

De renteaftrekbeperingen in het consultatiedocument

actueel

1. Inleiding

Een belangrijk uitgangspunt van de vennootschapsbelasting is dat ontvangen rente belast dient te worden en betaalde rente aftrekbaar dient te zijn. Deze samenhangende fiscale behandeling van rente is van belang om de totale winst eenmaal te belasten en is neergelegd in het totaalwinstartikel.² Hoewel de fiscale behandeling van rente op het eerste gezicht eenvoudig lijkt, heeft zij de afgelopen decennia tot veel discussie, procedures (de winstdrainage-arresten) en wetwijzigingen (lees: nieuwe renteaftrekbeperingen) geleid. In het consultatiedocument verdeling VPB-druk en renteproblematiek (het 'consultatiedocument') stelt de staatssecretaris – wederom – een aantal nieuwe renteaftrekbeperingen voor in een poging om de fiscale behandeling van rente adequaat en duurzaam te regelen. Deze renteaftrekbeperingen staan centraal in dit artikel.

Oorzaak renteaftrekproblematiek

De renteaftrekproblematiek is met name gelegen in de mogelijkheden die de Wet VPB 1969 biedt om de samenhang tussen aftrek en belastbaarheid te verstoren in grensoverschrijdende situaties. De samenhang kan in grensoverschrijdende situaties worden verstoord door het aantrekken van groepsleningen door Nederlandse (winstgevende) concernonderdelen (bijvoorbeeld in het kader van een overname van Nederlandse onderneming) vanuit laagbelaste landen. De rentelast ter zake van de groepslening kan dan in aftrek worden gebracht op het niveau van het desbetreffende Nederlandse (winstgevende) concernonderdeel, terwijl de corresponderende rentebate op het niveau van de crediteur van de lening slechts laag of helemaal niet wordt belast.

Naast verschillen in belastingdruk op rente tussen belastingregimes is er een specifieke mismatch in ons belastingstelsel die tot uitholling van de Nederlandse grondslag leidt. Het betreft hier de – door de beslissing van het Hof van Justitie EG in het baanbrekende arrest Bosal mogelijk geworden – aftrek van rentelasten voor de financiering van (aankopen of kapitaalstortingen in) buitenlandse deelnemingen.³ Dergelijke 'Bosal-rentelasten' zijn aftrekbaar, terwijl de daarmee samenhangende voordelen van de buitenlandse deelnemingen vanwege de deelnemingsvrijstelling in Nederland niet kunnen worden belast. Na het arrest Bosal dacht de wetgever in 2004 met de invoering van de thincapregeling (het huidige art. 10d Wet VPB 1969) en de regeling voor houdsterverliezen (art. 20, lid 4, Wet VPB 1969) een adequate dam te hebben opgeworpen tegen dit 'Bosal-renteaftrekkle'. In 2007 werd deze dam nog verhoogd met de uitbreiding van de antiwinstdrainageregeling (art. 10a Wet VPB 1969) naar externe acquisities. De opgeworpen dam bleek echter nog steeds niet hoog genoeg om de – in de terminologie van de staatssecretaris – 'Bosal profiteurs'⁴ te stoppen.

Om uitholling van de Nederlandse grondslag tegen te gaan en het Bosal-lek te dichten, stelt de staatssecretaris in het consultatiedocument een aantal renteaftrekbeperingen voor.

Groepsrenteboxaftrekbeperving

Door het verplichte karakter van de groepsrentebox werkt deze regeling – die oorspronkelijk was bedoeld als stimulans voor het Nederlandse vestigingsklimaat – uit als de meest ingrijpende renteaftrekbeperving die in het consultatiedocument wordt voorgesteld.⁵ Rentelasten ter zake van leningen opgenomen van groepsmaatschappijen zijn vanwege de groepsrentebox nog slechts voor 20% aftrek-

1 Belastingadviseur bij Baker&McKenzie. De auteur wil hierbij tevens collega Henrik Stipdonk bedanken voor zijn hulp bij de totstandkoming van dit artikel.

2 De aftrekbaarheid van verschuldigde rente (en de belastbaarheid van ontvangen rente) is niet expliciet in de wet neergelegd; zij volgt uit het totaalwinstartikel (artikel 8 Wet VPB 1969 jo artikel 3.8 Wet IB 2001). Zie ook: O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek (Beoordeling van artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969)*,

Fiscale Monografieën 113, Kluwer, Deventer 2005, p. 5.

3 HvJ EG 18 september 2003, zaak C-168/01, NTFR 2003/1594, BNB 2003/344.

4 Zie het interview met staatssecretaris De Jager in het artikel van Laurens Berentsen en Taco Mulder in *Het Financieel Dagblad* van 15 juni 2009.

5 Op basis van de oorspronkelijke doelstelling van de rentebox, zou het voor de hand liggen om deze regeling slechts van toepassing te laten zijn voor zover het groeps-

rentesaldo positief is. De regeling zou dan niet meer uitwerken als een aftrekbeperving. Grondslaguitholling zou dan door de overige aftrekbeperingen kunnen worden tegengegaan. De reden dat de wetgever niet voor een dergelijke meer principiële benadering heeft gekozen, lijkt te zijn gelegen in de vrees dat de groepsrentebox dan de Europese staatssteuntest niet zou doorstaan.

baar. Ontvangen groepsrente valt ook in de groepsrentebox, zodat per saldo sprake is van een 'groepsrentesaldo' dat voor 20% in aanmerking wordt genomen tegen het nominale tarief van 25.5% (resultierend in een effectieve aftrek van een negatief groepsrentesaldo van 5%). Het belastingbesparende effect van de financiering van Nederlandse vennootschappen met groepsleningen vanuit laagbelaste landen heeft vanwege de groepsrentebox dus veel minder effect. Het gebruik van groepsleningen is fiscaal nog slechts aantrekkelijk indien de belastingdruk ter zake van de ontvangen groepsrente in het land van de crediteur lager is dan 5%. Elders in dit blad wordt de groepsrentebox reeds behandeld, zodat ik hier niet nader zal ingaan op deze regeling.

