

Actie plan 4: Limitation on Interest Deductibility

Symen De Keyser

*Onder wetenschappelijke begeleiding van:
Prof.dr. L. De Broe en D. Bettens*

INLEIDING

Dit werk zal handelen over de Base Erosion and Profit Shifting (hierna: BEPS) actieplannen, van de Organisatie voor Economische Ontwikkeling en Samenwerking (hierna: OESO). De nadruk wordt gelegd op het vierde BEPS actieplan en er wordt getracht een antwoord te vinden op de centrale onderzoeksvraag: “Is het vierde BEPS actieplan noodzakelijk en bereikt het haar doel?”. In België bestaan er reeds een heel aantal regels die de aftrekbaarheid van interesten wil beperken. Hebben we in die omstandigheden nog nood aan nóg een nieuwe regel of kunnen we hetzelfde doel bereiken met de reeds bestaande regelgeving? Vervolgens kan eveneens de vraag worden gesteld of BEPS actieplan 4 de bestaande regels overbodig maakt. Tegelijkertijd rijst de vraag of deze implementatie geen andere onwenselijke gevolgen met zich meebrengt. Alvorens de verhouding van het vierde actieplan af te zetten tegen de Belgische wetgeving en de potentiële knelpunten te belichten (Deel II), zal de oorsprong en inhoud van actieplan 4 worden besproken evenals de implementatie ervan in de Belgische rechtsorde (Deel I).

I. BEPS ACTIEPLAN 4: OORSPRONG, INHOUD EN IMPLEMENTATIE

1.1. VOORGESCHIEDENIS

I. HISTORISCH PROBLEEM IN EEN ACTUELE CONTEXT – Belastingontwijking is vandaag brandend actueel. Recent werden nog de *Pandora Papers* bekendgemaakt, waaruit het gebruik van een groot aantal brievenbusvennootschappen in belastingparadijzen werd ontbloot, hetzij legaal, hetzij illegaal.¹ Hoewel het bewandelen van de minst belaste weg in beginsel is

¹ L. BOVÉ, “Pandora Papers: Ruim 1.200 Belgen hebben constructies in belastingparadijzen”, *De Tijd* 2021, <https://www.tijd.be/dossiers/pandora-papers/pandora-papers-ruim-1-200-belgen-hebben-constructies-in-belastingparadijzen/10336070.html>; L. DE BROE, *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 46, rn. 62.

toegestaan, zorgt het gebruik van dergelijke internationale constructies ervoor dat o.a. de Belgische overheid een groot aantal inkomsten misloopt.²

2. REACTIE VAN G20 - Dit internationaal probleem vereist een internationale bestrijding.³ De G20 besefte dit tijdens hun bijeenkomst in Mexico in 2012 en besliste om de OESO hiervoor in te schakelen.⁴ Reeds in 2013 rapporteerde de OESO over de problematiek inzake grondslaguitholling en winstverschuiving. In datzelfde jaar nog publiceerde ze haar onderzoeksvoorstel voor een totaal van 15 actieplannen.⁵

1.2. ACTIEPLAN 4: *LIMITATION ON INTEREST DEDUCTIBILITY*

1.2.1. *Problematiek*

3. INTERESTAFTREKBAARHEID VAN VENNOOTSCHAPPEN - Ondernemingen kunnen op verschillende wijzen (artificieel) hun belastbare basis uithollen of hun winst verschuiven om zo onderworpen te zijn aan een gunstiger belastingregime. De aftrekbaarheid van interessen is één van de meest geëigende wegen.⁶ In België is dit bijvoorbeeld mogelijk ingevolge artikel 42 *juncto* 53, 2^o WIB/92 (hierna: WIB).⁷ Het vierde BEPS actieplan wil net dergelijke problematiek bestrijden.⁸

² Cass. 6 juni 1961, *Pas.* 1961, I, 1082; A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2020, 1-2; P. BEGHIN en A. ROGGMAN, *Vennootschapsbelasting toegepast 2020*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 12.

³ P. DERÉ, P. DEBAENE en G. FRANSSENS, “Publicatie van 15 rapporten van de OESO inzake Base Erosion & Profit Shifting – eindelijk een zicht op het fiscale landschap van de toekomst?”, *Intern.Fisc.Act.* 2015, afl. 10.

⁴ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>; G20, Slotverklaring Mexico 19 juni 2012, <http://www.g20.toronto.ca/2012/2012-0619-loscabos.html>.

⁵ R. OFFERMANN, S. HUIBREGSTE, L. VERDONER en A. SOOD, “BEPS Action 4: Policy Considerations and Implementation Status”, *European Taxation* 2017, (47)48-52; P. DERÉ, P. DEBAENE en G. FRANSSENS, “Publicatie van 15 rapporten van de OESO inzake Base Erosion & Profit Shifting – eindelijk een zicht op het fiscale landschap van de toekomst?”, *Intern.Fisc.Act.* 2015, afl. 10, 1-4; N. ENGELMANN, Y. MONDELAERS en C. LAPPEN, “Base Erosion and Profit Shifting: hertekening internationale fiscaliteit”, *Fiscoloog (I)* 2015, (1)1-17; E. TRAVERSA en M. POSSOZ, “L’action de l’OCDE en matière de lutte contre l’évasion fiscale internationale et de l’échange de renseignements: développements récents”, *RGCF* 2015, (5)5; T. VANWELKENHUYZEN, “Le rapport de l’OCDE sur l’érosion de la base d’imposition et le transfert de bénéfices (BEPS): un train fou lancé dans le brouillard?”, *RGCF* 2015, afl. 4, (237)238; OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>, 4; M. VANGENECHTEN, “BEPS: actieplan tegen uitholling van belastbare basis en verschuiving van winsten”, *Acc. & Fisc.* 2013, afl. 41.

⁶ G. BOMBEKE en E. BLEUS, “Aftrek financieringskosten: EU-richtlijn implementeert uitkomst BEPS-actie 4”, *Fiscoloog (I)* 2016, 1-6.

⁷ P. BEGHIN en A. ROGGMAN, *Vennootschapsbelasting toegepast 2020*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 101-108.

⁸ P. WOUTERS en P. VAN DEN BERGHE, “Interestafrekbeperving van artikel 198/1 WIB 1992. Waar staan we nu?”, *AFT* 2020, afl. 6-7, (6)7.

4. VERSCHILLENDE FISCALE BEHANDELING - Het ‘misbruik’ vindt zijn oorsprong in de verschillende behandeling van het eigen vermogen en het vreemd vermogen.⁹ Financieringsschuld is doorgaans fiscaal aftrekbaar in hoofde van de betaler en belastbaar in hoofde van de ontvanger.¹⁰ De vergoeding voor het eigen vermogen gebeurt doorgaans door middel van dividenden.¹¹ Dividenden zijn bij de uitgever niet fiscaal aftrekbaar (dus belastbaar) en belastbaar bij de ontvanger.^{12,13} Derhalve is er sprake van economisch dubbele belasting. Dit laatste moet evenwel genuanceerd worden daar de ontvanger meestal een vrijstelling kan genieten op de ontvangen dividenden (bijvoorbeeld de Belgische DBI-aftrek).¹⁴

5. LACUNES BIJ GRENSOverschrijdende SITUATIES - Op nationaal niveau heeft dit verschil in behandeling tussen eigen en vreemd vermogen geen (grote) negatieve gevolgen omwille van het *matching* principe.¹⁵ Omdat de betaler een dividend fiscaal niet kan aftrekken en dit voor een interestlast wel gaat, creëert dit een incentive om bij bepaalde grensoverschrijdende situaties te werken met vreemd vermogen eerder dan eigen vermogen. Het is dit verschil dat internationale fiscale planning interessant maakt. Verbonden ondernemingen gevestigd in een regime met hoge belastingen zullen hoofdzakelijk gefinancierd worden door leningen met een hoge interest zodat zij deze kunnen aftrekken van hun belastbare basis waardoor een hoge belastingdruk wordt vermeden.

1.2.2. Voorstellen uit het rapport

6. ACTIEPLAN 4: OESO RAPPORT - BEPS actieplan 4 introduceert coherente en consistente oplossingen tegen BEPS door middel van de fiscale aftrekbaarheid van netto interesten en economisch equivalente betalingen te

⁹ T. VANWELKENHUYZEN, “Le rapport de l’OCDE sur l’érosion de la base d’imposition et le transfert de bénéfices (BEPS): un train fou lancé dans le brouillard?”, *RGCF* 2015, afl. 4, (237)240.

¹⁰ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>; P. VAN DEN BERGHE, P. -J. WOUTERS en K. VERHOEVEN, “België implementeert ATAD - Nieuwe interestaftrekbeperking vervangt *thin cap*”, *AFT* 2019, afl. 2, 6-7.

¹¹ C. CHEVALIER, *Vademecum Vennootschapsbelasting 2021*, Mortsel, Intersentia, 2021, 562; P. VAN DEN BERGHE, P. -J. WOUTERS en K. VERHOEVEN, “België implementeert ATAD - Nieuwe interestaftrekbeperking vervangt *thin cap*”, *AFT* 2019, afl. 2, 6-7.

¹² In België werd het onderscheid tussen eigen vermogen en financiering reeds voor een klein gedeelte genuanceerd omwille van de notionele interestaftrek. Hierdoor kan een vennootschap een fictieve interest (berekend op het eigen vermogen) aftrekken van diens belastbare basis, maar vandaag heeft deze aan belang verloren. Zie ook: A. CLAES, A. BROHEZ en S. CAUWENBERGHS, “De notionele interestaftrek toegelicht”, *Acc. & Fisc.* 19 januari 2006, afl. 2, 1.

¹³ P. VAN DEN BERGHE, P. -J. WOUTERS en K. VERHOEVEN, “België implementeert ATAD - Nieuwe interestaftrekbeperking vervangt *thin cap*”, *AFT* 2019, afl. 2, 6-7; E. MASSET, “Deductibilité des intérêts en société: de nouvelles turbulences”, *SEMFISC* 2018, afl. 25, 1-2; B. PEETERS, “Het O.E.S.O.-rapport inzake thin capitalisation en het Belgisch fiscaal recht”, *TRV* 1989, afl. 2, (103)103.

¹⁴ L. DE BROE, *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 146-148.

¹⁵ OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>; O. RIGA, S. LEFÈVRE en C. CARLIER, “Limitation de déductibilité des intérêts”, *Act.fisc.* 2018, afl. 41, (11).

beperken door een vast percentage van de winst van een onderneming gemeten a.d.h.v. de EBITDA. *In globo* kunnen vijf kernpunten, onderscheiden worden. Alvorens hier op in te gaan, zal eerst het toepassingsgebied besproken worden.

