

# Sinterklaasbrief over mogelijke wijzigingen in de vennootschapsbelasting

*Mr. R.E. de Vries\**

## **Inleiding**

Op 5 december 2009 heeft de staatssecretaris van Financiën een brief aan de Tweede Kamer gestuurd waarin hij een beperking van renteaftrek voor overnamelichamen en een beperking van de verrekening van verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen heeft aangekondigd (de zogenoemde Sinterklaasbrief).<sup>1</sup> In de tweede helft van januari 2010 zal de Tweede Kamer de Sinterklaasbrief met de staatssecretaris bespreken. Het wetsontwerp wordt in het voorjaar van 2010 verwacht en de te verwachten ingangsdatum is 2011.

In het navolgende zal ik eerst ingaan op de consultatiefase die aan de Sinterklaasbrief voorafging. Vervolgens ga ik nader in op de inhoud van de Sinterklaasbrief en de mogelijke gevolgen ervan voor de huidige praktijk. Tot slot sluit ik af met een conclusie.

## **Het consultatiedocument**

### *Algemeen*

Het ministerie van Financiën heeft op 15 juni 2009 een consultatiedocument naar de Tweede Kamer gestuurd.<sup>2</sup> Hierin waren onder meer wijzigingen in de vennootschapsbelasting voorgesteld ten aanzien van de belastingheffing over groepsrente en ten aanzien van de beperking van renteaftrek. Ontvangen en betaalde groepsrente zou nog slechts voor 5% in de heffing worden betrokken (de zogenoemde groepsrentebox). Daarnaast werd voorgesteld hetzij een algemene renteaftrekbeperking tot 30% van de fiscale winst voor afschrijvingen en rente in te voeren, hetzij een specifieke aftrekbeperking voor deelnemingsrente in combinatie met een renteaftrekbeperking voor overnameholdings. Voor een goed begrip van de inhoud van de Sinterklaasbrief is het van belang de in het consultatiedocument voorgestelde wijzigingen nader toe te lichten.

### *Verplichte groepsrentebox*

Met de groepsrentebox beoogde de staatssecretaris groepsfinancieringsactiviteiten voor Nederland te behouden en het verschil

in de fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen te verkleinen. Hiermee zou arbitrage binnen concernverband tussen deze twee wijzen van financieren kunnen worden verminderd. Immers, waar rente-inkomsten en rentelasten in beginsel belast respectievelijk aftrekbaar zijn van de winst, kunnen dividenden onbelast worden genoten mits de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Aan de andere kant kan de betaler van de dividenden deze niet van de winst aftrekken.

Het moge duidelijk zijn dat de groepsrentebox met name voordelig zou zijn voor belastingplichtigen die vorderingen hebben op in het buitenland gevestigde groepsmaatschappijen. Immers, de renteontvangsten op dergelijke vorderingen zouden belast zijn in Nederland tegen het verlaagde tarief van 5%, terwijl de rentelasten aftrekbaar zouden zijn in het buitenland tegen het daar geldende tarief. In de meeste gevallen is dat tarief aanzienlijk hoger dan 5%. Uiteraard zou de voorgestelde groepsrentebox in de omgekeerde situatie nadelig kunnen uitpakken. Daarom was in 2007 een optionele groepsrentebox in de wet opgenomen op basis waarvan belastingplichtigen zelf konden kiezen of zij dit specifieke regime op hen van toepassing wilden laten zijn. Deze optionele groepsrentebox kon echter pas in werking treden na goedkeuring van de Europese Commissie. Uiteindelijk is deze wettelijke bepaling nooit in werking getreden. Mede vanwege Europeesrechtelijke bezwaren tegen een keuzeregime werd in het consultatiedocument het optionele karakter verlaten en een verplichte groepsrentebox voorgesteld. De Europese Commissie heeft inmiddels geoordeeld dat een verplichte groepsrentebox geen staatssteun vormt.<sup>3</sup>

### *Renteaftrekbeperkingen*

In het consultatiedocument presenteerde de staatssecretaris twee alternatieven voor inperking van de renteaftrek. De invoering van een tweetal specifieke renteaftrekbeperkingen en de invoering van een algemene renteaftrekbeperking. Deze beperkingen zouden pas in werking treden als in een jaar meer dan EUR 250.000 rente zou worden betaald. In beide alternatieven zouden de aftrekbeperkingen voor hybride leningen (art. 10 lid 1 onderdeel d Wet Vpb) en voor winstdrainagemeningen (art. 10a

\* Mr. R.E. de Vries is werkzaam bij Allen & Overy te Amsterdam.