Twee voorgestelde aftrekbeperkingvarianten

Naast de aftrekbeperking van de groepsrentebox worden twee mogelijke varianten van renteaftrekbeperkingen voorgesteld waartussen nog een keuze dient te worden gemaakt. Het betreft een specifieke regeling (voor deelnemingsrente en overnameholdings) en een meer algemene regeling (earningsstrippingregeling).

Deze specifieke en meer algemene regeling zullen in dit artikel centraal staan en op hoofdlijnen worden besproken en tegen elkaar worden afgewogen hetgeen zal uitmonden in een voorkeur voor een van deze renteaftrekbeperkingen. Een zinvolle afweging kan uiteraard alleen plaatsvinden indien de regelingen worden getoetst aan de hand van een aantal beoordelingscriteria. Allereerst zal ik enkele beoordelingscriteria uiteenzetten die ik hierbij hanteer. Vervolgens worden beide regelingen op basis van deze criteria beoordeeld en tegen elkaar afgewogen. Het gaat dit artikel te buiten om hierbij alle details van beide renteaftrekbeperkingen te behandelen, zodat ik mij tot de meest wezenlijke aspecten beperk.

2. Beoordelingscriteria voor renteaftrekbeperkingen

Ik zal de voorgestelde renteaftrekbeperkingen met name toetsen op bepaalde eisen van behoorlijke regelgeving waaraan wettelijke bepalingen en dus ook de renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting idealiter zouden moeten voldoen. Deze eisen van behoorlijke regelgeving zijn uiteindelijk terug te voeren op de kernwaarden van rechtvaardigheid, namelijk de waarden van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid.⁶ Naast het toetsen van de rechtvaardigheid van de renteaftrekbeperkingen dient te worden beoordeeld of deze regels in overeenstemming zijn met het EG-recht. Nederland kan het zich immers niet veroorloven renteaftrekbeperkingen in te voeren die geen stand zullen houden bij een toetsing aan het EG-recht, dat heeft het befaamde arrest Bosal wel duidelijk gemaakt.

Rechtszekerheid

Rechtszekerheid vormt een belangrijk criterium voor goede regelgeving. Belastingplichtigen hebben belang bij rechtszekerheid. Belastingheffing vormt een kostenpost en beperkt daarmee de handelingsvrijheid (zoals mogelijkheden om investeringen te doen en transacties aan te gaan) van belastingplichtigen. Wetgeving die vage begrippen hanteert, maakt belastingplichtigen onzeker over hun rechten en verplichtingen en beperkt de mogelijkheden tot rationele planning. Rechtszekerheid vereist daarom *duidelijkheid* van de wetgeving.⁷ Duidelijkheid vereist ook dat regels consistent zijn uitgewerkt en niet al te complex zijn. Aan de andere kant kan in een beperkt aantal gevallen soms enige complexiteit nodig zijn, mits daarmee andere waarden of belangen gediend worden (zoals het tegengaan van belastingarbitragemogelijkheden of het bevorderen van doelstellingen van overheidsbeleid).⁸ Voorts dient wetgeving vanwege de rechtszekerheid *uitvoerbaar* te zijn voor belastingplichtigen. Indien de wetgeving verplichtingen met zich meebrengt die (administratief) onmogelijk na te komen zijn, dan maakt dit belastingplichtigen onzeker over hun verplichtingen (en eventuele sancties). Tenslotte vereist rechtszekerheid *bestendigheid* van de wetgeving. Onnodig snel veranderende wetgeving leidt ertoe dat belastingplichtigen hun gedrag niet goed op de fiscale wetten kunnen afstemmen. De fiscale behandeling van rente in de vennootschapsbelasting heeft de dubieuze eer om voortdurend in de aandacht van de wetgever te staan. Aan iedere nieuwe renteaftrekbeperking bleken achteraf toch weer bezwaren en onzekerheden te kleven, waardoor steeds weer nieuwe aanpassingen nodig waren, hetgeen de rechtszekerheid ernstig heeft aangetast. Een nieuw in te voeren renteaftrekbeperking dient daarom van goede kwaliteit te zijn, zodat zij lange tijd meegaat. Toch mag bestendigheid niet gereduceerd worden tot starheid. De wetgever moet immers kunnen reageren op veranderende maatschappelijke of economische situaties. Indien de wetgever de wetgeving wil wijzigen dan kan hij ernstige inbreuken op de rechtszekerheid voorkomen door hierbij overgangsrecht in te voeren waarmee bestaande situaties worden gerespecteerd. Op basis van de rechtszekerheid kunnen aldus de volgende beoordelingscriteria worden afgeleid: *duidelijkheid* (afwezigheid van vage begrippen, inzichtelijkheid van de regeling en indien mogelijk niet teveel complexiteit), *uitvoerbaarheid* en *bestendigheid*.

Rechtsgelijkheid

De rechtsgelijkheid vereist dat gelijke gevallen gelijk en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van hun ongelijkheid worden behandeld.⁹ De rechtsgelijkheid zegt op zichzelf echter nog niets over de vraag wie als gelijken en wie als ongelijken moeten worden beschouwd.¹⁰ Aan de hand van de doelstelling van een regel kan echter bepaald worden welke gevallen voor toepassing van de regel gelijk en

6 Ik maak hierbij gebruik van een studie van Hans Gribnau, waarin hij de abstracte begrippen rechtszekerheid en rechtsgelijkheid op een zeer toegankelijke manier heeft geoperationaliseerd in een aantal beginselen van behoorlijke wetgeving. Zie: Hans Gribnau 'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving, Rechtvaardigheid hanteerbaar gemaakt.' *Vijf jaar Wet IB 2001* (p. 27-66), Kluwer, Deventer, 2006.