7. RUIME INTERESTDEFINITIE – In essentie stelt het vierde actieplan dat de economische substantie centraal staat eerder dan de juridische kwalificatie van de betaling.¹⁶ In de meeste Staten zijn interesten wel fiscaal aftrekbaar, maar de inhoud van het concept verschilt.¹⁷ Volgens de OESO gaat het om alle financieringskosten bestaande uit interestbetaling op alle vormen van schuld en andere kosten hieraan economisch equivalent zijn en opgelopen worden in relatie met het ophalen van financiering.¹⁸

8. TOEPASSINGSGEBIED VAN ACTIEPLAN 4 – Erodatie van de belastbare grondslag is denkbaar in verschillende scenario's (binnen een groep, via gestructureerde afspraken met derden, etc.). Het actieplan geldt voor entiteiten onderdeel van een multinationale groep of van een nationale groep en *standalone* entiteiten. Daarnaast biedt het rapport tevens de mogelijkheid om te voorzien in een aantal uitzonderingen zoals: entiteiten actief in de bankensector¹⁹, leningen die reeds afgesloten waren voor 17 juni 2016, leningen ter financiering van langdurige openbare infrastructuurprojecten en kleine *standalone* entiteiten.²⁰

De minimis

9. FUNCTIONELE DE MINIMIS – Omwille van *compliance* kosten en lage risicogevallen wordt een minimumgrens gehanteerd.²¹ De hoogte ervan is afhankelijk van factoren zoals de lokale economie, de interestvoet, etc. Deze *de minimis* zou worden toegepast op de binnenlandse groep vennootschappen hoewel ze ook per entiteit mag gelden. In dat laatste geval zouden antifragementarieregels misbruik moeten vermijden.

¹⁶ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>.

¹⁷ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>, 29-30.

¹⁸ P. SMET en S. HUSAIN, "Bepeking interestafrek (ATAD): KB preciseerd nadere regels", *Fiscoloog* 2020, afl. 1642, 3; A. HAELTERMAN en N. VAN ROBBROECK, "The Belgian Interest Limitation Rule", *TBF/RFP* 2017, afl. 3, (7)8-9; N. HASENOEHL, "TEI Comments on BEPS Action 4: Interest Deductions and Other Financial Payments", *The Tax Executive* 2015, afl. 67, (75)75-78.

¹⁹ J. H. HECKEMEYER en R. A. DE MOOIJ, "Taxation and Corporate Debt: Are Banks Any Different?", *National Tax Journal* 2017, afl. 70(1), (53)53-76.

²⁰ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>.

²¹ OECD (2017), *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*, OECD Publishing, Parijs, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264268333-en>.

Fixed ratio rule

10. VERANTWOORDING - Netto financieringskosten zouden slechts ten belope van een bepaalde verhouding van haar EBITDA²² fiscaal worden aftokken.²³ Een belangrijk voordeel van deze *fixed ratio* is eenvoud waarmee de regel kan worden toegepast. Elke jurisdictie mag het concreet percentage afzonderlijk invullen binnen de beperken van 10% en 30%.²⁴

11. STAP ÉÉN - Eerst moet de EBITDA worden bepaald o.b.v. het fiscaal resultaat. Vaak is er een onderscheid tussen het economisch inkomen en het belastbaar inkomen van een entiteit. De EBITDA zorgt ervoor dat de aftrekbaarheid enkel kan worden verhoogd door effectief meer belastbare inkomsten te genereren. Bovendien zorgt een inkomstengebaseerde aanpak, ervoor dat entiteiten met een negatieve EBITDA, niet nog steeds belastingen zullen moeten betalen.²⁵

12. STAP TWEE - Vervolgens wordt de verhouding van de EBITDA berekend zodat de grens wordt bekomen.²⁶

13. STAP DRIE - Het financieringskostensurplus van de entiteit wordt vergeleken met het resultaat van stap 2. De fiscale aftrek van het gedeelte van het financieringskostensurplus dat boven de grens ligt, zal worden geweigerd.

Group ratio rule

14. VERANTWOORDING - Omdat sommige groepen niet in staat zijn om de verhouding van het financieringskostensurplus en de EBITDA per entiteit onder de vooropgestelde grens te houden²⁷, kan de alternatieve *group ratio rule* worden aangewend. Hierdoor kan de interestaftrekkapaciteit voor een entiteit verhogen. Interesten betaald of ontvangen binnen de groep worden niet in aanmerking genomen.

15. BEREKENINGSWIJZE - De *group ratio* wordt bekomen door de netto financieringskosten van de groep te delen door de EBITDA op groepsniveau. De bekomen *group ratio* wordt vermenigvuldigd met de EBITDA van een

²² Earnings Before Interests, Taxes, Depreciations and Amortizations.

²³ G. BOMBEKE en E. BLEUS, "Aftrek financieringskosten: EU-richtlijn implementeert uitkomst BEPS-actie 4", *Fiscoloog (I)* 2016, 1-6.

²⁴ M. POSSOZ en B. BUYTAERT, "De nieuwe EBITDA-interestaftrekbeperking", *TFR* 2019, afl. 560, (378)380.

²⁵ OECD (2017), *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*, OECD Publishing, Parijs, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264268333-en>, 47-48.

²⁶ OECD (2017), *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*, OECD Publishing, Parijs, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264268333-en>, 47-49.

²⁷ Dit zal vaak te wijten zijn aan de sector waarin ze actief zijn.

entiteit waardoor een alternatieve grens wordt bekomen tot aan dewelke interestafrek mogelijk

Er kan eventueel een *uplift* toegepast worden waardoor de netto financieringskosten van de groep worden verhoogd met een bepaald percentage. Tevens kan een *equity escape clause* ervoor zorgen dat het volledige financieringskostensurplus kan worden afgetrokken als de verhouding van het eigen vermogen en het balanstotaal van een entiteit niet meer dan 2 procentpunten lager ligt dan de verhouding eigen vermogen en balanstotaal van de groep.²⁸

Voorwaartse en achterwaartse overdraagbaarheid

16. VERANTWOORDING EN VOORSTELLEN - Omwille van bepaalde investeringen kan het zijn dat de netto interestkosten zeer hoog zijn, terwijl de EBTIDA nog laag is, hoewel deze naar de toekomst toe zal toenemen. Deze *timing mismatch* wil de OESO tegengaan door verworpen financieringskosten en ongebruikte aftrekkcapaciteit over te dragen in de toekomst en/of voor- en achterwaartse overdracht van verworpen financieringskosten toe te staan binnen bepaalde limieten.²⁹

Gerichte regels

17. *RATIO- Targeted rules* viseren specifieke transacties, overeenkomsten of sectoren. Het zal steeds een reactieve respons zijn veeleer dan een proactieve respons.³⁰

1.2.3. Implementatiemethode

18. *BEST PRACTICES* - De actieplannen van de OESO kunnen slechts als *soft law* beschouwd worden. Er worden drie gradatie onderscheiden. Naast de ‘minimale standaarden’³¹ en *common approach*³², zijn de *best practices* de minst doorgedreven vorm van politieke consensus. Er worden niet-bindende

²⁸ P. VAN DEN BERGHE, P. WOUTERS, K. VERHOEVEN, “België implementeert ATAD. Nieuwe interestafrekbeperving vervangt ‘thin cap’”, *AFT* 2019, afl. 2, (6)10-11.

²⁹ W. WILLEMS, “De ‘overgedragen financieringskostensurplus’-vennootschap: de nieuwe verliesvennootschap?”, *TFR* 2021, afl. 605, (668)668-670.

³⁰ Het land moet immers op de hoogte zijn van een bepaald probleem van BEPS.

³¹ Minimumnormen zijn de meest doorgedreven vorm van consensus waarbij Staten overeenkomen om dezelfde standaarden consistent te implementeren waardoor een *level playing field* wordt gecreëerd.

³² De common approaches faciliteren slechts de nationale implementatie. Eens overgegaan wordt tot implementatie, moet de inhoud van de OESO-rapporten worden gevolgd.

aanbevelingen gedaan en er is geen verplichting tot implementatie of om de aanbeveling te volgen.³³ Actieplan 4 bevat deze *best practices*.³⁴

Niveau van de Europese Unie

19. ANTI-TAX AVOIDANCE DIRECTIVE - Naar aanleiding van de economische crisis van 2008 en de voorstellen van de OESO, ontwikkelde de Unie een richtlijn 2016/1164³⁵ (i.e. ATAD) die een en ander zou moeten aanpassen.³⁶ De ATAD implementeert o.a. actieplan 4 maar is geen maximumharmonisatie, waardoor Lidstaten hun eigen beleid kunnen voeren binnen bepaalde grenzen.³⁷ Tegen 31 december 2018 moet de richtlijn getransponeerd zijn in het nationaal recht.³⁸

20. OVERNAME VAN DE VOORSTELLEN VAN DE OESO - Voor een groot gedeelte neemt de richtlijn van de Europese Unie en meer bepaald artikelen 2 en 4, de *best practices* van de OESO actieplan 4 over. Hieronder volgt een beknopt overzicht van deze relevante artikelen.

21. GELIJKAARDIGE OVERNAME - Op aanbeveling van de OESO definieert ook de ATAD de term ‘financieringskosten’ op zeer ruime wijze.³⁹ Bovendien worden ook de uitsluitingen van actieplan 4 overgenomen. Financiële ondernemingen⁴⁰ kunnen facultatief uitgesloten worden, *grandfathering* voor leningen gesloten voor 17 juni 2016 en leningen inzake financiering van langlopende openbare infrastructuurprojecten worden eveneens uitgesloten. De ATAD sluit *standalone* entiteiten niet uit, maar voorziet voor deze entiteiten in een volledige afrekbaarheid van het

³³ OECD (2017), *Background Brief - Inclusive Framework on BEPS*, <https://www.oecd.org/tax/beps/background-brief-inclusive-framework-for-beps-implementation.pdf>; P. VAN DEN BERGHE, P. WOUTERS, K. VERHOEVEN, “België implementeert ATAD. Nieuwe interestaftrekbeperking vervangt ‘thin cap’”, *AFT* 2019, afl. 2, (6)7; Y. BRAUNER, “BEPS” An Interim Evaluation”, *World Tax Journal* 2014, afl. 6, (10)10-39.

³⁴ A. HAELTERMAN en N. VAN ROBBROECK, “The Belgian Interest Limitation Rule”, *TBE/RFP* 2017, afl. 3, (7)7-35.

³⁵ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van de regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, *OJL* 2016.

³⁶ Concl.Raad. “Conclusies van het voorzitterschap van 15 en 16 oktober 2008”, nr. 14368/08; M. POSSOZ en B. BUYTAERT, “De nieuwe EBITDA-interestaftrekbeperking” *TFR* 2019, afl. 560, (378)380-381; W. DE VISSCHER en R. VAN BULCK, “De hervorming van de vennootschapsbelasting”, *Bank Fin.* 2018, afl. 2, (154)157; R. OFFERMANN, S. HUIBREGSTE, L. VERDONER en A. SOOD, “BEPS Action 4: Policy Considerations and Implementation Status”, *European Taxation* 2017, (47)48-50; A. RIGAUT, “European Union - Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons”, *European Taxation* 2016, afl. 56, (487)497-498.

