. 4, 140-148.
- LOBITA, J.C., "The ATAD's Interest Limitation Rule – A Step Backwards?", *European Taxation* 2019, afl. 59 nr. 2/3, 60-65.
- SOOM, A., "Double Taxation Resulting from the ATAD: Is There Relief?", *Intertax* 2020, afl. 48, nr. 3, Kluwer Law International, 273-285.
- STEVENS, S.A., "Evaluation of the Earnings Stripping Rules", *EC TAX REVIEW* 2020, vol.29, nr. 4, 158-177.
- VAN OS, P., "Interest Limitation under the Adopted Anti-Tax Avoidance Directive and Proportionality", *EC Tax Review* 2016, afl. 4, 184-198.

## **6.4.2. Belgisch**

### **6.4.2.1. Boeken**

- BEGHIN, P., *Handboek vennootschapsbelasting 2015-2016*, Mortsel, Intersentia, 2015, 454 p.
- BIELEN, P., CASSIERS, M. en ZAGHEDEN, M. (eds.), *Beroepsfiscaliteit, Beroepsinkomsten en -uitgaven artikelsgewijs toegelicht*, Mortsel, Intersentie 2021, x + 366 p.
- CHEVALIER, C., *Vademecum vennootschapsbelasting 2021*, Mortsel, Intersentia, 2021, 1770 p.
- COUTURIER, J.J., PEETERS, B. en PLETS, N., *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2011, XXVII + 1270 p.
- COUTURIER, J.J., PEETERS, B. en VAN DE VELDE, E., *Belgisch Belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2018, 1394 p.
- HAELTERMAN, A., *Vennootschapsbelasting doorgelicht. Een inzichtelijk handboek (3<sup>de</sup> ed.)*, Brugge, die Keure, 2018, 373 p.
- HAELTERMAN, A., *Vennootschapsbelasting doorgelicht. Een inzichtelijk handboek (4<sup>de</sup> ed.)*, Brugge, die Keure, 2020, 387 p.
- OTS, H.J., *Externe Financiële Verslaggeving*, Amsterdam, Pearson Education Benelux, 2004, 398 p.
- STORME, M.E., *Handboek Vermogensrecht: Goederen- en Insolventierecht, DEEL III, SAMENLOOP, VERMOGENSVEREFFENING EN RANGREGELINGEN, Uitgave 2010*, Gent, 2009, 754 p.
- VAN CROMBRUGGE, S., *De hervorming van de vennootschapsbelasting*, Schoten, Roularta Media, Group 2018, 287 p.
- VAN DE WOESTEYNE, I., *Handboek vennootschapsbelasting 2020-2021*, Intersentia, Mortsel, 2020, xxvi + 612 p.

- WOUTERS, P.-J., *Fiscale consolidatie: systeem van groepsbijdragen*, Mortsel, Intersentia, 2020, xiv + 150 p.

#### **6.4.2.2. Bijdragen in verzamelwerken**

- MARTENS, T. en WILLEMS, P., "De Wreedheid van de forfaitaire belastbare basis" in WILLEMS, P., *Tien hete hangijzers uit de fiscale praktijk*, Brugge, die Keure, 2020, 186-205.
- MORBÉE, K., "De invoering van Europese maatregelen tegen belastingontwijking: een verkenning van de ATAD" in RENIERS, K., GOOSENS, N. en PEETERS, J. (eds.), *Actuele problemen van financieel, vennootschaps- en fiscaal recht, 30 jaar Werkgroep Financieel Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 171-194.
- VAN BIERVLIET, C., "Hoe fiscaalvriendelijk mezelf "bezoldigen"?" in GILLEMONT, P., PEETERS, B., TACK, T., VANDENBERGHE, F. en VAN BIERVLIET, C. (eds.), *Uw vennootschap en de fiscus*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 189-276.