7 Hans Gribnau 'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving, Rechtvaardigheid hanteerbaar gemaakt.' *Vijf jaar Wet IB 2001* (p. 8 e.v.), Kluwer, Deventer 2006.

8 Vgl. P. Essers, 'Interview', *WFR* 2004/6578, p. 813 sommige bepalingen hebben betrekking op slechts één of twee casus: alle mogelijke gaatjes zijn dichtgetimmerd.

9 Hans Gribnau 'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving, Rechtvaardigheid hanteerbaar gemaakt.' *Vijf jaar Wet IB 2001* (p. 3), Kluwer, Deventer 2006.

10 Hans Gribnau 'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving, Rechtvaardigheid hanteerbaar gemaakt.' *Vijf jaar Wet IB 2001* (p. 3), Kluwer, Deventer 2006.

welke gevallen ongelijk zijn. Bij de toetsing van regels aan het gelijkheidsbeginsel is de *geschiktheid* (of de mate van 'fit') van de regel van belang. De geschiktheid van een regel is de mate waarin de uitwerking van een regel correspondeert met haar achterliggende doelstelling. Wanneer een regel een te ruim bereik of een te beperkt bereik heeft dan slaagt zij er niet in om (vanuit de doelstelling van de regel bezien) een gelijke behandeling te bewerkstelligen. Uit het vereiste van de geschiktheid vloeit voort dat een regeling zoveel mogelijk op maat is toegesneden en niet verder gaat dan nodig is (*proportionaliteit*). De rechtsgelijkheid staat in dit opzicht dus op gespannen voet met de rechtszekerheid, aangezien een sterk doorgevoerd streven naar vereenvoudiging (goed voor de rechtszekerheid) niet goed samen gaat met het streven naar proportionele, op maat toegesneden, regelingen.

Voor de vennootschapsbelasting, die als algemene doelstelling heeft de winst te belasten, vereist het gelijkheidsbeginsel dat belastingplichtigen met een gelijk winstniveau gelijk en belastingplichtigen met een verschillend winstniveau verschillend worden belast. Vanuit de algemene doelstelling van een winstbelasting zijn belastingplichtigen met verschillende winstniveaus, namelijk ongelijke gevallen en dienen daarom verschillend te worden belast. Om een verschillende mate van belastingdruk naar rato van het winstniveau te realiseren dient niet alleen met de werkelijke opbrengsten, maar ook met de werkelijke kosten rekening te worden gehouden. Het vereiste dat tegenover de belastbaarheid van de opbrengsten ook de kosten kunnen worden afgetrokken, noem ik de *samenhanggedachte*.¹¹ Op het niveau van één belastingplichtige wordt deze samenhanggedachte ook wel aangeduid als het *nettobegin-sel*. Naast het bewaren van de samenhang tussen aftrek en belastbaarheid op het niveau van één belastingplichtige, is de samenhanggedachte tevens gericht op het bewaren van de aansluiting tussen aftrek en belastbaarheid op het niveau van twee partijen in een transactie. Het streven naar wetgeving die de samenhang bewaart, is van belang om situaties van belastingarbitrage tegen te gaan (belastingarbitrage kan worden geïnitieerd indien de wetgeving mogelijkheden bevat om rentebetalingen af te trekken terwijl de ontvanger van de rente niet of zeer laag wordt belast) en om situaties van dubbele heffing tegen te gaan (dubbele heffing doet zich voor wanneer de wetgeving tot situaties leidt dat rentebetalingen niet aftrekbaar zijn terwijl de ontvanger van de rente wel belast wordt). Wetgeving die leidt tot situaties van belastingarbitrage of tot situaties van dubbele heffing, wordt als onrechtvaardig beschouwd omdat belastingplichtigen niet in gelijke mate kunnen profiteren van de belastingarbitrage-mogelijkheden en evenmin in gelijke mate getroffen zullen worden door de dubbele heffing (een materieel ongelijke behandeling is het gevolg). Op basis van de rechtsgelijkheid kunnen aldus de volgende beoordelingscriteria worden afgeleid: de *geschiktheid* (en *proportionaliteit*), de *samenhanggedachte* op het niveau van één partij (bekend als het *nettobegin-sel*) en op het niveau van twee partijen (er dient bij rentebetalingen een aansluiting tussen aftrek en belastbaarheid te bestaan tussen de debiteur en de crediteur om heffingslekken en dubbele heffing tegen te gaan).

3. Toetsing van de specifieke renteaftrekbeperking

Met de specifieke renteaftrekbeperking wordt gerefereerd aan een aantal aftrekbeperkingen die zijn neergelegd in de voorgestelde artikelen 13l, 15ad, 14a lid 7 en 14b lid 6 Wet VPB 1969. Het voorgestelde artikel 13l Wet VPB 1969 is een complexe bepaling die specifiek is gericht op het uitsluiten van de aftrekbaarheid van deelnemingsrente (*Bosal-rente*). De voorgestelde artikelen 15ad Wet VPB 1969 en 14a, lid 7 en 14b, lid 6, Wet VPB 1969 zijn 'oude bekenden'. Deze bepalingen stonden vóór 2007 reeds in de Wet VPB 1969 en worden nu in aangescherpte vorm weer van stal gehaald. Art. 15ad Wet VPB 1969 is gericht tegen de aftrek van rente door zogenoemde overnameholdings. Dergelijke overnameholdings kunnen momenteel door het aangaan van een fiscale eenheid hun rentelasten ter zake van een overname aftrekken van de fiscale winst van de overgenomen onderneming. De toevoegingen aan art. 14a en 14b Wet VPB 1969 kunnen worden beschouwd als flankerende maatregelen die tegengaan dat art. 15ad Wet VPB 1969 kan worden omzeild door een juridische fusie respectievelijk een juridische splitsing.