³⁷ Artikel 3 ATAD en overweging 3 ATAD; P. WOUTERS en P. VAN DEN BERGHE, “Interestaftrekbeperking van artikel 198/1 WIB 1992. Waar staan we nu?”, *AFT* 2020, afl. 6-7, (6)7; N. VAN ROBBROECK, “The Belgian Corporate Tax Reform 2018-2020: What’s in It for Groups Doing Business in Belgium?”, *International Tax Journal* 2018, (33)38-39.

³⁸ Artikel 11(1) ATAD.

³⁹ C. DOCCLO, “L’ambition de l’Union européenne d’introduire des règles anti-abus dans les lois disparates des ses États membres”, *TFR* 2017, afl. 2(514), (61)61-82.

⁴⁰ Artikel 2(5) ATAD.

financieringskostensurplus, hetgeen op een *de facto* vrijstelling neerkomt (artikel 4(3)(b) ATAD).⁴¹

Artikel 4(3) kopieert de relatief hoge grens van een *de minimis* van 3 miljoen EUR.⁴² Verder kiest de Unie voor een maximale *fixed ratio* van 30% van een fiscaal gedefinieerde EBITDA waarbij geen rekening wordt gehouden met belastingvrije inkomsten⁴³ en wordt gehoor gegeven aan een *group ratio rule*.^{44, 45} Tevens is er een voor- en achterwaartse overdraagbaarheid zoals geponeerd door de OESO, doch wel onderworpen aan tijdsvoorwaarden.⁴⁶ Daarnaast wordt ook de mogelijkheid voorzien voor uitzonderingen van financiële ondernemingen. Gerichte regels blijven evenwel achterwege.⁴⁷

22. CONCLUSIE M.B.T. ATAD - Hoewel de ATAD geen maximumharmonisatie is, heeft ze voor een groot deel de voorstellen van de OESO overgenomen, waardoor ze in bepaalde mate bindend zijn geworden.⁴⁸

Belgisch niveau

23. ATAD EN DE BELGISCHE AANPAK - In België kaderde de implementatie van de ATAD in de hervorming van de vennootschapsbelasting.⁴⁹ Bij wet van 25 december 2017 werden aanpassingen doorgevoerd in het WIB.⁵⁰ Artikel 40 van deze wet voegt een nieuw artikel 198/1 in dat specifiek handelt over de interestaftrekbeperking.⁵¹ Volledigheidshalve wordt ook de wet van 30

⁴¹ A. HAELTERMAN en N. VAN ROBBROECK, "The Belgian Interest Limitation Rule", *TBF/RFP* 2017, afl. 3, (7)11.

⁴² OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>.

⁴³ Artikel 4(2) ATAD.

⁴⁴ Artikel 4(1) *in fine* ATAD.

⁴⁵ P. VAN DEN BERGHE, P. WOUTERS, K. VERHOEVEN, "België implementeert ATAD. Nieuwe interestaftrekbeperking vervangt 'thin cap'", *AFT* 2019, afl. 2, (6)8-9; A. HAELTERMAN en N. VAN ROBBROECK, "The Belgian Interest Limitation Rule", *TBF/RFP* 2017, afl. 3, (7)9-10; C. DOCCLO, "L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates des ses États membres", *TTR* 2017, afl. 2(514), (61)61-82.

⁴⁶ Artikel 4(6) ATAD; P. SMET en D. DE WOLF, "Europese Anti-Tax Avoidance Richtlijn: van kracht vanaf 2019", *FiscoLoog* 2016, afl. 1482, 2.

⁴⁷ Artikel 4(7) ATAD; Voorstel (Comm.) tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken die de werking van de interne markt rechtstreeks schaden, 28 januari 2016, COM(2016) 26 final, 7.

⁴⁸ W. HEYVAERT en E. MOONEN, "ATAD Implementation in Belgium: An Analysis of the New Interest Limitation Rule", *European Taxation* 2019, afl. 59(7), (354)354.

⁴⁹ D. LEDURE, J.-C. PAQUOT en M. VAN DER VELDEN, "Belgium - The Implementation of the 30% EBITDA Rule in Belgium: An Angle with a Twist", *European Taxation* 2018, afl. 25(3), 1; X., "Hervorming vennootschapsbelasting: De belangrijkste pijlers", 2017, <https://financien.belgium.be/sites/default/files/downloads/121-hervorming-venb-2018.pdf>.

⁵⁰ Wet van 25 december 2017 tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *BS* 29 december 2017; O. RIGA, S. LEFÈVRE en C. CARLIER, "Limitation de déductibilité des intérêts", *Act.fisc.* 2018, afl. 41, (1)2.

⁵¹ Wetsvoorstel tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2864/001, 8-9; L. DEKLERCK, *Manuel pratique d'impôts des sociétés*, Brussel, Larcier, 2020, 222-223; S. VAN CROMBRUGGE, *De hervorming van de vennootschapsbelasting*, Schoten, Roularta Media Group, 2018, 176-177.

juli 2018 vermeld.⁵² Deze wet bracht een aantal wijzigingen aan nog voor de wet van 25 december 2017 in werking trad en wordt de ‘reparatiewet’ genoemd.⁵³ Hieronder worden de verschillende facetten van de Belgische regeling besproken.

24. TOEPASSINGSGEBIED - Algemeen is Artikel 198/1 WIB van toepassing op alle Belgische juridische entiteiten. Echter zijn er wel een aantal uitsluitingen die zijn doorgesijpeld van actieplan 4 via de ATAD. Een heel aantal financiële ondernemingen worden uitgesloten van het toepassingsgebied (artikel 198/1, §6 WIB). Net zoals de OESO en de ATAD worden de leningen die werden aangegaan voor 17 juni 2016, de leningen in het kader van de langlopende publiek-private samenwerkingsprojecten en *standalone* entiteiten uitgesloten.⁵⁴ Omdat de ATAD voor *standalone* entiteiten voorzag in een volledige aftrekmogelijkheid van het financieringskostensurplus, wijkt artikel 198/1, §6, 14° WIB hier dus van af (*cf.* nr. 22).

25. FINANCIERINGSKOSTENSURPLUS - In artikel 199/1, §2 WIB wordt het financieringskostensurplus gedefinieerd.⁵⁵ Hierbij wordt verwezen naar een KB dat de invulling zal bepalen van economisch gelijkwaardige kosten als interestkosten.⁵⁶ In de parlementaire voorbereiding kan worden teruggevonden dat het mandaat van de Koning om deze notie in te vullen zeer beperkt is. De Koning wordt opgedragen om te vertrekken van de opsomming vervat in artikel 2(1) ATAD en kan enkel kosten toevoegen voor zover de equivalentie ervan met interesten kan worden bewezen.⁵⁷

⁵² Wet van 30 juli 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelastingen, *BS* 10 augustus 2018; P. SMET, “Beperking interestaftrek: vervroeg in werking vanaf 1 januari 2019”, *Fisco* 2019, afl. 1590, 1.

⁵³ S. VAN CROMBRUGGE, *De hervorming van de vennootschapsbelasting*, Roeselare, Roularta Media Group, 2018, 17.

⁵⁴ Wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelasting van 11 juni 2018, *Parl.St. Kamer* 2017-18, nr. 3147/001, 26; Wetsvoorstel tot hervorming van de vennootschapsbelasting van 20 december 2017, *Parl.St. Kamer* 2017-18, nr. 2864/001, 71; Adv.RvS nr. 62368/1-2-3-4 over het voorontwerp van wet ‘betreffende de economische relance en de versterking van de sociale cohesie’, *BS* 29 december 2017; W. HEYVAERT en E. MOONEN, “ATAD Implementation in Belgium: An Analysis of the New Interest Limitation Rule”, *European Taxation* 2019, afl. 59(7), (354)357; M. POSSOZ en B. BUYTAERT, “Beperking interestaftrek (ATAD): precisering overgangsregeling”, *Fisco* 2019, afl. 1627, 4; P. VAN DEN BERGHE, P. WOUTERS, K. VERHOEVEN, “België implementeert ATAD. Nieuwe interestaftrekbeperking vervangt ‘thin cap’”, *AFT* 2019, afl. 2, (6)17-18.

⁵⁵ Wetsvoorstel tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St. Kamer* 2017-18, nr. 2864/001, 69-72.

⁵⁶ G. MACHAUX, L. CASSART, J. ROUSSEAU en C. HEYMANS, “Nouvelle modification des règles limitant la déductibilité des intérêts sur base de l’EBITDA fiscal”, *Act.fisc.* 2020, afl. 10, 4-8; O. RIGA, S. LEFÈVRE en C. CARLIER, “Limitation de déductibilité des intérêts”, *Act.fisc.* 2018, afl. 41, (1)2-3.

⁵⁷ Wetsontwerp betreffende de economische relance en de versterking van de sociale cohesie, *Parl.St. Kamer* 2017-18, nr. 2839/001; B. DE COCK, B. VAN VLIERDEN, C. VERVACK, C. SCHOONJANS, G. VAN NAMEN, e.a., “Vennootschapsbelasting” in A. TIBERGHIE, *Tiberghien. Handboek Voor Fiscaal Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 658-659; A. DELLA FAILLE, “Phase 2: Aperçu des mesures entrées en vigueur lors de l’exercice d’imposition 2020”, *Act.fisc.* 2020, afl. 14, (1)2.

26. *SAFE HARBOUR-REGLING EN FIXED RATIO* – Naar voorbeeld van de OESO en de Unie voorziet artikel 198/1, §3, a) in een *de minimis* van 3 miljoen EUR. Ongeacht de EBITDA, kan het financieringskostensurplus dus steeds ten belope van 3 miljoen EUR worden afgetrokken. Voor België als land van de KMO's heeft dit tot gevolg dat eerder gesproken kan worden van *safe harbour* eerder dan een *de minimis*.⁵⁸ Als alternatieve grens heeft België 30% van de (fiscaal gedefinieerde) EBITDA gekozen.⁵⁹

27. *BEREKENING OP GROEPSNIVEAU: AD HOC CONSOLIDATIE* – Het Belgische fiscale regime kent geen consolidatiebenadering. De Belgische wetgever is echter inventief geweest en heeft een *ad hoc* consolidatie in het leven geroepen.⁶⁰ Hierbij moeten entiteiten tot dezelfde groep⁶¹ van binnenlandse vennootschappen of Belgische inrichtingen behoren en niet uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van artikel 198/1 WIB.⁶² Dit gesimuleerde pseudconsolidatie brengt een aantal aanpassingen met zich voor de toepassing van dit artikel.⁶³ Eerst zullen de interesten en economisch gelijkwaardige betalingen tussen leden van de groep niet in aanmerking worden genomen bij de vaststelling van het financieringskostensurplus.⁶⁴ Verder zal de *de minimis* worden verdeeld onder de binnenlandse vennootschappen of Belgische inrichtingen die gedurende het gehele belastbaar tijdperk deel waren van de groep.^{65, 66} De verdeling van deze *de minimis* gebeurt conform artikel 76

⁵⁸ P. WOUTERS en P. VAN DEN BERGHE, “Interestaftrekbeperking van artikel 198/1 WIB 1992. Waar staan we nu?”, *AFT* 2020, afl. 6-7, (6)18; L. DE BROE, *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 378, rn. 815; P. VAN DEN BERGHE, P. WOUTERS, K. VERHOEVEN, “België implementeert ATAD. Nieuwe interestaftrekbeperking vervangt ‘thin cap’”, *AFT* 2019, afl. 2, (6)10.