#### **6.4.2.3. Bijdragen in tijdschriften**

- BOURGEOIS, M. en TRAVERSA, E., "IFA 2010 – Onderwerp I – Dubbelbelastingverdragen en belastingontwijking: toepassing van anti-ontwijkingsbepalingen – Belgisch rapport" *TFR* 2010, afl. 20, nr. 390, 887-899.
- BUYTAERT, B. en POSSOZ, M., "De nieuwe EBITDA-interestaftrekbeperking", *TFR* 2019, afl. 8, nr. 560, 378-399.
- CLOCHERET, A. en VAN BELLE, S., "Een historische benadering voor toekomstige hervormingen - De mogelijkheid tot een meer neutrale behandeling van inkomsten uit een zelfstandige activiteit en van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen", *TFR* 2014, 225-242.
- DELFOSSE, G. en SMET, P., "Circulaire groepsbijdrage : toelichting en model 'groepsbijdrage overeenkomst'", *Fiscoloog* 2020, afl. 1657, 1.
- DEPRÉ, E. en VANASSCHE, D., "De fiscale gevolgen van het zomerakkoord", *Bericht aan het Notariaat* 2017, afl. 2018, nr.4, 210-217.
- FORESTINI, R., "Artikel 18, 4° van het WIB 1992 en de problematiek van de herkwalificatie van de interesten als dividenden of wanneer Napoleon en Portalis zich in hun graf omdraaien...", *TFR* 2007, afl. 323, 482-488.
- HUSAIN, S. en SMET, P., "Beperking interestaftrek (ATAD) : KB preciseert nadere regels", *Fiscoloog* 2020, afl. 1642, 3.
- MASSET, E., "Thin cap et réserves taxées", *SEMFISC* 2012, nr. 38, 8.
- PEETERS, A., "Thin cap: welke 'vrijgestelde' reserves kwalificeren als 'belaste' reserves?", *Fiscoloog* 2013, afl. 1361, 8.
- SMET, P. en THOMPSON, C., "Aftrek interesten : de nieuwe 'thin cap'-regeling", *Fiscoloog* 2012, afl. 1300, 7.
- VAN DEN BERGHE, P., VERHOEVEN K. en WOUTERS, P.-J., "België implementeert ATAD. Nieuwe interestaftrekbeperking vervangt thin cap", *AFT* 2019, afl. 2, 6-27.
- VANDEN HEEDE, F., "Interesten tussen een bedrijfsleider en zijn vennootschap", *PACIOLI* 2013, afl. 2013, nr. 374, 1-5.

- WOUTERS, P.-J., "Het nieuwe fiscale consolidatiestelsel: artikel 205/5 WIB 1992 gewikt en gewogen", *TFR* 2019, afl. 15, nr. 567, 750-768.
- X, "Aftrekbeperking interesten ('thin cap'). Non-discriminatiebepaling uit dubbelbelastingverdrag", *Fiscoloog* 2014, afl. 1381, 10.
- X, "Uitsluiting leningen i.v.m. infrastructuurprojecten: voorwaarden" *Fiscoloog* 2021, afl. 1708, 10.

## 6.5. Electronische bronnen

- BERGIN, T., "Special Report : How Starbucks avoids UK taxes", 15 oktober 2012, [www.reuters.com/article/us-britain-starbucks-tax/special-report-how-starbucks-avoids-uk-taxes-idUSBRE89E0EX20121015](http://www.reuters.com/article/us-britain-starbucks-tax/special-report-how-starbucks-avoids-uk-taxes-idUSBRE89E0EX20121015).
- BOVÉ, L. en EVENEPOEL, K., "Colruyt zet miljarden euro's in Luxemburg", 13 december 2014, [www.tijd.be/politiek-economie/belgie/economie/colruyt-zet-miljarden-euro-s-in-luxemburg/9578576.html](http://www.tijd.be/politiek-economie/belgie/economie/colruyt-zet-miljarden-euro-s-in-luxemburg/9578576.html).
- OESO, "Thin Capitalisation Legislation, A background Paper For Country Tax Administrations (Pilot version for comments)", 2012, [https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin\\_capitalization\\_background.pdf](https://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin_capitalization_background.pdf).
- SOENENS, D., "Lux Leaks : Ook Colruyt ontwijkt miljoenen belastingen via Luxemburg", 15 december 2014, [www.demorgen.be/nieuws/ook-colruyt-ontwijkt-miljoenen-belastingen-via-luxemburg~bba5fed9/](http://www.demorgen.be/nieuws/ook-colruyt-ontwijkt-miljoenen-belastingen-via-luxemburg~bba5fed9/).
- VERHOEYE, J., "*thin cap*" viseert ook voluit KMO-Groepen, 15 januari 2013, <http://www.fiscalibus.be/show.php?id=470>.

## 6.6. Varia

- Formulier 275 CDI.
- Formulier 275 CRC.
- Formulier 275 CTIG.
- Opgave 275 SE.