Art. 13l Wet VPB 1969 heeft als doel de aftrekbaarheid van deelnemingsrente uit te sluiten. De kern van art. 13l Wet VPB 1969 is een formule die beoogt discussies over de allocatie van schulden aan deelnemingen te voorkomen via een mathematische toerekening. Op zichzelf lijkt een formule die allocatiediscussies voorkomt goed voor de rechtszekerheid (onduidelijkheden die bij een historische allocatie kunnen ontstaan, zoals de vraag of een lening is aangegaan voor een deelneming of voor overige activiteiten indien deze lening kort na de aanschaf van de deelneming is opgenomen, worden voorkomen). Aan de andere kant sluit een mathematische toerekening niet aan bij de wijze waarop de belastingplichtige zijn deelnemingen in de werkelijkheid heeft gefinancierd en zij is derhalve minder geschikt om de doelstelling (*Bosal-planning* tegengaan) op maat te realiseren waardoor een materieel ongelijke behandeling kan ontstaan.

De wijze waarop de formule is vormgegeven, maakt de regeling bovendien zeer complex, hetgeen de met de formule beoogde duidelijkheid en uitvoerbaarheid van de regel (en daarmee de rechtszekerheid) juist ondermijnt. De complexiteit van de formule is voornamelijk gelegen in de samenloop die zij beoogt te bewerkstelligen met de regeling van de groepsrentebox. Leningen voor de financiering van deelnemingen die zijn opgenomen van groepsmaatschappijen worden reeds voor 80% in aftrek beperkt door de groepsrentebox. De formule van art. 13l Wet VPB 1969 bewerkstelligt dat in het geval van financiering met groepsleningen de overige 20% van de groepsrente ook van aftrek wordt uitgesloten. Ter zake van externe leningen voor de aanschaf van deelnemingen bewerkstelligt de formule een renteaftrekbeperking van in beginsel 100%. De reden dat art. 13l Wet VPB 1969 externe rente harder treft dan groepsrente is derhalve gelegen in de samenloop met de groepsrentebox. Art. 13l Wet VPB 1969 bewerkstelligt hierdoor in samenhang met de groepsrentebox een gelijke behandeling van groepsrente en externe rente. Deze samenloop van 13l Wet VPB 1969 en de groepsrentebox

¹¹ Zie voor een bespreking van de samenhanggedachte en de jurisprudentie waaraan de samenhanggedachte ten grondslag

ligt: R.C.C. de Wit, *De samenhanggedachte in het belastingrecht*, Kluwer Deventer 2005, NOB/LOF scriptieprijs nr. 14.

lijkt zeer consequent te zijn vormgegeven. De consequente doorvoering ervan leidt echter tot een zo hoge mate aan complexiteit dat men zich (met Goethe) in gemoede kan afvragen of deze Konsequenz nicht zum Teufel führt. Zo zie ik bijvoorbeeld niet in hoe het middelste deel van de formule ($VA \cdot F/V$) bijdraagt aan de doelstelling van de regeling (het tegengaan van Bosal-planning).¹² Dit onderdeel zou dan ook uit de formule kunnen worden verwijderd om de complexiteit van de regeling te verminderen en haar inzichtelijkheid te vergroten.

In de formule wordt het eigen vermogen geacht volledig te zijn aangewend voor de financiering van deelnemingen zodat de aftrekbeperking van 131 Wet VPB 1969 niet zo sterk drukt indien er veel eigen vermogen is. Dit lijkt een tegemoetkoming te zijn om de 'scherpe kantjes' van het gebruik van een mathematische methode weg te nemen. Dit is positief aangezien hierdoor overkill wordt voorkomen. Dat de regeling hierdoor wel een zekere mate van underkill bevat, is onvermijdelijk. Hoe meer eigen vermogen een belastingplichtige heeft, des te groter is het bedrag van de schuld – aangetrokken voor de financiering van deelnemingen – dat buiten de renteaftrekbeperking van 131 Wet VPB 1969 valt. Deze bewust geaccepteerde underkill lijkt echter verder te gaan dan beoogd. Dit komt door de wijze waarop groepsschulden in art. 131 Wet VPB 1969 in aanmerking worden genomen. Groepsschulden worden voor 80% opgeteld bij het eigen vermogen zodat zij voor 80% buiten de werking van art. 131 Wet VPB 1969 vallen. De reden hiervoor is gelegen in de samenloop met de groepsrentebox. De groepsrentebox bewerkstelligt immers reeds een aftrekbeperking van 80% van de groepsschulden. Aangezien de groepsrentebox reeds 80% van de renteaftrek uitsluit ter zake van groepsschulden hoeft art. 131 Wet VPB 1969 alleen nog de resterende 20% van de renteaftrek uit te sluiten. Dit wordt in de formule van art. 131 Wet VPB 1969 bewerkstelligd door groepsschulden voor 80% op te tellen bij het eigen vermogen. Merkwaardig is echter dat 80% van *alle* groepsschulden worden opgeteld bij het eigen vermogen terwijl – om een goede samenloop met de groepsrentebox te bewerkstelligen – alleen dat deel van de groepsschulden zou moeten worden opgeteld bij het eigen vermogen dat kan worden toegerekend aan de deelneming.¹³ Doordat in de huidige formule alle groepsschulden voor 80% worden opgeteld bij het eigen vermogen kan onder bepaalde situaties voor 20% van de deelnemingsrente nog aan Bosal-planning worden gedaan. De regeling lijkt vanwege deze (beperkte) underkill niet volledig geschikt te zijn waardoor de rechtsgelijkheid wordt verstoord (belastingplichtigen zullen immers niet in gelijke mate profiteren van deze underkill).