⁵⁹ Circ. 10 juli 2020 over de interestaftrekbeperking 2020/C/97; P. SMET en G. DELFOSSE, “Beperking interestaftrek (ATAD): technische wijzigingen”, *Fiscooloog* 2019, afl. 1617, (7)7; P. SMET, “Beperking interestaftrek: vervroegd in werking vanaf 1 januari 2019”, *Fiscooloog* 2019, afl. 1590, 1.

⁶⁰ Wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelasting, *Parl.St. Kamer* 2017-18, nr. 3147/001, 25-28; E. VON FRENCKELL, M. DURANT, L. LEBRUN en O. VANDENBORNE, “Revenus définitivement taxés et consolidation fiscale ‘à la belge: un mariage difficile?”, *Act.fisc.* 2020, afl. 31, (1)1-2; P. SMET, “Beperking interestaftrek: vervroegd in werking vanaf 1 januari 2019”, *Fiscooloog* 2018, afl. 1590, 1-3.

⁶¹ Voor ‘groep’ wordt verwezen naar artikel 2, §1, 5°/1 WIB en stemt overeen met de definitie gegeven in artikel 1:20 van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen.

⁶² A. HAELTERMAN en N. VAN ROBBROECK, “The Belgian Interest Limitation Rule”, *TBF/RFP* 2017, afl. 3, (7)26.

⁶³ Circ. 10 juli 2020 over de interestaftrekbeperking 2020/C/97; A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2020, 153-154; N. VAN ROBBROECK, “Interestaftrekbeperking: circulaire verduidelijkt pseudoconsolidatie”, *Fiscooloog* 2020, afl. 1668, 3; S. VAN CROMBRUGGE, *De hervorming van de vennootschapsbelasting*, Roeselare, Roularte Media Group, 2018, 180-182.

⁶⁴ P. SMET en G. DELFOSSE, “Beperking interestaftrek (ATAD): technische wijzigingen”, *Fiscooloog* 2019, afl. 1617, (7)7-9; P. VAN DEN BERGHE, P. WOUTERS, K. VERHOEVEN, “België implementeert ATAD. Nieuwe interestaftrekbeperking vervangt ‘thin cap’”, *AFT* 2019, afl. 2, (6)21.

⁶⁵ Evident is ook dat de groepsleden die uitgesloten zijn van de toepassing van artikel 198/1 WIB, ook hier niet mee in aanmerking worden genomen.

⁶⁶ Artikel 198/1, §3, lid 3 WIB; Wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelasting, *Parl.St. Kamer* 2017-18, nr. 3147/1, 25-26; Wetsvoorstel tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St. Kamer* 2017-18, nr. 2864/001, 8; M. POSSOZ en B. BUYTAERT, “De nieuwe EBITDA-interestaftrekbeperking” *TFR* 2019, afl. 560, (378)387-388; S. VAN

KB/WIB. Ten derde zullen de kosten of opbrengsten verschuldigd door een binnenlandse vennootschap of Belgische inrichting niet in aanmerking worden op voorwaarde dat deze entiteiten tijdens het hele belastbaar tijdperk deel hebben uitgemaakt van dezelfde groep van vennootschappen.⁶⁷ Een *group ratio rule* zoals deze werd voorgesteld door de OESO en de ATAD worden niet overgenomen.

28. OVERDRAAGBAARHEID VAN VERWORPEN FISCALE AFTREKKEN – Zonder beperking in de tijd, kunnen de onbenutte fiscale aftrekken worden overgedragen overheen de belastbare tijdperken (artikel 194*sexies* WIB *juncto* artikel 4(6) ATAD).⁶⁸ Bovendien kan er ook interestaftrekcapaciteit doorgeschoven worden naar een andere groepsvennootschappen, mits voldaan een aantal voorwaarden voldaan zijn⁶⁹ (artikel 198/1, §4 WIB). Dan moet er een interestaftrekovereenkomst worden gesloten met de betrokken binnenlandse vennootschap of Belgische inrichting die gedurende het hele belastbaar tijdperk deel heeft uitgemaakt van de groep.⁷⁰

29. GERICHTE REGELS EN SPECIFEKE REGELS VOOR DE BANK- EN VERZEKERINGSSECTOR – Gerichte regels zijn (nog) niet terug te vinden in het Belgische regime. Bovendien worden, zoals hierboven reeds gesteld, een heel aantal financiële ondernemingen uitgesloten uit het toepassingsgebied van artikel 198/1 WIB.

30. DREMPELWAARDEN VAN DE EBITDA – De EBITDA is een fiscaal gedefinieerde EBITDA.⁷¹ Ze bestaat uit het resultaat van het belastbaar tijdperk vermeerderd met waardeverminderingen en afschrijvingen aangemerkt als beroepskost.⁷² Dit bedrag wordt vervolgens vermeerderd met dat gedeelte van het financieringskostensurplus dat als beroepskost wordt aangemerkt en de

CROMBRUGGE, *De hervorming van de vennootschapsbelasting*, Roeselare, Roularte Media Group, 2018, 180-182.

⁶⁷ Artikel 198/1, §3, lid 3 WIB; P. SMET, “Beperking interestaftrek: vervroegd in werking vanaf 1 januari 2019”, *Fiscoloog* 2018, afl. 1590, 1-3; A. HAELTERMAN en N. VAN ROBBROECK, “The Belgian Interest Limitation Rule”, *TBE/RFP* 2017, afl. 3, (7)28.

⁶⁸ N. VAN ROBBROECK, “Interestaftrekbeperking: circulaire verduidelijkt pseudoconsolidatie”, *Fiscoloog* 2020, afl. 1668, 3; M. POSSOZ en B. BUYTAERT, “De nieuwe EBITDA-interestaftrekbeperking” *TFR* 2019, afl. 560, (378)385-386.

⁶⁹ Binnenlandse vennootschap of Belgische inrichting die gedurende het hele belastbaar tijdperk deel heeft uitgemaakt van de betrokken groep en die niet uitgesloten is van het toepassingsgebied van artikel 198/1 WIB.

⁷⁰ W. WILLEMS, “De ‘overgedragen financieringskostensurplus’-vennootschap: de nieuwe verliesvennootschap?”, *TFR* 2021, afl. 605, (668)669; A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2020, 153-154; M. POSSOZ en B. BUYTAERT, “De nieuwe EBITDA-interestaftrekbeperking”, *TFR* 2019, afl. 560, (378)389-390; P. VAN DEN BERGHE, P. WOUTERS, K. VERHOEVEN, “België implementeert ATAD. Nieuwe interestaftrekbeperking vervangt ‘thin cap’”, *AFT* 2019, afl. 2, (6)22-24.

⁷¹ L. DEKLERCK, *Manuel pratique d’impôts des sociétés*, Brussel, Larcier, 2020, 223-225; O. RIGA, S. LEFÈVRE en C. CARLIER, “Limitation de déductibilité des intérêts”, *Act.fisc.* 2018, afl. 41, (1)3-4.

⁷² Y. DEWAELE, “L’actualité 2017 en matière d’impôts des sociétés” in Y. BERNAERTS, J. BUY, E. CECI, A. CULOT, e.a., *Le droit fiscal en Belgique - Édition 2018*, Limal, Anthemis, 2018, 177-178.

vrijgestelde winsten ingevolge artikel 194*sexies* WIB.⁷³ Dit resultaat wordt verminderd met 1) de groepsbijdrage die in mindering wordt gebracht van het belastbaar tijdperk, 2) dividendinkomsten die kunnen worden afgetrokken van de winst van het huidige of volgende belastbaar tijdperk, 3) 85% van het inkomen dat geniet van de aftrek voor innovatie-inkomsten, 4) 80% van het inkomen dat geniet van de aftrek voor octrooi-inkomsten, 5) de winsten vrijgesteld ingevolge een dubbelbelastingverdrag en 6) de winst behaald in het kader van een langlopend openbaar infrastructuurproject dat zich situeert in de Europese Unie⁷⁴.

⁷³ M. POSSOZ en B. BUYTAERT, “De nieuwe EBITDA-interestafrekbepanking” *TFR* 2019, afl. 560, (378)383-385.

⁷⁴ De uitvoerder van het project, de financieringskosten, de activa en de winst zouden zich allen in de Europese Unie moeten bevinden.

31. SCHEMATISCH OVERZICHT – BEPS actieplan 4 heeft aldus een lange weg afgelegd alvorens het zijn uitwerking heeft gevonden in de Belgische nationale rechtsorde. Schematisch kan deze route als volgt worden weergegeven:

Uitzonderingen	Mogelijke uitzonderingen: <ul style="list-style-type: none"> Ondernemingen actief in de bankensector; <i>grandfathering</i> voor leningen gesloten voor 17 juni 2016; leningen inzake financiering van openbare infrastructuurprojecten en; <i>standalone</i> entiteiten. 	Uitgesloten kunnen worden: <ul style="list-style-type: none"> financiële ondernemingen; <i>grandfathering</i> voor leningen reeds gesloten voor 17 juni 2016; alle leningen inzake financiering van openbare infrastructuurprojecten en; <i>standalone</i> entiteiten. 	Uitgesloten zijn: <ul style="list-style-type: none"> een van de in artikel 198/1, §6 WIB opgesomde gevallen; <i>grandfathering</i> voor leningen reeds gesloten voor 17 juni 2016; leningen inzake financiering van openbare infrastructuurprojecten en; <i>standalone</i> entiteiten.
		4(3)(a) ATAD).	198/1, §3, a) WIB).
Fixed ratio	<i>Fixed ratio rule</i> van 10%-30% van het EBITDA.	Financieringskostensurplus kan ten belope van maximaal 30% van de EBITDA worden afgetrokken (artikel 4(1) ATAD).	Financieringskostensurplus aftrekbaar ten belope van 30% van het EBITDA (artikel 198/1, §3, b) WIB).
Group ratio	<i>Group ratio rule</i> . Mogelijkheid tot berekening op groepsniveau.	Twee alternatieve ratio's, nl. 1) het eigen vermogen t.o.v. het balanstotaal en 2) het financieringskostensurplus van het concern t.o.v. van de EBITDA van het concern.	Mogelijkheid tot <i>ad hoc</i> consolidatie (artikel 198/1, §3 <i>in fine</i> WIB).
Maatstaf	Gebruik van de EBITDA als referentiepunt i.p.v. economische activiteit.	Artikel 4 ATAD gebruikt eveneens de EBITDA als meetpunt.	Zo ook neemt artikel 198/1 WIB de EBITDA als maatstaf.
Overdraagbaarheid	OESO poneert drie opties: 1) voorwaartse overdraagbaarheid van verworpen interestafrekken, 2) voorwaartse overdraagbaarheid van verworpen interestafrekken en onbenutte interestafrekcapaciteit en 3) voor- en terugwaartse overdraagbaarheid van verworpen interestafrekken.	Artikel 4(6) ATAD biedt drie mogelijkheden: 1) voorwaartse overdraagbaarheid van de niet-aangewende aftrekcapaciteit, 2) voorwaartse overdraagbaarheid en achterwaartse verrekening voor een periode van maximum 3 jaar voor de niet-aangewende aftrekcapaciteit en 3) de voorwaartse overdraagbaarheid van de niet-gebruikte rentecapaciteit voor 5 jaar.	Artikel 194 <i>sexies</i> WIB laat toe om de niet benutte aftrekcapaciteit onbeperkt over te dragen naar een volgend belastbaar tijdperk.