1. Brief staatssecretaris van Financiën van 5 december 2009, nr. DB2009/674 M, V-N 2009/62.14.

2. Brief van 14 juni 2009 (Kamerstukken II 2008/09, 31 369, nr. 6), V-N 2009/30.2.

3. Persbericht Europese Commissie van 8 juli 2009, nr. IP/09/1100, V-N 2009/33.17 en brief staatssecretaris van 17 augustus 2009, nr. AFP/2009/444 U, V-N 2009/39.15.

Wet Vpb) blijven bestaan, al liet het consultatiedocument ruimte om laatstgenoemde aftrekbeperking te laten vervallen en in plaats daarvan onder omstandigheden renteaftrek tegen te gaan met het leerstuk *fraus legis*.

### *Alternatief 1: specifieke renteaftrekbeperkingen*

Het eerste alternatief combineerde een beperking van aftrek van financieringskosten voor deelnemingen en groepsvorderingen met een aftrekbeperking binnen de fiscale eenheid voor overnameholdings. In dit alternatief zou de zogenoemde *thincap*-regeling van artikel 10d Wet Vpb komen te vervallen. Deze regeling beperkt, kort gezegd, de aftrekbaarheid van aan verbonden lichamen betaalde rente als de verhouding tussen het eigen vermogen en vreemd vermogen de verhouding 1:3 overschrijdt.

Met de beperking van de aftrek van deelnemingsrente werd beoogd dat rente niet aftrekbaar zou zijn voor zover de geldleningen toerekenbaar zijn aan de verwerving van deelnemingen. Thans is het in beginsel mogelijk de rentelasten die verband houden met de verwerving van een deelneming, ten laste van de winst te brengen, terwijl de voordelen uit die verworven deelneming veelal zijn vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling. De voorgestelde beperking van deelnemingsrente moest aan deze bestaande mismatch in de vennootschapsbelasting een einde maken.

Daarnaast was tevens een beperking van renteaftrek voor overnameholdings voorgesteld. In met name private equity-structuren worden winsten van de overgenomen dochtermaatschappij binnen de fiscale eenheid veelal verrekend met de rentelasten van de overnemende moedermaatschappij. Omdat dit de staatssecretaris een doorn in het oog is, stelde hij in het consultatiedocument voor dat rente die overnameholdings betalen over de schuld waarmee een aankoop van een deelneming is gefinancierd, slechts in aftrek komt op de eigen winst van deze deelneming. Deze maatregel zou ook gelden ingeval de overnameholding deel uitmaakt van een fiscale eenheid met de overgenomen vennootschap of na een juridische fusie of splitsing.

Omdat uitholling van de Nederlandse grondslag niet alleen plaatsvindt met interne leningen, maar ook met bankleningen, was voorgesteld de maatregel op zowel groepsrente als derdenrente van toepassing te laten zijn. Bovendien was voorgesteld rente slechts van aftrek te beperken voor zover het gemiddelde saldo van de verschuldigde en uitstaande geldleningen meer bedroeg dan driemaal het gemiddelde fiscale eigen vermogen.

In dit verband moet worden opgemerkt dat het fiscale eigen vermogen sterk kan verminderen ingeval een fiscale eenheid wordt gevormd (het zogenoemde *goodwill* gat). Bij overnames wordt namelijk over het algemeen mede betaald voor de *goodwill* van de onderneming van de vennootschap die wordt overgenomen. Door consolidatie wordt de post deelneming op de balans van de overnameholding vervangen door de bezittingen en schulden van de overgenomen vennootschap. Omdat zelf gekweekte *goodwill* niet op de fiscale balans van de overgenomen

vennootschap mag worden opgenomen, kan het saldo van de bezittingen en schulden van de overgenomen vennootschap hierdoor aanzienlijk lager zijn dan de prijs waarvoor de aandelen zijn verkregen. Het verschil vermindert het fiscale eigen vermogen van de overnemende vennootschap. Het komt niet zelden voor dat het fiscale eigen vermogen na consolidatie zelfs negatief is. Omdat de staatssecretaris in het consultatiedocument voorstelde om de aftrekbeperking van toepassing te laten zijn als het gemiddelde saldo van de verschuldigde en uitstaande geldleningen meer bedraagt dan driemaal het gemiddelde fiscale eigen vermogen, zou in dergelijke gevallen alle rente van aftrek worden uitgesloten. Hier is in het consultatiedocument geen rekening mee gehouden.