Een eenvoudig voorbeeld kan het bovenstaande toelichten.¹⁴ Stel dat een winstgevend vennootschap 200 eigen vermogen heeft waarmee zij haar onderneming heeft gefinancierd. Vervolgens koopt deze vennootschap een deelneming voor 400 met een groepsschuld van 400 (stel dat de rentevergoeding 10% bedraagt, 40 per jaar derhalve). Art. 131 Wet VPB 1969 bewerkstelligt in dit voorbeeld geen aftrekbeperking¹⁵, zodat de rente op de groepsschuld alleen door de groepsrentebox in aftrek wordt beperkt (de rentevergoeding van 40 wordt voor 32 (= 80% van 40) door de groepsrentebox beperkt). Naar de ratio van artikel 131 Wet VPB 1969 had eigenlijk de rentelast ter zake van de helft (200) van de totale groepsschuld van aftrek uitgesloten moeten worden (de overige 200 die benodigd is voor de financiering van de deelneming wordt geacht te zijn gefinancierd met eigen vermogen volgens 131 Wet VPB 1969). We zien in dit voorbeeld derhalve dat Bosal-planning voor het deel van de groepsschuld dat met de deelneming samenhangt nog steeds mogelijk is (zij het vanwege de groepsrentebox in beperkte mate).

Dat men de scherpe kantjes af wilde halen van de consequenties waartoe de formule leidt, blijkt voorts uit het voorgestelde art. 131, lid 3, Wet VPB 1969. Deze bepaling laat toe bij het bepalen van het eigen vermogen, dit vermogen te verhogen met de verrekenbare verliezen. Vanuit het perspectief van de rechtszekerheid valt deze tegemoetkoming toe te juichen. De daling van het eigen vermogen bij de belastingplichtige door geleden verliezen leidt hierdoor niet tot een extra renteaftrekbeperking waardoor de zekerheid bij belastingplichtigen omtrent hun toekomstige aftrekmogelijkheden wordt vergroot. Ik ben echter minder gelukkig met de uitsluiting van liquidatieverliezen in deze regeling. Hoewel deze uitsluiting van liquidatieverliezen theoretisch in het systeem past (een bij een liquidatie van een deelneming geleden liquidatieverlies zorgt immers niet voor een extra renteaftrekbeperking) zal zij lastig uitvoerbaar zijn. Het zal immers administratief niet eenvoudig zijn om liquidatieverliezen van 'gewone' verliezen te onderscheiden, zeker niet wanneer het zeer oude liquidatieverliezen betreft. Indien er toch voor zou worden gekozen om liquidatieverliezen niet op te tellen bij het eigen vermogen, dan zou ik er (vanwege redenen van uitvoerbaarheid) voor willen pleiten dat op basis van overgangsrecht het eigen vermogen wordt verhoogd met alle verliezen geleden voor 2003. Liquidatieverliezen geleden na 2003

12 Dit deel van de formule beperkt de rentelasten die samenhangen met materiële vaste activa die in financial lease aan groepsmaatschappijen ter beschikking zijn gesteld. De financieleaseopbrengsten van dergelijke materiële vaste activa zijn voor 80% vrijgesteld bij de belastingplichtige vanwege de groepsrentebox en worden dus nog voor 20% belast. De financieringskosten ter zake van dergelijke activa zijn in de groepsrentebox echter slechts voor 20% aftrekbaar en voor de overige 80% van aftrek uitgesloten zodat zich geen mismatch kan voordoen.

13 De gedachte die hieraan ten grondslag lijkt te liggen, is dat alle groepsschulden voor 80% als een soort van eigen vermogen worden beschouwd. Deze gedachte is echter een geconstrueerde, fiscaaltheoretische, rechtvaardiging voor de 80% defiscalisering van groepsschulden die de groepsrentebox bewerkstelligt. Er is geen enkele reden om deze gedachte door te trekken naar art. 131 Wet VPB 1969, aangezien hierdoor doel en strekking van art. 131 Wet VPB 1969 (het tegengaan van Bosal-planning) niet wordt gediend.

14 Ik abstraheer in dit voorbeeld van de franchise van € 250.000.

15 In de formule van art. 131 is de post deelneming (D) is namelijk 400 terwijl de posten EV+SG 520 bedragen.

kunnen immers eenvoudig worden opgespoord in de administratie van de belastingplichtige.¹⁶ Ik realiseer me dat hierdoor de rechtsgelijkheid wel enigszins wordt aangetast aangezien een liquidatieverlies van vóór 2003 wel extra renteaftreknogelijkheden bewerkstelligt vanwege het door mij voorgestelde overgangsrecht terwijl een liquidatieverlies dat na 2003 is geleden geen extra renteaftreknogelijkheden bewerkstelligt. Deze inbreuk op de rechtsgelijkheid lijkt mij echter minder ernstig dan de inbreuk op de rechtszekerheid die ontstaat door het volledig uitsluiten van liquidatieverliezen.