2. VERHOUDING MET BELGISCHE REGELGEVING EN POTENTIËLE KNELPUNTEN

32. INLEIDING – In het eerste deel van dit werk werd reeds meer duiding gegeven over de problematiek die uiteindelijk heeft geleid tot de *base erosion*

en *profit shifting* (hierna: BEPS) actieplannen van de OESO.⁷⁵ Er werd dieper ingegaan op de inhoud van BEPS actieplan 4 en de concrete implementatie daarvan op Belgisch nationaal niveau (via de ATAD⁷⁶). In dit tweede deel zal worden nagegaan of de wetgeving in het algemeen noodzakelijk was gezien er reeds enkele interestaftrekbeperking bestonden op Belgisch niveau. Na de bestaande regelingen en hun toepassingsgebied te hebben besproken, zal dit bekeken worden in licht van het toepassingsgebied van de nieuwe regeling van artikel 198/1 WIB. Vervolgens zullen ook een aantal mogelijke knelpunten worden besproken. Op die manier zijn er voldoende elementen om een antwoord op de onderzoeksvraag te formuleren.

2.1. THIN CAP-REGELS IN BELGIË

33. HUIDIG WETGEVEND KADER – Sinds BEPS actieplan 4 en de ATAD bestaat in de Belgische rechtsorde o.a. een nieuw artikel 198/1 WIB die de aftrek van interesten enigszins zou moeten beperken. In België bestonden er reeds vijf regels die de onderkapitalisatie van vennootschappen trachten te voorkomen.⁷⁷ De ATAD heeft hier een zesde maatregel aan toegevoegd.⁷⁸ Heeft deze zesde regeling wel een toegevoegde waarde? Zijn de reeds bestaande regelingen vandaag overbodig geworden? Eerst zullen de bestaande regelingen kort worden aangehaald om ze vervolgens te kunnen bespreken in het licht van regime van het financieringskostensurplus.

2.1.1. Excessieve interesten

34. EXCESSIEVE INTERESTEN – Indien de interest bij een financiering boven de marktrente⁷⁹ ligt, dan is het bedrag van deze interest slechts aftrekbaar als beroepskost ten belope van het marktconform gedeelte (artikel 55 WIB).⁸⁰

⁷⁵ OECD (2017), *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*, Paris, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264268333-en>; OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Paris, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>; OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Paris, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.

⁷⁶ Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van de regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, *OJ L* 2016.

⁷⁷ L. DE BROE, *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 375-385, rns. 809-825; A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2020, 130-156, rns. 155-176; Y. VERDINGH, *Vennootschapsbelasting*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 170-174.

⁷⁸ D. DESCHRIJVER, “De evolutie van de Belgische vennootschapsbelasting in de periode 1990-2020. Enkele kanttekeningen” in S. VAN CROMBRUGGE, *Liber Amicorum Stefaan Van Crombrugge*, Schoten, Roularta Media Group, 2020, 293.

⁷⁹ De marktconformiteit van een interest wordt beoordeeld in het licht van de specifieke verrichtingen (bijvoorbeeld looptijd) en de risico’s die daarmee verbonden zijn. Ook de financiële toestand van de schuldenaar zal in aanmerking worden genomen.

⁸⁰ Rb. Hasselt 17 juni 2010, *Courr. fisc.* 2010, afl. 12, 565-567; R. GHYSELS, *Fiscalité et comptabilité comparées des comptes annuels*, Brussel, Larcier, 2020, 923; S. VLAMINCK, R. DELBROEK en T. FRANSEN, *Vennootschap in pocket*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, 227-

Artikel 56 WIB voorziet in een aantal uitzonderingsgevallen. Concreet gaat het om sommen betaald door kredietinstellingen, obligaties die openbaar zijn uitgegeven en andere soortgelijke effecten van leningen en sommen betaald aan kredietinstellingen, kapitalisatieondernemingen, etc.⁸¹

2.1.2. *Betalingen en besmette kredietverstrekkers*

35. ARTIKEL 54 WIB – O.a. interestbetalingen (on)rechtstreeks verricht aan belastingplichtigen opgenomen in artikel 227 of onderworpen aan een aanzienlijk gunstiger tarief zullen niet als beroepskosten worden aangemerkt.⁸² De aftrek zal niet worden geweigerd als wordt aangetoond dat het een werkelijke en oprechte verrichting is.⁸³ Een arrest van het Hof van Justitie zorgde ervoor dat dit artikel geen uitwerking meer heeft binnen de EER⁸⁴ wegens strijdigheid met het vrij dienstenverkeer.⁸⁵

2.1.3. *Herkwalificatie in dividenden*

36. HERKWALIFICATIE RENTEGEVENDE VOORSCHOTTEN – Artikel 18, lid 1, 4^o WIB laat toe om de interesten van rentegevende voorschotten⁸⁶ verleend door natuurlijke personen (eveneens aandeelhouder of bestuurder) aan een vennootschap onder bepaalde voorwaarden te herkwalficeren in een dividend.⁸⁷ Dit dividend is onderworpen aan de vennootschapsbelasting.⁸⁸

228; I. VAN DE WOESTEYNE, *Handboek vennootschapsbelasting 2021-2022*, Mortsel, Intersentia, 2021, 247; F. COLLON, *La fiscalité des PME et de leurs dirigeants*, Brussel, Larcier, 2016, 9-10; F. VANDENBERGHE, *Handboek Personenbelasting 2016*, Antwerpen, Maklu, 2016, 1245.

⁸¹ Antwerpen 4 september 2018, 2016/AR/2397, www.fisconetplus.be; Gent 8 mei 2012, 2011/AR/456, www.fisconetplus.be; A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2020, 131-132.

⁸² Artikel 54 WIB; A. DEVADDER, “Doorstroomconstructies vanuit een Belgisch perspectief”, *TFR* 2021, afl. 606, (721)732; A. WEYN, “Artikel 54 WIB 92: dromen van duidelijkere wetgeving”, *Fisc.Act.* 2012, afl. 30, (7)7-12.

⁸³ A. WEYN, “Artikel 54 WIB 92: dromen van duidelijkere wetgeving”, *Fisc.Act.* 2012, afl. 30, (7)7-12.

⁸⁴ Europese Economische Ruimte.

⁸⁵ HvJ 5 juli 2012, C-318/10, ECLI:EU:C:2012:415, *Société d’investissement pour l’agriculture tropicale SA t. Belgische Staat*; I. VAN DE WOESTEYNE, *Handboek vennootschapsbelasting 2021-2022*, Mortsel, Intersentia, 2021, 249.

⁸⁶ Onder rentegevend voorschot moet elke al dan niet door effecten vertegenwoordigde voorschotten worden verstaan. Hoewel vroeger effectief een afgifte van een som geld vereist was, moet deze term vandaag (opnieuw) economisch worden ingevuld. Schuldvernieuwing kan bijvoorbeeld vallen onder dergelijk concept van vordering. Ook de echtgeno(o)t(e) en de kinderen van voormeld persoon die een voorschot verschaffen kunnen onder dit artikel vallen.

⁸⁷ Cass. 15 oktober 2010, *Arr.Cass.* 2010, afl. 10, 2513, concl. D. THIJS; Cass. 20 mei 2010, *Arr.Cass.* 2010, afl. 5, 1495; Cass. 16 november 2006, *TFR* 2007, afl. 315, 105-107; Gent 4 september 2007, *EJF* 2008, afl. 4, 411; Gent 17 april 2007, *Fiscoloog* 2007, afl. 1078, 9; Rb. Gent 19 maart 2008, *EJF* 2009, afl. 3, 264; Rb. Luik 16 januari 2008, *EJF* 2008, afl. 8, 866; C. BUYASSE, “Vordering r/c: welke ‘bijkomende’ feiten kunnen op geldlening wijzen?”, *Fiscoloog* 2011, afl. 1257, 10.

⁸⁸ Artikel 185, §1 WIB; Cass. 4 september 2009, *EJF* 2010, afl. 16, 1; Cass. 16 november 2006, *TFR* 2007, afl. 315, 105; B. VAN VLIERDEN, C. VERVACK, C. SCHOONJANS, e.a., “Vennootschapsbelasting” in A. TIBBERGHIEN, *Handboek Voor Fiscaal Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 617-618; M. DE JONCKHEERE, *Basisbegrippen Vennootschapsbelastingen*, Brugge, Die Keure, 2017, 133; F. COLLON, *La fiscalité des PME et*

37. VOORWAARDEN – Enerzijds mag de grens van artikel 55 WIB niet overschreden zijn.⁸⁹ Anderzijds mag het bedrag van de rentegevende voorschotten de som van de belaste reserves in het begin van het belastbaar tijdperk en het gestorte kapitaal op het einde van dat belastbaar tijdperk niet overschrijden.⁹⁰ De herkwalficatie kan maar ten belope van dat gedeelte van de interest dat boven de marktrente ligt.⁹¹ Dat gedeelte zal als volwaardig dividend worden beschouwd en dus overeenkomstig belast worden.⁹² Dit artikel is geen aftrekbeperking *an sich*, maar zorgt louter voor een herkwalficatie.