### *Alternatief 2: algemene earningsstrippingmaatregel*

Als alternatief voor de voornoemde specifieke aftrekbeperkingen was een algemene renteaftrekbeperking voorgesteld die gebaseerd is op een reeds in Duitsland bestaande beperking (de zogenoemde *earningsstripping* maatregel). Deze *earningsstripping* maatregel zou in de plaats komen van de huidige ‘*thincap*-regeling’ van artikel 10d Wet Vpb. Op basis van dit voorstel zou rente niet aftrekbaar zijn voor zover het saldo van de in een jaar verschuldigde en ontvangen rente meer bedraagt dan 30% van de fiscale winst voor afschrijvingen en rente.

## De Sinterklaasbrief

### *Algemeen*

De staatssecretaris schrijft in zijn Sinterklaasbrief dat het consultatiedocument vele uiteenlopende reacties heeft opgeroepen. Belanghebbenden hebben hem onder meer gewezen op de negatieve invloed die de voorgestelde maatregelen op het Nederlandse vestigingsklimaat kunnen hebben, en de mogelijke strijd met het Europees recht dat deze maatregelen zouden kunnen opleveren.

### *Geen aftrekbeperking voor deelnemingsrente en geen algemene earningsstrippingmaatregel*

De staatssecretaris heeft alle kritiek niet naast zich neergelegd. Uit zijn brief wordt duidelijk dat zowel de voorgestelde specifieke beperking van renteaftrek van deelnemingsrente als de algemene *earningsstripping* maatregel niet zal worden ingevoerd, omdat het niet zeker is of deze voorgestelde maatregelen houdbaar zijn in het licht van het EG-recht. In binnenlandse situaties kan de beperking van renteaftrek namelijk worden voorkomen door het aangaan van een fiscale eenheid. In grensoverschrijdende situaties is daarentegen geen fiscale eenheid mogelijk.

Daarnaast zal de verplichte groepsrentebox voorlopig niet worden ingevoerd. Zoals gezegd, beoogde de staatssecretaris met de verplichte groepsrentebox naast het verminderen van het verschil in behandeling van vreemd en eigen vermogen tevens groepsfinancieringsactiviteiten voor Nederland te behouden. Met name dit laatste aspect is tijdens de consultatiefase sterk ter discussie gesteld. Zo zou huidige dan wel toekomstige wet- en

regelgeving van andere landen ervoor kunnen zorgen dat de positieve effecten van de verplichte groepsrentebox ongedaan worden gemaakt of zelfs resulteren in een nadeliger positie op groepsniveau. De voorkeur van de staatssecretaris gaat er thans naar uit om een verplichte groepsrentebox alleen in te voeren als het klimaat voor (buitenlandse) investeringen voldoende kan worden gespaard, hetgeen naar zijn mening op dit moment niet het geval is.

### *Aftrekbeperking voor overnameholdings*

De aftrekbeperking voor overnameholdings komt er wel. Hoewel er nog geen concreet wetsvoorstel ligt, geeft de staatssecretaris ten aanzien van de renteaftrekbeperking voor overnameholdings in ieder geval aan dat hij rekening gaat houden met het goodwillgat. Minder positief is dat op het eerste gezicht de renteaftrekbeperking lijkt te gaan gelden voor zowel groepsrente als derdenrente. Dit is geen wijziging ten opzichte van het voorstel uit het consultatiedocument, maar houdt wel een fundamentele wijziging in ten opzichte van de ons nu bekende regelgeving, waarin rente die verschuldigd is aan derden, ongemoeid wordt gelaten.