Hoewel de formule tal van sympathieke tegemoetkomingen voor de belastingplichtige bevat, zou ik ervoor willen pleiten om haar te laten vallen vanwege de grote complexiteit (rechtsonzekerheid) en de onbedoelde rechtsongelijkheid die zij bewerkstelligt. In plaats daarvan zou ik willen voorstellen om toch te kiezen voor een historische allocatie van schulden aan deelnemingen (zoals onder het oude art. 13, lid 1, Wet VPB 1969). Een samenloopregeling in art. 12c Wet VPB 1969 (de groepsrentebox) kan worden ingevoerd die bepaalt dat groeps schulden uitgesloten zijn van de groepsrentebox indien en voorzover zij onder art. 13l Wet VPB 1969 vallen. De toerekeningsproblematiek die zich bij een klein aantal belastingplichtigen voordoet, met name banken en andere organisaties met veel verschillende schulden en deelnemingen, kan dan worden opgelost door enkel voor deze kleine groep van belastingplichtigen een mathematische allocatie toe te passen (zoals dat ten tijde van het oude art. 13, lid 1, Wet VPB 1969 ook was geregeld in de uitvoeringsfeer met de zogenoemde 'ruimteregeling'). Om manipulatie in de allocatie van schulden aan deelnemingen tegen te gaan, zou de belastinginspector naast een historische allocatie ook de mogelijkheid moeten hebben om aannemelijk te maken dat een andere, functioneel economische allocatie, meer recht doet aan de werkelijkheid. Een grote hoeveelheid rechtsonzekerheid (vanwege complexiteit en uitvoeringsproblematiek) die de formule met zich meebrengt, wordt dan vervangen door een kleine mate van rechtsonzekerheid omtrent de allocatie.

Wat betreft de fiscale behandeling van verliezen dient voorts nog te worden opgemerkt dat de invoering van art. 13l Wet VPB 1969 als voordeel heeft, dat de huidige complexe bepaling omtrent houdsterverliezen (art. 20, lid 4, Wet VPB 1969) kan vervallen. Het tegengaan van de verrekening van (houdster) Bosal-verliezen door art. 20, lid 4, Wet VPB 1969 wordt immers onnodig nu het voorgestelde art. 13l Wet VPB 1969 de aftrek van Bosal-rentelasten uitsluit. Door het vervallen van art. 20, lid 4, Wet VPB 1969 zou de begrijpelijkheid van de Wet VPB 1969 als geheel verbeteren hetgeen de rechtszekerheid ten goede komt.

De toepassing van de specifieke renteaftrekbepanking bij de betaler van de rente leidt in haar huidige opzet tot dubbele heffing in gevallen waarin de corresponderende rentebate wordt belast bij de crediteur. Deze inbreuk op de samenhanggedachte zal als onrechtvaardig worden ervaren door belastingplichtigen die hiermee worden geconfronteerd. Om dubbele heffing te voorkomen, stel ik daarom voor om een compenserende heffingstoets in te voeren. Een dergelijke compenserende heffingstoets zou – analoog aan het huidige art. 10a, lid 3b, Wet VPB 1969 – kunnen bepalen dat de door de aftrekbepanking getroffen rentelast alsnog aftrekbaar is in het geval de corresponderende rentebate bij de crediteur wordt belast tegen een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. Om strijdigheid met het EG-recht te voorkomen die door de invoering van een compenserende heffingstoets kan ontstaan, zouden belastingdrukverschillen niet tot een aftrekbepanking mogen leiden in gevallen waarin de crediteur in een andere EU-lidstaat is gevestigd.¹⁷ Deze beperking die het EG-recht oplegt aan compenserende heffingstoetsen hoeft niet tot grote lekken (lees: belastingarbitrage) te leiden. Het EG-recht laat het namelijk toe om de aftrek van rente te beperken wanneer belastingplichtigen – om te profiteren van de tariefsverschillen – geldstromen via volstrekt kunstmatige leenconstructies verleggen naar EU-landen met een lage belastingdruk (bijvoorbeeld Cyprus of Ierland).¹⁸ Bepaald zou daarom kunnen worden dat in EU-situaties aan de compenserende heffing wordt geacht te zijn voldaan, tenzij sprake is van een volstrekt kunstmatige leenconstructie (wanneer de crediteur bijvoorbeeld geen of nauwelijks substance heeft).

Art. 15ad Wet VPB 1969 tracht te voorkomen dat rentelasten op een schuld voor de overname van een deelneming worden verplaatst naar de overgenomen deelneming en aldaar de belastbare grondslag uithollen. Een dergelijke verplaatsing van de rentelasten naar de overgenomen deelneming zou zonder deze bepaling kunnen plaatsvinden door het aangaan van een fiscale eenheid tussen de moedervennootschap en deelneming. Art. 13l Wet VPB 1969 bewerkstelligt in een dergelijke situatie geen beperking van de renteaftrek omdat – door de vorming van een fiscale eenheid – de deelneming is verdwenen (art. 13l Wet VPB 1969 is slechts van toepassing wanneer een schuld is aangehouden voor de financiering van een deelneming). Art. 15ad Wet VPB 1969 werpt een dam op tegen een dergelijke verplaatsing van de rentelasten. De bepaling bewerkstelligt dat de rentelasten bij de moedermaatschappij van de fiscale eenheid niet mogen worden afgezet tegen de fiscale winst van de overgenomen vennootschap, maar slechts tegen de eigen winst van de moedermaatschappij.¹⁹ De bepaling geldt niet wanneer de moedermaatschappij met

16 Belastingplichtigen hebben een wettelijke verplichting hun administratie gedurende ten minste zeven jaar te bewaren (art. 52, lid 4, AWR). Als de renteaftrekbepanking van art. 13l Wet VPB 1969 per 1 januari 2010 in werking treedt, is 2003 het oudste jaar waarvoor de administratieplicht nog geldt. Indien belastingplichtigen hun administratie 'opschonen' voor zover deze meer dan zeven jaar oud is, zouden zonder de door mij voorgestelde overgangsmaatregel uitvoeringsproblemen kunnen ontstaan. Zo zal het vaak lastig zijn om ten aanzien van verliezen te bepalen of en in hoeverre het gewone verliezen dan wel

liquidatieverliezen betreft, indien deze verliezen zijn geleden in jaren waarvan de administratie niet meer bestaat. Door alle liquidatieverliezen vóór het jaar 2003 als ijkpunt te nemen, wordt voorts aangesloten bij de verliesverrekeningsmogelijkheden van belastingplichtigen. Vóór 2007 waren alle verliezen (liquidatieverliezen en overige verliezen) onbeperkt voorwaarts verrekenbaar. Vanaf 2007 zijn verliezen slechts negen jaar voorwaarts verrekenbaar. Op basis van het per 2007 ingevoerde overgangsrecht zijn onverrekenende verliezen die vóór 2003 zijn geleden (zelfs als zij tientallen jaren oud zijn), nog

steeds voorwaarts verrekenbaar tot 2011. Het kan hier dus zeer oude verliezen betreffen waarvan het lastig is te bepalen of en in hoeverre het hier liquidatieverliezen of overige verliezen betreft.