2.1.4. Betalingen verricht aan belastingparadijzen

38. BETALINGEN AAN BELASTINGPARADIJZEN – Binnenlandse vennootschappen die voor een minimumbedrag van 100.000,00 EUR (on)rechtstreeks⁹³ betalingen verrichten aan natuurlijke personen of rechtspersonen die gevestigd zijn in een belastingparadijs⁹⁴, moeten dit jaarlijks aangeven.⁹⁵ Bij niet-aangifte zullen de betalingen niet aftrekbaar zijn.⁹⁶ Bij aangifte zal de aftrek maar genoten kunnen worden wanneer de belastingplichtige kan aantonen dat ze zijn verricht in het kader van een werkelijke en oprechte verrichting.⁹⁷

2.1.5. Thin cap-regeling

39. THIN CAP-REGELING VAN ARTIKEL 198, §1, 11° WIB – Deze *thin cap*-regel strekt ertoe de aftrekbaarheid van de gedragen interesten van binnenlandse vennootschappen te beperken wanneer de verkrijger een ‘besmette’ kredietverlener is én als de binnenlandse vennootschap een *debt-equity* ratio

de leurs dirigeants; Brussel, Larcier, 12-13; S. VANHAELST en N. LANNOY, *La fiscalité des PME*, Brussel, Larcier, 2016, 255-256.

⁸⁹ L. MAES en H. DE CNIJF (eds.), *Belastingrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 220.

⁹⁰ C. CHEVALIER, *Vademecum Vennootschapsbelasting 2021*, Morsel, Intersentia, 2021, 555-560.

⁹¹ M. DE JONCKHEERE, *Basisbegrippen Vennootschapsbelastingen*, Brugge, Die Keure, 2017, 133.

⁹² I. VAN DE WOESTEYNE, *Handboek vennootschapsrecht 2021-2022*, Morsel, Intersentia, 2021, 251-252.

⁹³ Wetsontwerp 25 november 2009 tot ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 2278/1, 71.

⁹⁴ Onder belastingparadijs moeten de landen worden begrepen die worden opgesomd in artikel 179 KB/WIB.

⁹⁵ Artikel 198, §1, 10° *juncto* 307, §1/2, lid 4 WIB; GwH 21 januari 2006, nr. 11/2016; A. DEVADDER, “Doorstroomconstructies vanuit een Belgisch perspectief”, *TFR* 2021, afl. 606, (721)732; P. SMET en H. LALOO, “Betalingen aan belastingparadijzen: zeer ruime invulling”, *Fiscoloog* 2010, afl. 1231, 1.

⁹⁶ P. SMET, “Betalingen aan belastingparadijzen: nog veel onduidelijkheden”, *Fiscoloog* 2009, afl. 1185, 1.

⁹⁷ A. DEVADDER, “Doorstroomconstructies vanuit een Belgisch perspectief”, *TFR* 2021, afl. 606, (721)732; M. DE JONCKHEERE, *Basisbegrippen Vennootschapsbelastingen*, Brugge, Die Keure, 2017, 135; K. JANSSENS, “Belastingparadijzen: gelijk welke betaling aangeven”, *Fisc.Act.* 2010, afl. 43, 3-4; P. SMET, “Betalingen aan belastingparadijzen: nog veel onduidelijkheden”, *Fiscoloog* 2009, afl. 1185, 1.

heeft van meer dan 5/1.⁹⁸ Bij deze regeling wordt de focus gelegd op drie elementen.⁹⁹ Vooreerst wordt de hoedanigheid van de kredietnemer in beschouwing genomen. De kredietnemer wordt enkel geïsoleerd wanneer het een Belgische vennootschap of een Belgische inrichting van een buitenlandse vennootschap is. Ten tweede wordt gekeken naar de hoedanigheid van de werkelijke verkrijger van de interesten.¹⁰⁰ Is de verkrijger niet onderworpen aan een inkomstenbelasting of een aanzienlijk gunstiger tarief, dan zal deze voorwaarde voldaan zijn.¹⁰¹ Finaal moet het totale bedrag van de leningen vijf keer hoger zijn dan de som van de belaste reserves aan het begin van het belastbaar tijdperk en het gestort kapitaal op het einde van het belastbaar tijdperk.¹⁰² Indien aan deze drie voorwaarden cumulatief is voldaan, kan de aftrek van de betaalde interesten volledig worden verworpen.¹⁰³

2.2. ACTIEPLAN 4 ALS VOLDOENDE EN NOODZAKELIJK?

40. HIËRARCHIE DER NORMEN? – Zowel uit de tekst van artikel 198, §1, 11° als artikel 198/1 WIB volgt dat zij van toepassing zijn onverminderd de artikelen 45 en 55 WIB.¹⁰⁴ De interest op leningen zal altijd marktconform moeten zijn.¹⁰⁵ Bovendien zullen de artikelen 49 en 344 WIB ook nog steeds van toepassing zijn.¹⁰⁶ De aftrek van interest blijft dus onderworpen aan de algemene voorwaarden inzake de aftrekbaarheid van beroepskosten en de algemene antimisbruikbepaling.

41. PARALLELE TOEPASSING – Daarnaast kunnen ook artikel 198, §1, 10° en 11° en artikel 198/1 WIB parallel worden toegepast.¹⁰⁷ Zij hebben echter wel een verschillend toepassingsgebied.¹⁰⁸ Artikel 198, §1, 10° WIB viseert voornamelijk interestbetalingen aan genieurs gevestigd in belastingparadijzen

⁹⁸ S. VLAMINCK, R. DELBROEK en T. FRANSEN, *Vennootschap in pocket*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, 230-231; A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2020, 138-141; M. DELANOTE en M. MAUS, *Basisbegrippen Fiscaal Recht*, Brugge, Die Keure, 2019, 143.

⁹⁹ C. CHEVALIER, *Vademecum Vennootschapsbelasting 2021*, Mortsel, Intersentia, 2021, 563.

¹⁰⁰ L. DEKLERCK, *Manuel pratique d'impôt des sociétés*, Brussel, Larcier, 2020, 220.

¹⁰¹ P.-F. COPPENS, *La fiscalité mobilière en questions*, Brussel, Larcier, 2010, 141-143.

¹⁰² I. VAN DE WOESTEYNE, *Handboek vennootschapsbelasting 2021-2022*, Mortsel, Intersentia, 2021, 257.

¹⁰³ A. PEETERS en K. WILLOQUE, “De nieuwe thin cap-regeling. Het bos door de bomen”, *AFT* 2013, afl. 6-7, 24-25.

¹⁰⁴ L. DEKLERCK, *Manuel pratique d'impôt des sociétés*, Brussel, Larcier, 2020, 225; M. DELANOTE en M. MAUS, *Basisbegrippen Fiscaal Recht*, Brugge, Die Keure, 2019, 143; P. VAN DEN BERGHE, P. WOUTERS, K. VERHOEVEN, “België implementeert ATAD: Nieuwe interestaftrekbeperking vervangt *thin cap*”, *AFT* 2019, afl. 2, 14; M. DE JONCKHEERE, *Basisbegrippen Vennootschapsbelastingen*, Brugge, Die Keure, 2017, 136.

¹⁰⁵ Artikelen 55 en 56 WIB.

¹⁰⁶ D. LEDURE, J.-C. PAQUOT en M. VAN DER VELDEN, “The Implementation of the 30% EBITDA Rule in Belgium: An Angle with a Twist”, *ITPJ* 2018, afl. 3, 11.

¹⁰⁷ Circ. 5 oktober 2021 over de interestaftrekbeperking, 2021/C/87; M. POSSOZ en B. BUYTAERT, “De nieuwe EBITDA-interestaftrekbeperking”, *TFR* 2019, afl. 560, (378)395; D. LEDURE, J.-C. PAQUOT en M. VAN DER VELDEN, “The Implementation of the 30% EBITDA Rule in Belgium: An Angle with a Twist”, *ITPJ* 2018, afl. 3, 11.

¹⁰⁸ Wetsvoorstel 20 december 2017 tot hervorming van de vennootschapsbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2864/1, 8-9.

wat dit de meest eenvoudig toe te passen regel maakt.¹⁰⁹ Bij deze regeling ligt de focus op de ontvanger van de interesten. Artikel 198, §1, 11° WIB vereist de vervulling van twee¹¹⁰ cumulatieve voorwaarden. Naast een genietter in een belastingparadijs, moet de ratio vreemd vermogen op eigen vermogen hoger zijn dan 5/1.¹¹¹ Artikel 198/1 WIB kijkt naast de uitgavenkant van de belastingplichtige ook naar de inkomstenkant wat betreft financieringskosten.¹¹² Bij deze regel wordt het al dan niet gevestigd zijn in een belastingparadijs niet in aanmerking genomen, er wordt louter gekeken naar de betrokken entiteit (en de groep¹¹³) zelf.¹¹⁴ Reeds verworpen interestkosten (bijvoorbeeld onder artikel 198, §1, 10° WIB) tellen niet meer mee bij de berekening van het financieringskostensurplus.¹¹⁵

Bovendien is artikel 198 WIB wel van toepassing op de leningen die reeds werden afgesloten voor 17 juni 2016^{116, 117}. Het mag evenwel niet vergeten worden dat artikel 198/1 WIB dan weer wel van toepassing is op interesten en alle betalingen die als economisch equivalent daarmee worden beschouwd, terwijl artikel 198 WIB slechts van toepassing is op interesten *sensu stricto*.

42. TUSSENCONCLUSIE - Aldus is van een hiërarchie geen sprake. Immers, alle artikelen kunnen op gelijke voet worden toegepast. Zo kan bijvoorbeeld de aftrek van niet-marktconforme interesten die weliswaar volledig aftrekbaar zouden zijn onder de regel van het financieringskostensurplus, kan nog steeds verworpen worden door de toepassing van artikel 55 WIB. In de andere richting zou een marktconforme interest bijvoorbeeld maar voor een deel fiscaal aftrekbaar zijn omdat de grens van de financieringskostensurplusregeling is overschreden.

Artikel 198, §1, 11° WIB zal het meest lijden door de invoering van artikel 198/1 WIB, maar die eerste zal wel van toepassing blijven of ‘besmette’

¹⁰⁹ P. SMET en H. LALOO, “Betalingen aan belastingparadijzen: zeer ruime invulling”, *Fiscoloog* 2010, afl. 1231, 1; C. BUYSSE en J. VAN DYCK, “Belastingparadijzen: ook voor betalingen aan natuurlijke personen?”, *Fiscoloog* 2010, afl. 1208, 1.

¹¹⁰ Evident is dat de hoedanigheid van de kredietnemer ook van belang is. Het moet namelijk een binnenlandse vennootschap of een Belgische inrichting van een buitenlandse vennootschap zijn.

¹¹¹ A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2020, 138; Y. VERDINGH, *Vennootschapsbelasting*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 171-173.

¹¹² Circ. 10 juli 2020 over de interestafrekbeppering 2020/C/97; P. J. WOUTERS, “ATAD-interestafrekbeppering op de valreep nog bijgestuurd”, *Fiscoloog* 2019, afl. 1636, 3.

¹¹³ Wat betreft de definitie van ‘groep’ kan verwezen worden naar artikel 2, §1, 5°/1 WIB dat op zijn beurt verwijst naar artikel 1:20 Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen (WVV).