### *Beperking verliesverrekening vaste inrichtingen*

Naast de aftrekbeperking voor overnameholdings stelt de staatssecretaris voorts, geheel onverwacht, een beperking voor van de verrekening van buitenlandse verliezen die met vaste inrichtingen worden gerealiseerd. Een vaste inrichting is bijvoorbeeld een buitenlands filiaal van een in Nederland gevestigde vennootschap. Omdat buitenlandse vaste inrichtingen vanuit Nederlands perspectief geen zelfstandige entiteiten zijn, kunnen de verliezen ervan direct worden verrekend met de Nederlandse winsten van het Nederlandse bedrijf. Op grond van belastingverdragen kan Nederland echter geen belasting heffen over buitenlandse winsten van dergelijke vaste inrichtingen, omdat deze in beginsel worden toegerekend aan het land waar de betreffende vaste inrichting is gevestigd. Dit geldt echter niet voor zover er verliezen van de buitenlandse vaste inrichting ten laste van de Nederlandse winst zijn gebracht. Eerst moeten namelijk de in het verleden met de Nederlandse winst verrekende verliezen worden ingehaald (de zogenoemde inhaalregeling). Er is dus sprake van een timingvoordeel: de buitenlandse verliezen mogen direct met de Nederlandse winst worden verrekend en pas als er weer winst wordt behaald in het buitenland wordt die verliesverrekening feitelijk teruggenomen en moet in Nederland alsnog belasting worden betaald. De staatssecretaris wenst dit timingvoordeel ongedaan te maken. Bovendien is hij bang dat door het omzetten van een vaste inrichting in een deelneming belastingheffing voor onbepaalde tijd kan worden uitgesteld. Omdat de inhaalregeling ook voor deelnemingen geldt (de deelnemingsvrijstelling is niet van toepassing voor zover er buitenlandse vaste inrichtingverliezen te verrekenen zijn), deel ik deze vrees in het geheel niet. Mijns inziens zal slechts niet aan belastingheffing kunnen worden toegekomen indien de deelneming blijvend in een verliespositie zal verkeren.

De beperking van de aftrek van buitenlandse verliezen zal moeten worden gerealiseerd door een meer territoriale benadering van buitenlandse vaste inrichtingen, aldus de staatssecretaris. Hierdoor blijven niet alleen buitenlandse winsten, maar ook buitenlandse verliezen buiten de Nederlandse grondslag en wordt een meer gelijke behandeling van vaste inrichtingen en deelnemingen bereikt. Verliezen van buitenlandse deelnemingen zijn immers ook niet aftrekbaar in Nederland. De fiscale aantrekkelijkheid van structuren waarbij gebruik wordt gemaakt van vaste inrichtingen, wordt door de voorgestelde regelgeving beduidend minder. Indien het voorstel wet wordt, is het van groot belang dergelijke structuren te herzien en, waar nodig, vaste inrichtingen om te zetten in deelnemingen. Hierdoor zal de aansprakelijkheid onder omstandigheden kunnen worden beperkt. Uiteraard dienen de Nederlandse en buitenlandse fiscale gevolgen van dergelijke omzettingen goed te worden geanalyseerd.

### **Conclusie**

Het jaar 2009 heeft vooral in het teken gestaan van onduidelijkheid over of, en zo ja, in welke vorm de huidige renteaftrekbeperkingen zouden worden gewijzigd en op welke wijze de daartegenover staande belastingopbrengsten zouden worden teruggesluisd in de sfeer van de vennootschapsbelasting. Ondanks, of misschien wel dankzij, de consultatiefase is aan die onzekerheid tot nog toe geen einde gemaakt. Evenmin is duidelijk op welke wijze een terugsluis van de belastingopbrengsten voor het bedrijfsleven zal plaatsvinden.

Wel is inmiddels duidelijk dat zowel de in het consultatiedocument voorgestelde algemene earningsstrippingmaatregel als de specifieke aftrekbeperking voor deelnemingsrente niet zal worden ingevoerd en dat de verplichte groepsrentebox voorlopig is geparkeerd. Daarnaast is duidelijk dat de staatssecretaris voornemens is een renteaftrekbeperking voor overnameholdings in te voeren en een beperking van de verrekening van verliezen van buitenlandse vaste inrichtingen overweegt. In welke vorm laatstgenoemde maatregelen zullen worden voorgesteld, is echter nog niet duidelijk. Een concreet wetsvoorstel in dit verband wordt in het voorjaar van 2010 verwacht.

Indien de voorgestelde maatregelen in de wet zullen worden geïmplementeerd, zullen deze een aanmerkelijke invloed hebben op bestaande en toekomstige structuren. Het ligt bijvoorbeeld voor de hand dat de beperkte aftrekbaarheid van rente door overnameholdings invloed zal hebben op de prijs die vooral niet-strategische investeerders zullen willen betalen voor de targets. Daarnaast worden structuren waarbij gebruikgemaakt wordt van buitenlandse vaste inrichtingen, minder aantrekkelijk.