



KPMG Meijburg & Co
Belastingadviseurs

BIJLAGE

Betreft: Reactie KPMG Meijburg & Co op het consultatiedocument van de staatssecretaris van Financiën d.d. 15 juni 2009 (Kamerstukken II, 2008/09, 31369, nr. 5)

Datum: 31 juli 2009

Inhoudsopgave¹

1. Inleiding
2. Verplichte groepsrentebox (artikel 12c)
3. Beperking aftrek van rente
 - 3.1. Specifieke renteaftrekbeperkingen (variant 1)
 - 3.1.1. Beperking aftrek deelnemingsrente (artikel 13I)
 - 3.1.2. Beperking aftrek excessieve rente bij overnames (artikel 15ad)
 - 3.2. Algemene renteaftrekbeperking (variant 2) (artikel 10d)
4. Deelnemingsvrijstelling (artikel 13)

¹ In deze bijlage is de volgorde en de terminologie van de algemene toelichting in het consultatiedocument aangehouden. Verwijzingen naar wetsartikelen betreffen verwijzingen naar de voorgestelde wetsartikelen uit het consultatiedocument, tenzij expliciet anders is vermeld.

1. Inleiding

Allereerst spreken wij gaarne onze waardering uit voor het feit dat eenieder in de gelegenheid wordt gesteld om kennis te nemen van de concrete voornemens ten aanzien van de ingrijpende wijzigingen in de vennootschapsbelasting, ruim voordat een en ander is vastgelegd in een definitief wetsvoorstel. Het bewandelen van deze weg komt de gedachtevorming over de complexe problematiek die in het consultatiedocument aan de orde komt zonder meer ten goede, wat ook de uitkomsten van de consultatieprocedure en te nemen vervolgstappen mogen zijn.

Naar wij begrijpen is een van de doelstellingen van de publicatie van het consultatiedocument, het door middel van reacties uit het publiek verkrijgen van een beter inzicht op die terreinen waar keuzes moeten worden gemaakt. Wij maken gaarne gebruik van de geboden mogelijkheid om op het consultatiedocument te reageren. Vanwege de grote verscheidenheid aan cliënten die mogelijk positief, niet, of negatief door (een deel van) de voorstellen worden geraakt, is het voor ons niet mogelijk om handreikingen te doen ten aanzien van de te maken keuzes. Ook voor veel belastingplichtigen zelf is het niet goed mogelijk om een standpunt te bepalen, gelet op het feit dat nog niet bekend is gemaakt op welke wijze een eventuele opbrengst van de maatregelen wordt teruggesluisd in de sfeer van de vennootschapsbelasting. Onderstaande reactie is daarom volstrekt neutraal van toonzetting en geheel van technische aard. Wij richten ons in hoofdzaak op het signaleren van (mogelijke) onvolkomenheden in de voorgestelde maatregelen en op het benoemen van vraagpunten die wellicht bij het opstellen van de definitieve wettekst en toelichting in ogenschouw kunnen worden genomen.

2. De verplichte groepsrentebox (artikel 12c)

Algemeen

Ons valt op dat de in het consultatiedocument voorgestelde regeling inzake de verplichte groepsrentebox enige verschillen vertoont met de door de Europese Commissie in verband met staatssteun goedgekeurde regeling.² Wij achten het van groot belang dat elke onzekerheid wordt weggenomen omtrent de vraag of deze beschikking alle aspecten van de voorgestelde rentebox sauveert.

Het verplichte karakter van de voorgestelde rentebox brengt mee dat tegenover het voordeel van een laag effectief tarief (5%) op ontvangen groepsrente, het nadeel staat van de beperkte aftrekbaarheid (slechts tegen een effectief tarief van eveneens 5%) van betaalde groepsrente. Wij vertrouwen erop dat bij de keuze omtrent invoering van deze maatregel de voor- en nadelen zorgvuldig tegen elkaar worden afgewogen. Indien blijkt dat grote groepen van belastingplichtigen onevenredig zwaar

² Beschikking van de Commissie van 8 juli 2009 betreffende de regeling inzake de groepsrentebox, C(2009)4511 definitief.



worden getroffen door de beperking ten aanzien van de aftrekbaarheid van betaalde groepsrente, achten wij een verzachting van de maatregel aan de aftrekkant geboden, uiteraard binnen de kaders die zijn aangegeven in de Europese staatssteunbeschikking, en uiteraard zonder dat dit enige afbreuk doet aan de voordelen van de rentebox.

Het consultatiedocument verschaft nog geen inzicht in de vraag of sprake zal zijn van overgangsrecht ten aanzien van bestaande gevallen en, zo ja, in welke mate. Wij achten het van belang dat daaromtrent zo snel mogelijk inzicht wordt geboden, met name indien wordt vastgehouden aan de beoogde ingangsdatum van de voorgestelde maatregelen per 1 januari 2010.