¹¹⁴ W. WILLEMS, “De ‘overgedragen financieringskostensurplus’-vennootschap: de nieuwe verliesvennootschap?”, *TFR* 2021, afl. 605, (668)668; B. VAN VLIERDEN, C. VERVACK, C. SCHOONJANS, e.a., “Vennootschapsbelasting” in A. TIBERGHIE, *Handboek Voor Fiscaal Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 658.

¹¹⁵ I. VANDE VELDE en G. VAN NAMEN, “Fiscus geeft bijkomende verduidelijkingen bij ATAD-interestafrekbeppering”, *Fisc.Act.* 2021, afl. 35, (3)3-9.

¹¹⁶ Bovendien mogen er aan deze lening geen wezenlijke aanpassingen zijn gebeurd sindsdien.

¹¹⁷ Circ. 11 september 2019 over de grandfathering regeling van de interestafrekbeppering, 2019/C/89; P. J. WOUTERS en P. VAN DEN BERGHE, “EBITDA-interestafrekbeppering: nieuwe circulaire brengt verduidelijking”, *Fisc.Act.* 2020, afl. 28, (12)12-14; M. DELANOTE en M. MAUS, *Basisbegrippen Fiscaal Recht*, Brugge, Die Keure, 2019, 143; P. J. WOUTERS, P. VAN DEN BERGHE en K. VERHOEVEN, “EBITDA-interestafrekbeppering: circulaire verduidelijkt grandfathering”, *Fisc.Act.* 2019, afl. 34, (5)5-9.

kredietverstrekkers en leningen van voor 17 juni 2016.¹¹⁸ Het hoeft geen betoog om aan te tonen dat de relevantie ervan daarom mettertijd zal afnemen waardoor deze, mogelijks uiteindelijk afgeschaft zouden kunnen worden. De andere regelingen blijven hun nut behouden en meerwaarde bieden waardoor zij idealiter behouden blijven.¹¹⁹

2.3. KNELPUNTEN

2.3.1. *Te ruime definitie van financieringskosten?*

43. UITBREIDING VIA *RULINGS* – Reeds hierboven werd aangehaald dat het concept financieringskosten zeer ruim is. Dan nog kunnen ondernemingen een *ruling* aanvragen om een bepaalde kost als ‘financieringsopbrengst’¹²⁰ te laten aanmerken.¹²¹ Immers, de onderneming heeft hier belang bij omdat dit haar financieringskosten-surplus zal drukken.

44. VERREKENPRIJZEN – Concreet stelt zich een probleem wanneer twee Belgische ondernemingen handelen met elkaar waarbij de verkoper bijvoorbeeld impliciet een interest in haar verkoopprijs verreken, zonder dat de koper hiervan kennis heeft.¹²² Dit is een *cost plus* prijs, waarbij een gedeelte van de prijs bestaat uit bijvoorbeeld een interest omdat in de transactie een lange betalingstermijn toestaat. Als de verkoper middels een *ruling* een gedeelte van haar prijs als financieringsopbrengst laat aanmerken, zal de koper plots een extra onvoorziene financieringskost te verrekenen krijgen in haar boekhouding?¹²³ Immers, volgens de *ruling* moet de koper deze component als interestkost opnemen.¹²⁴ M.i. komt deze ontwikkeling het handelsverkeer niet ten goede, daar plotseling een deel van de betaling artificieel als interest wordt aanzien waardoor ondernemingen minder geneigd zullen zijn van dergelijke ondernemingen te kopen.

45. OP INTERNATIONAAL VLAK – In grensoverschrijdende transacties kan dergelijke *ruling* niet aangevraagd worden.¹²⁵ In dat geval moet men zich baseren op het territorialiteitsprincipe waardoor een verschillende classificatie bij

¹¹⁸ L. DEKLERCK, *Manuel pratique d'impôt des sociétés*, Brussel, Larcier, 2020, 223; N. VAN ROBBROECK, “Interestafrekbepanking: circulaire verduidelijkt pseudoconsolidatie”, *Fiscooloog* 2020, afl. 1668, 3.

¹¹⁹ D. LEDURE, J. -C. PAQUOT en M. VAN DER VELDEN, “The Implementation of the 30% EBITDA Rule in Belgium: An Angle with a Twist”, *ITPJ* 2018, afl. 3, 11.

¹²⁰ Hoewel ‘financieringskosten’ zowel de interestkosten als de interestopbrengsten omvat, geef ik hier de voorkeur aan de artificiële term ‘financieringsopbrengsten’ om interestopbrengsten aan te halen. Enerzijds omdat financieringskosten niet louter interesten omvatten, maar de term veel ruimer is. Anderzijds om toch het onderscheid te kunnen maken met de werkelijke interestkosten. 121 Ruling nr. 2021.0256, 4 mei 2021; Ruling nr. 2019.1142, 21 januari 2020; Ruling nr. 2010.190, 8 juni 2010; Verslag aan de Koning nr. C-2019/42928 bij het KB 20 december 2019 tot aanpassing van het KB/WIB 92 ingevolge de invoering van de aftrek van de groepsbijdrage en van de beperking op aftrek van interesten, *BS* 27 december 2019, 118384-118396.

¹²² C. CHEVALIER, *Vademecum Vennootschapsbelasting 2021*, Mortsel, Intersentia, 2021, 1248.

¹²³ Ruling nr. 2019.1142, 21 januari 2020; Ruling nr. 2010.190, 8 juni 2010.

¹²⁴ Ruling nr. 2019.1142, 21 januari 2020.

¹²⁵ Ruling nr. 2019.1142, 21 januari 2020.

verkrijger en ontvanger wel mogelijk is.¹²⁶ De Koning vond het evenwel niet in lijn “*met de geest van het BEPS actieplan*” om deze *mismatches* in zuiver Belgische context toe te laten.¹²⁷ Nochtans viseert BEPS actieplan 4 primair internationale *mismatches*.¹²⁸ Een ander punt van BEPS is om de nationale belastingadministraties niet onnodig te belasten.¹²⁹ Het zich louter beroepen op de geest van het vierde BEPS actieplan lijkt dan ook niet voldoende.

2.3.2. Een nieuwe belastinglatentie

46. BELASTINGLATENTIE – Als niet het volledige bedrag van het financieringskostensurplus van een betrokken vennootschap kan worden afgetrokken¹³⁰, ontstaat er een verworpen uitgave ten belope van het financieringskostensurplus dat niet kon worden aangewend.¹³¹ Het overschot is dan als belastinglatentie aanwezig in de boekhouding hetgeen twee onwenselijke gevolgen heeft.¹³²

A. Ontsnapping aan de fiscale korf

47. FISCALE KORF – De verliezen en DBI-overschotten van vorige belastbare tijdperken zijn opgenomen zijn in artikel 207 WIB. Ze maken m.a.w. deel uit van de fiscale korf. Hierdoor kunnen deze latenties slechts ten belope van het eerste miljoen EUR in een volgend belastbaar tijdperk integraal in aftrek worden genomen. Voor het overige kunnen zij maar ten belope van 70% in aanmerking worden genomen.

Krachtens artikel 194*sexies* WIB kan het onbenut financieringskostensurplus worden overgedragen naar een volgend belastbaar tijdperk.¹³³ Fiscaal technisch wordt dit verwerkt als een werkelijke vrijstelling¹³⁴

¹²⁶ Ruling nr. 2021.0256, 4 mei 2021.

¹²⁷ Verslag aan de Koning nr. C-2019/42928 bij het KB 20 december 2019 tot aanpassing van het KB/WIB 92 ingevolge de invoering van de aftrek van de groepsbijdrage en van de beperking op aftrek van interesten, *BS* 27 december 2019, 118384-118396.

¹²⁸ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Paris, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>, 15-16.

¹²⁹ OECD (2015), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Paris, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>, 35.

¹³⁰ Bijvoorbeeld omdat het surplus meer bedraagt dan het grensbedrag van 3 miljoen EUR en 30% van de EBITDA.

¹³¹ Wetsontwerp 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelasting, *Parl.St. Kamer* 2017-18, nr. 31147/1, 22; S. VLAMINCK, R. DELBROECK en T. FRANSEN, *Vennootschap in pocket*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, 231-232; L. DEKLERCK, *Manuel pratique d'impôt des sociétés*, Brussel, Larcier, 2020, 224-225; M. DELANOTE en M. MAUS, *Basisbegrippen Fiscaal Recht*, Brugge, Die Keure, 2019, 143.

¹³² Artikel 4(6) ATAD; Artikel 194*sexies* WIB; N. VAN ROBBROECK en M. WUYTS, “Vierde circulaire interestaftrekbeperking: porging tot synthese”, *Fiscalog* 2021, afl. 1719, (4)4-8; O. D’AOUT en C. SANCHEZ RUIZ, “Actualités 2020 en matière d’impôt des sociétés” in Y. BERNAERTS, J. BUY, E. CECI, A. CULOT, e.a., *Le droit fiscal en Belgique – Édition 2021*, Limal, Anthemis, 2021, 246; E. MASSET, “Surcoûts d’emprunts”, *SEMFISC* 2020, afl. 128, 8.

¹³³ N. VAN ROBBROECK, “Interestaftrekbeperking: circulaire verduidelijkt pseudoconsolidatie”, *Fiscalog* 2020, afl. 1668, 3.

¹³⁴ En dus niet door middel van een aftrek.

door een aanpassing in meer van de begintoestand van de reserves.¹³⁵ De vrijstelling is wel beperkt tot het verschil van het grensbedrag en het financieringskostensurplus van het betrokken jaar.¹³⁶ Omdat de regels van de fiscale korf niet van toepassing zijn, kan het overgedragen financieringskostensurplus, i.t.t. overgedragen verliezen en DBI-aftrekken, wel volledig in aanmerking worden genomen binnen de hierboven geschetste grenzen.¹³⁷

B. Gunstige behandeling in de context van een reorganisatie

48. OPNAME IN ARTIKEL 212 WIB - Daarnaast onderscheidt deze belastinglatentie zich nog op een andere wijze. Oorspronkelijk zou zij verloren gaan bij het ophouden van de vennootschap.¹³⁸ Echter omwille van de opname in artikel 212 WIB kan de belastinglatentie worden overgedragen alsof een reorganisatieverrichting niet had plaatsgevonden.¹³⁹ De reorganisatieverrichting moet evenwel voldoen aan de voorwaarden van de fiscale neutraliteit.¹⁴⁰

49. GEVOLGEN NA REORGANISATIE - WILLEMS maakt de gevolgen van het verschil in behandeling van belastinglatenties in de context van een reorganisatie duidelijk.¹⁴¹ Het opbouwen van latenties bestaande uit financieringskostensurplus bij een dochtervennootschap waarbij geen groepsbijdrage mogelijk is, is voordeliger bij een wijziging in controle op een later tijdstip dan het sluiten van een interestaftrekovereenkomst of de opbouw van verliezen of DBI-overschotten. Bij wijziging van controle, zal de opgebouwde fiscale latentie aan financieringskostensurplus integraal behouden blijven, terwijl overgedragen verliezen voor een groot deel verloren gaan.¹⁴² Zij gaan slechts over in verhouding met het evenredig aandeel dat de betrokken

¹³⁵ I. VAN DE WOESTEYNE, *Handboek vennootschapsbelasting 2021-2022*, Morsel, Intersentia, 2021, 267; W. WILLEMS, “De ‘overgedragen financieringskostensurplus’-vennootschap: de nieuwe verliesvennootschap?”, *TFR* 2021, afl. 605, (668)669-670; M. POSSOZ en B. BUYTAERT, “De nieuwe EBITDA-interestaftrekbeperking”, *TFR* 2019, afl. 560, (378)385; P. SMET en G. DELFOSSE, “Beperking interestaftrek (ATAD): technische wijzigingen”, *Fiscooloog* 2019, afl. 1617, (7)7.