17 HvJ EG 26 oktober 1999, zaak C-294/97 (Eurowings).

18 HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), NTFR 2006/1406.

19 Het voorgestelde art. 15ad Wet VPB 1969 gaat hierdoor verder dan de oude – tot 2007 geldende – art. 15ad Wet VPB 1969 dat de renteaftrek slechts 'temporiseerde'.

een schuld alleen de activa en passiva (lees: de onderneming) van de vennootschap overneemt (een zogenaemde 'activa/passiva transactie') en niet de aandelen. Bij een activa/passiva transactie die gefinancierd wordt met een schuld, wordt de renteaftrek ter zake van die schuld niet beperkt door de voorgestelde art. 131 of 15ad Wet VPB 1969. Hoewel grondslaguitholling door middel van activa/passiva transacties dus nog steeds mogelijk is, lijkt dit weinig bezwaarlijk, omdat bij een activa/passiva transactie door de overdragende vennootschap volledig dient te worden afgetrokken over haar goodwill en stille reserves. Indien de overname echter plaatsvindt door de aankoop van de aandelen in de vennootschap gevolgd door het aangaan van een fiscale eenheid, dan hoeft niet te worden afgetrokken over de goodwill en stille reserves van de overgenomen vennootschap terwijl effectief hetzelfde resultaat wordt bereikt als bij een activa/passiva transactie. Een overname van de aandelen gevolgd door het aangaan van een fiscale eenheid zou zonder art. 15ad Wet VPB 1969 dus aantrekkelijker zijn dan een activa/passiva transactie (vanwege het ontbreken van een afrekening over goodwill en stille reserves). Het zou daarom consistent zijn indien art. 15ad Wet VPB 1969 niet van toepassing is, indien wordt afgetrokken over de goodwill en stille reserves van de te voegen deelneming. De staatssecretaris heeft echter niet voor deze zuivere benadering gekozen bij de vormgeving van art. 15ad Wet VPB 1969. De staatssecretaris heeft ervoor gekozen om art. 15ad Wet VPB 1969 niet van toepassing te laten zijn indien de schulden van de moedermaatschappij niet meer bedragen dan driemaal haar fiscale eigen vermogen. In plaats van een systematische en meer doelgerichte verzachting van art. 15ad Wet VPB 1969 (rente is aftrekbaar mits is afgetrokken over goodwill plus stille reserves) is dus gekozen voor een verzachting op basis van een 'thincap-achtige' benadering. Zolang de financiering binnen de 3.1 -ratio blijft, wordt geacht geen sprake te zijn van excessieve schuldfinanciering ondanks dat sprake is van een verplaatsing van de rentelasten naar de overgenomen deelneming. Ik beschouw dit als een tegemoetkoming van de staatssecretaris om binnenlandse overnames fiscaal te faciliteren. Deze vermogenstoets lijkt in strijd te zijn met het EG-recht. Een in het buitenland gevestigde overgenomen dochtermaatschappij kan namelijk nooit een fiscale eenheid aangaan met haar Nederlandse moedermaatschappij. Het voordeel van deze vermogenstoets kan daarom slechts van toepassing zijn op binnenlandse situaties. Deze inbreuk op het EG recht kan worden weggenomen door de vermogenstoets ofwel te schrappen, ofwel een dergelijke vermogenstoets tevens op te nemen in artikel 131 Wet VPB 1969 (Bosalplanning wordt hierdoor echter wel weer deels mogelijk). Indien ervoor wordt gekozen om de vermogenstoets te handhaven, dan dient zij, om haar doel (het fiscaal faciliteren van overnames) te kunnen bereiken, echter wel enigszins te worden aangepast. Onder de huidige regeling zou het eigen vermogen van de moedermaatschappij bij het

aangaan van een fiscale eenheid met haar deelnemingen kunnen dalen met het bedrag van de goodwill en stille reserves dat onderdeel vormde van de kostprijs van de te voegen deelneming (het zogenaamde 'goodwillgat'). Dit goodwillgat leidt ertoe dat de vermogenstoets in veel gevallen geen soelaas biedt (waardoor veel meer gevallen door art. 15ad Wet VPB 1969 getroffen zullen worden dan beoogd). Hoewel mijns inziens met een beroep op doel en strekking van de vermogenstoets uitgegaan zou mogen worden van een hoger eigen vermogen (het goodwillgat zou buiten aanmerking gelaten mogen worden), leidt de huidige situatie mijns inziens zij tot veel onzekerheid bij belastingplichtigen.²⁰ Ik zou daarom willen voorstellen om hiertegen maatregelen te treffen om onzekerheid omtrent het bestaan van een goodwillgat weg te nemen.²¹

4. Toetsing van de algemene renteaftrekbeperking

De algemene renteaftrekbeperking is neergelegd in het voorgestelde art. 10d Wet VPB 1969 en vormt in wezen een aangescherpte variant van de thincapregel in het huidige art. 10d Wet VPB 1969. Het betreft – ten opzichte van de specifieke renteaftrekbeperking – een eenvoudiger regeling, die de renteaftrek beperkt zover het saldo van verschuldigde en ontvangen rente meer bedraagt dan 30% van de EBITDA (winst voor rente, belastingen en afschrijvingen) en tevens meer is dan € 250.000.