Artikel 12c lid 1

Garantie

De gevolgen van een garantie gegeven door een groepsmaatschappij aan een externe partij (bijvoorbeeld een bank) van wie wordt geleend, zijn nog niet duidelijk. In de toelichting wordt opgemerkt dat een groepsgarantie in zijn algemeenheid niet leidt tot het behandelen van een externe lening als een groepslening. Blijkbaar zijn specifieke omstandigheden denkbaar waarbij een garantie wel leidt tot toepassing van artikel 12c. Een voorbeeld hiervan wordt echter niet gegeven. Wij gaan ervan uit dat in (de toelichting bij) het uiteindelijke wetsvoorstel op dit voor de praktijk belangrijke punt meer duidelijkheid zal worden verschaft.

Valutarisico's

Indien van de groep wordt geleend en dit bedrag één op één wordt doorgeleend aan een derde, ontstaat een 'mismatch' ten nadele van de belastingplichtige: de betaalde rente is slechts tegen een effectief tarief van 5% aftrekbaar, terwijl de ontvangen rente tegen het volle tarief van (op dit moment) 25,5% belast is. Hierna (lid 5 en lid 6) gaan wij nader op deze mismatch in. Indien in een dergelijke situatie wordt geleend in buitenlandse valuta en wordt doorgeleend in dezelfde buitenlandse valuta doet genoemde 'mismatch' zich evenzeer – maar mogelijk wel in (veel) grotere mate – voor ten aanzien van eventuele valutaresultaten, ondanks het feit dat commercieel de valutaresultaten volledig gehedged zijn. Indien de buitenlandse valuta in waarde stijgt, is de valutawinst op de niet-gelieerde vordering immers vol belast, terwijl het even grote verlies op de corresponderende verbonden schuld slechts voor circa 20% (5/25,5) aftrekbaar is. Het eerste lid (de onderdelen a en c) biedt weliswaar de mogelijkheid dat "kosten en voordelen ter zake van rechtshandelingen welke strekken tot het afdekken van de valutarisico's met betrekking tot die geldleningen" ook in de box worden betrokken, maar het is vooralsnog onduidelijk of in de door ons geschetste situatie aan deze omschrijving is voldaan. Wij achten het een goede zaak indien in dergelijke gevallen – bij voorkeur op verzoek (voor zover nodig naar analogie met het huidige artikel 13 lid 7) – het volledige valutaresultaat op de niet-verbonden vordering of schuld in de rentebox valt, zodat daarmee vaststaat dat ook vanuit fiscaal oogpunt de valutaresultaten volledig gehedged zijn.

Artikel 12c lid 2

Zeggenschap

Uit de toelichting blijkt dat met de term “zeggenschap” wordt bedoeld de macht om het financiële en operationele beleid te bepalen. Daarbij wordt een voorbeeld gegeven waaruit blijkt dat ook bij een minderheidsaandeelhouder die de macht heeft om de meerderheid van de leden van de raad van bestuur te benoemen of te ontslaan, sprake kan zijn van zeggenschap. Een vraag die naar voren komt is of bijvoorbeeld in de situatie waarin er twee aandeelhouders zijn met een belang van respectievelijk 40% en 60%, en het op basis van de statuten van de vennootschap vereist is dat in de AVA een tweederdemeerderheid van stemmen vereist is om beslissingen te nemen, nog wel sprake kan zijn van “zeggenschap” binnen de definitie die nu in de toelichting is opgenomen. Graag geven wij in overweging bij het uiteindelijke wetsvoorstel te verduidelijken dat in dergelijke situaties geen sprake is van “zeggenschap”, afgezien van het criterium samenwerkende groep.

Samenwerkende groep

Ons valt op dat in de toelichting op artikel 12c, lid 2 joint ventures uitdrukkelijk worden genoemd als voorbeeld van een samenwerkende groep. Wij vragen ons af of dit juist is. Niet-gelieerde joint venture partners hebben vaak hun eigen belangen voor het aangaan van een joint venture en in veel situaties kunnen hun belangen ook onderling tegengesteld zijn. Graag zien wij bevestigd dat een joint venture niet per definitie hoeft te leiden tot de aanwezigheid van een samenwerkende groep, zoals in situaties als geschetst in bovenstaand voorbeeld.

Ter zake van het begrip samenwerkende groep wordt in de toelichting verwezen naar IAS 31. Wij achten het risico aanwezig dat een geheel nieuwe invulling van het begrip samenwerkende groep gaat ontstaan voor fiscale doeleinden. Duidelijkheid omtrent het begrip samenwerkende groep en omtrent de vraag of volledige of slechts gedeeltelijke aansluiting bij het jaarrekeningsrecht wordt betracht, achten wij bijzonder wenselijk.