¹³⁶ Wetsontwerp 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 31147/1, 22; I. VAN DE WOESTEYNE, *Handboek vennootschapsbelasting 2021-2022*, Morsel, Intersentia, 2021, 267; A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht*, Brugge, Die Keure, 2020, 151.

¹³⁷ P. VAN DEN BERGHE, P. WOUTERS, K. VERHOEVEN, “België implementeert ATAD: Nieuwe interestaftrekbeperking vervangt *thin cap*”, *AFT* 2019, afl. 2, 20.

¹³⁸ Cass. 8 juni 1936, *Pas.* 1936, I, 282.

¹³⁹ Wetsvoorstel 2 april 2019 houdende diverse fiscale bepalingen 2019-I, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 3699/3, 26; W. WILLEMS, “De ‘overgedragen financieringskostensurplus’-vennootschap: de nieuwe verliesvennootschap?”, *TFR* 2021, afl. 605, (668)670; M. POSSOZ en B. BUYTAERT, “De nieuwe EBITDA-interestaftrekbeperking”, *TFR* 2019, afl. 560, (378)385; P. VAN DEN BERGHE, P. WOUTERS, K. VERHOEVEN, “België implementeert ATAD: Nieuwe interestaftrekbeperking vervangt *thin cap*”, *AFT* 2019, afl. 2, 20.

¹⁴⁰ Artikel 211 WIB; Wetsvoorstel 2 april 2019 houdende diverse fiscale bepalingen 2019-I, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 3699/3, 26.

¹⁴¹ Circ. 5 oktober 2021 over de interestaftrekbeperking, 2021/C/87; W. WILLEMS, “De ‘overgedragen financieringskostensurplus’-vennootschap: de nieuwe verliesvennootschap?”, *TFR* 2021, afl. 605, (668)671-672.

¹⁴² Artikel 206, §2, lid 1 WIB.

vennootschap vertegenwoordigt in de totale fiscale nettowaarde na de verrichting.¹⁴³ Hetzelfde geldt voor DBI-afrekken.¹⁴⁴

C. Conclusie

50. HEROPLEVING VAN VERLIESVENNOOTSCHAPPEN? – Het voorgaande doet de vraag rijzen of deze unieke behandeling¹⁴⁵ van het financieringskostensurplus niet dezelfde negatieve gevolgen gaat hebben als de voormalige verliesvennootschappen.¹⁴⁶ De gunstige gevolgen bij de opbouw van een latentie in de vorm van een verworpen financieringskostensurplus kan de uitbouw van winstgevende activiteiten in deze vennootschappen met overschotten aan financieringskostensurplus stimuleren. De winstgevende activiteiten zullen leiden tot een positieve EBITDA waardoor de grens ten belope van dewelke het financieringskostensurplus aftrekbaar is, zal optrekken. Dit zal toelaten om toekomstige winsten te compenseren met de opgebouwde overgedragen financieringskostensurplus.

51. AANVALSRROUTE – De vraag rest of de keuze van de belastingplichtige voor het opbouwen van financieringskostensurpluslatenties gevolgd door een reorganisatie, door de Administratie van de hand kan worden gewezen.

De toepassing van artikel 344, §1 WIB is geen sinecure. De aanwending ervan vereist enerzijds de frustratie van de doelstelling van een wetsartikel en anderzijds het oogmerk een belastingvoordeel te verkrijgen.¹⁴⁷ Aangezien het een expliciete keuze is geweest van de wetgever om het overdraagbare financieringskostensurplus niet te incorporeren in artikel 207, lid 5 WIB, lijkt het gebruiken van artikel 194 *sexies* WIB niet als fiscaal misbruik te kunnen worden aangewend.¹⁴⁸

Daarnaast zal de toepassing van artikel 344, §1 WIB *juncto* artikel 207, lid 9 WIB in het kader van een reorganisatieverrichting evenmin evident zijn. De latentie van het financieringskostensurplus is niet opgenomen in artikel 207, lid 9 WIB. Het desalniettemin toepassen van deze bepaling zou immers neerkomen op een interpretatie *per analogiam*, hetgeen verboden is, en bovendien eveneens in strijd is met het legaliteitsbeginsel.¹⁴⁹ Wel kan worden

¹⁴³ A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht*, Brugge, Die Keure, 2020, 269.

¹⁴⁴ Artikel 206, §2, lid 1 WIB; I. VAN DE WOESTEYNE, *Handboek vennootschapsbelasting 2021-2022*, Mortsels, Intersentia, 2021, 390.

¹⁴⁵ De enige onbeperkt overdraagbare belastinglatentie die is opgenomen in artikel 212 WIB is het financieringskostensurplus. Vandaar dat sprake kan zijn van een “eigen soort” of *sui generis* behandeling.

¹⁴⁶ A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht*, Brugge, Die Keure, 2020, 259-260.

¹⁴⁷ L. DE BROE, *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 51-52.

¹⁴⁸ Gent 1 oktober 2019, nr. 2018/AR/925, www.monkey.be; Wetsontwerp 11 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake inkomstenbelasting, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 3147/1, 25-26; P. MALHERBE, “De l’abus fiscal et de l’abus en droit fiscal”, *JDF* 2019, nr. 7, (193)221-222.

¹⁴⁹ W. WILLEMS, “De ‘overgedragen financieringskostensurplus’-vennootschap: de nieuwe verliesvennootschap?”, *TFR* 2021, afl. 605, (668)676.

gewezen op de algemene voorwaarden om de fiscale neutraliteit te weigeren, nl. wanneer de reorganisatie belastingontwijking of -fraude als hoofddoel heeft.¹⁵⁰

Tot slot kan worden vermeld dat ten tijde van de verliesvennootschappen de administratie zich baseerde op de restrictieve interpretatie van het eenjarigheidsbeginsel^{151,152}, de economische realiteit¹⁵³ en de identiteit van de belastingplichtige^{154, 155}. Uiteindelijk bleek de juridische en operationele continuïteit doorslaggevend.¹⁵⁶ Aangezien de overdracht naar een volgend belastbaar tijdperk en inzake een reorganisatie uitdrukkelijk bij wet zijn geregeld, lijken deze argumenten geen stand meer te zullen houden.

3. BESLUIT

De in 2012 gemeenschappelijke besefwording van BEPS tijdens de G20 heeft ondertussen een lange weg afgelegd. Via de ATAD en nationale wetgeving zijn de aanbevelingen van de OESO inzake de beperking op interestaftrekbaarheid in een dwingend kader gegoten.

Het eerste deel focuste zich op weg die de nieuwe interestaftrekbeperking via actieplan 4 en de ATAD tot in de nationale rechtsorde.

In het tweede deel werd aandacht besteed aan de inhoud van de nieuwe financieringskostensurplus-regeling. Er werd gekeken naar het toepassingsgebied in verhouding met de reeds bestaande regelingen. De conclusie was dat het nieuwe regime van artikel 198/1 WIB noodzakelijk is. Naast de reeds bestaande interestaftrekbeperkingen heeft het een meerwaarde doordat nieuwe gevallen onder het toepassingsgebied vallen. Op het eerste gezicht lijkt de regeling dan ook haar doel te bereiken. Echter werd er ook vastgesteld dat de nieuwe regeling nog steeds vatbaar is voor misbruik. In een

¹⁵⁰ Artikel 211, §1, lid 4 WIB *juncto* artikle 183*bis* WIB; W. WILLEMS, “De ‘overgedragen financieringskostensurplus-vennootschap: de nieuwe verliesvennootschap?”, *TRF* 2021, afl. 605, (668)676.

¹⁵¹ Het fiscaal recht is van openbare orde. Ingevolge de artikelen 171 en 174 van de Grondwet gelden de regels slechts voor één jaar. Het feit dat verliezen van het ene belastbaar tijdperk naar het andere kunnen worden overgedragen vormt een afwijking op die éénjarigheidsprincipe.

¹⁵² Artikel 171 Gw; Artikel 174 Gw; E. -I. VAN DE VELDE, *‘Afspraken’ met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Intersentia, 2009, 230-233.

¹⁵³ Het argument van de economische realiteit komt er in essentie op neer dat de administratie de juridische structuur aan de kant kan schuiven en de structuur beschouwd zoals deze zich in het economische verkeer manifesteert.

¹⁵⁴ In dit argument stelde de administratie zich vooral op het feit dat ondanks de rechtspersoon dezelfde bleef, de inhoud volledig werd veranderd. Dit argument werd destijds van de hand gewezen doordat de rechtbank oordeelde dat de administratie het onderscheid tussen ‘bedrijf’ en ‘rechtspersoon’ verwaterde.

¹⁵⁵ Cass. 8 juni 1936, *Pas.* 1936, I, 282; Luik 6 februari 1991, *Fisc.Koer.* 1991, 226, noot L. VANHEESWIJCK; Gent 13 juni 1989, *TRV* 1989, 428, noot S. VAN CROMBRUGGE; L. ONGENAE, *De strijd tegen de handel in verliesvennootschappen*, onuitg. masterproef Rechten KU Leuven, 2010, www.libis.be, 8-12; E. VAN DER BRUGGEN, “Klampt de Administratie zich vast aan een omstreden arrest?”, *Fiscoloog* 1996, afl. 553, 6.

¹⁵⁶ Antwerpen 18 december 1995, *Fisc.Koer.* 1996, 188, noot L. VANHEESWIJCK; A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht*, Brugge, Die Keure, 2020, 259-260.

Belgische context kunnen verrekenprijzen aanleiding geven tot discrepanties waarbij de verkoper een financieringsopbrengst in aanmerking neemt, terwijl de koper plots met een financieringskost te kampen krijgt, zonder hier potentieel initieel wetenschap van te hebben. Ook werd de gunstigere behandeling van het overgedragen financieringskostensurplus in vergelijking met andere belastinglatenties vermeld. Deze kan een analoge problematiek aanwakkeren als diegene die we kenden ten tijde van de handel in verliesvenmoetschappen.