Toetsing aan de beoordelingscriteria

De algemene renteaftrekbeperking lijkt, ten opzichte van de huidige vormgeving van specifieke renteaftrekbeperking met de complexe formule, eenvoudiger in de uitvoering. Ik maak me echter wat betreft de eenvoud geen illusies aangezien zich bij het terugrekenen van de fiscale winst naar de EBITDA-winst bij de algemene renteaftrekbeperking tal van complexiteiten voordoen. De keuze voor een percentage van 30% van de EBITDA is volledig uit de lucht gegrepen, zij houdt geen rekening met de bijzondere positie van verschillende belastingplichtigen.²² De algemene renteaftrekbeperking is door deze grofheid een verfoeilijke regeling. In de eerste plaats bereikt zij haar doel namelijk niet: de uitholling van de Nederlandse grondslag en Bosal-planning blijft nog voor 30% van de EBITDA mogelijk. Belastingplichtigen zullen door het opzetten van rentestromen aan taxhavens ter grootte van maximaal 30% van de EBITDA dit heffingslek eenvoudig kunnen uitbaten. Aan de andere kant zullen veel belastingplichtigen die niet met taxplanning bezig zijn over de 30%-grens heen gaan en met een beperking van de renteaftrek worden geconfronteerd. De regeling treft daardoor, als ware zij een ongeleid projectiel, in het overgrote deel van de gevallen gewone belastingplichtigen, die alleen leningen hebben aangetrokken om operationele activiteiten te financieren (en geen vrijgestelde deelnemingen). Aangezien deze regeling kosten in verband met gewoon belaste operationele activitei-

20 Zie M. Nieuweboer, Het 'goodwillgat' bestaat niet, *WFR* 2008/511. De auteur betoogt hierin op fraaie en overtuigende wijze dat het goodwillgat, voor toepassing van de thincapregeling, berust op een misvatting want zij is gebaseerd op een slechts rekenkundig bepaald eigen vermogen. De ratio van de thincapregeling pleit er volgens hem voor dat geen vermogenssprong dient op te treden bij het aangaan

van een fiscale eenheid. Hetzelfde heeft mijns inziens te gelden voor het voorgestelde art. 15ad Wet VPB 1969.

21 Zie voor een uitwerking: S.E. Faber en W.W. Mebius, 'Het consultatiedocument vennootschapsbelasting 2010', *WFR* 6821, 16 juli 2009, onderdeel 4.2.

22 Door de alternatieve groepsratio (art. 10d, lid 5, Wet VPB 1969) wordt overigens wel in zekere mate rekening gehouden met de

positie van belastingplichtigen die onderdeel zijn van een concern dat veel financiert met vreemd vermogen. De aftrekbeperking is niet van toepassing indien op deze alternatieve groepsratio een beroep kan worden gedaan. Dit is het geval indien de belastingplichtige niet slechter is gekapitaliseerd dan de groep waarvan hij deel uitmaakt.

ten uitsluit van aftrek, staat zij haaks op het nettobeginsel en de samenhanggedachte.

Mijn forse kritiek op de voorgestelde algemene renteaftrekbeperking geldt uiteraard ook voor de huidige thincapregeling. De grofheid van de thincapregeling blijft echter – gelukkig – alleen beperkt tot groepsrente. De voorgestelde algemene renteaftrekbeperking trekt deze grofheid helaas door naar de (veelal niet taxdriven) externe rentebetalingen en dat maakt haar nog onverteerbaarder.

5. Conclusie

Ondanks dat de voorgestelde renteaftrekbeperkingen een dam opwerpen tegen de uitholling van de belastinggrondslag, zijn beide regelingen onrechtvaardig in hun huidige vormgeving. De specifieke renteaftrekbeperking is met name onrechtvaardig omdat zij de rechtszekerheid zeer aantast vanwege de al te complexe formule (en dan met name de rigide samenloop met de groepsrenteboxregeling). De algemene renteaftrekbeperking is met name onrechtvaardig omdat zij haaks staat op de rechtsgelijkheid. Deze regeling lijkt weliswaar eenvoudiger in haar opzet, op het simplistische af (goed voor de rechtszekerheid), maar zij is zo grof dat ze in de praktijk ongeschikt zal blijken om haar doel te bereiken (grondslaguitholling en Bosal-planning tegen te gaan). Bovendien schiet deze regeling over haar doel heen, aangezien zij ten onrechte tal van belastingplichtigen over één kam scheert waardoor de renteaftrek ook uitgesloten zal worden bij belastingplichtigen met slechts operationele activiteiten. Ik vrees daarom dat de algemene renteaftrekbeperking, vanwege haar grofheid, niet voldoende bestendig zal blijken en dat zij na verloop van tijd alsnog zal worden vervangen door een meer doelgerichte, minder grove bepaling (hetgeen de rechtszekerheid zeer zal aantasten).

Op basis van de hiervoor behandelde beoordelingscriteria heb ik daarom een voorkeur voor de specifieke renteaftrekbeperking ten opzichte van de algemene renteaftrekbeperking aangezien deze regeling beter op maat is afgestemd en belastingplichtigen die alleen leningen hebben aangetrokken om operationele activiteiten te financieren niet treft. Om de complexiteit en daarmee de rechtsonzekerheid weg te nemen waarmee de specifieke renteaftrekbeperking (art. 131 Wet VPB 1969) ons in haar huidige vorm confronteert, dient zij echter wel te worden aangepast. De formule kan verdwijnen en in plaats daarvan zou een historische/ functioneel economische toerekening kunnen worden gehanteerd. Tevens dient een compenserende heffingsexceptie te worden opgenomen. Ten slotte dient art. 15ad Wet VPB 1969 zodanig te worden aangepast dat onzekerheid over het goodwillgat wordt weggenomen.