Samenloop met/rangorde ten opzichte van andere renteaftrekbepalingen

De voorgestelde verplichte groepsrentebox bevat nog geen aanwijzing hoe om te gaan met groepsrente die reeds op grond van andere bepalingen (deels) van aftrek is uitgesloten. Stel bijvoorbeeld dat betaalde groepsrente (100) op grond van het huidige artikel 10a voor 50% (50) is uitgesloten van aftrek (bijvoorbeeld ten aanzien van de helft van de betaalde groepsrente kan met succes een beroep op de tegenbewijsregeling worden gedaan). De generieke aftrekbeperking van de voorgestelde groepsrentebox ziet op circa 80% van de betaalde groepsrente. Betekent dit nu dat van de 50% betaalde groepsrente die na toepassing van artikel 10a nog wel aftrekbaar is (50), 80% (40) aanvullend wordt getroffen door de groepsrentebox, zodat van de totale rente slechts 10% (10) aftrekbaar is? Of kan ter zake van de circa 80% niet-aftrekbare groepsrente (80) worden gesteld dat daarvan reeds 50 door artikel 10a is getroffen. Het gevolg van deze laatste benadering zou zijn dat de groepsrentebox aanvullend slechts 30% van de betaalde groepsrente in aftrek beperkt (80 minus 50),

zodat 20% van de betaalde groepsrente in aftrek komt (100 minus 50 ex artikel 10a minus de resterende 30 ex artikel 12c). Wij zouden het op prijs stellen indien in (de toelichting op) het finale wetsvoorstel wordt ingegaan op deze en andere denkbare samenloop situaties.

Artikel 12c lid 3

“Geldleningen” – derivaten

Ingevolge het eerste lid is de rentebox van toepassing op rente ter zake van geldleningen. In het derde lid wordt aangegeven dat het om een overeenkomst van geldlening moet gaan of een daarmee vergelijkbare overeenkomst. Van deze laatste situatie wordt financial lease als voorbeeld genoemd. Ons is niet duidelijk wat de positie is van derivaten in het licht van de rentebox. De voorgestelde tekst impliceert dat transacties tussen verbonden lichamen die niet als “overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst” kunnen worden aangeduid maar waarbij wel een rente-element valt te onderkennen, buiten de reikwijdte van de rentebox blijven. Denk bijvoorbeeld aan rente-swaps die geen verband houden met een onderliggende groepslening of aan repo-transacties. Wij achten het wenselijk dat te zijner tijd duidelijkheid wordt verschaft of dergelijke transacties wel of niet onder de rentebox vallen. Ten aanzien van factoring, (her)verzekeringspremies en leverancierskrediet speelt eenzelfde onzekerheid.

“Geldleningen” – vaste inrichting

In een aantal situaties wordt aanvaard dat interne ‘rente’ betaald tussen vaste inrichting en hoofdhuis fiscaal ook als rente wordt behandeld. Met name voor banken doet die situatie zich voor. Gelet op de interne situatie tussen vaste inrichting en hoofdhuis kan strikt genomen geen sprake zijn van een “overeenkomst van geldlening of daarmee vergelijkbare overeenkomst”. Evenmin is sprake van een betaling tussen verbonden lichamen. Desalniettemin nemen wij waar dat onduidelijkheid bestaat in de praktijk over de vraag of dergelijke interne rente ook voor toepassing van de rentebox als groepsrente moet worden aangemerkt, met als gevolg dat de ontvangen interne ‘rente’ belastbaar is met een effectief tarief van 5% en de betaalde interne ‘rente’ slechts aftrekbaar is tegen 5%. Wij achten een duidelijk standpunt hierover in een vroeg stadium zeer gewenst.

Cashpools

Bij bepaalde cashpools/treasury-activiteiten valt de van een bank ontvangen rente niet onder de verplichte groepsrentebox, maar de aan verbonden lichamen betaalde rente wel. Hierdoor ontstaat een ongewenste ‘mismatch’ die ons inziens in het uiteindelijke wetsvoorstel zou moeten worden aangepast nu een van de doelstellingen van de voorstellen is om treasury-activiteiten naar Nederland te halen c.q. in Nederland te behouden.

Terbeschikkingstelling

Het derde lid, onderdeel b heeft tot gevolg dat de financieringscomponent in vergoedingen ter zake van het ter beschikking stellen van materiële vaste activa in tegenstelling tot de huidige situatie nog

slechts beperkt aftrekbaar is. Dit is met name zeer nadelig in situaties dat weer wordt doorgeleased aan derden, aangezien de inkomsten dan vol belast zullen zijn tegen (nu) 25,5%. Dit is een onwenselijke mismatch die het vestigingsklimaat nadelig beïnvloedt. Voorgesteld wordt om dit onderdeel voor wat betreft operational lease/verhuur te laten vervallen, ook al omdat deze fiscale behandeling en uitsplitsing van de lease/huurtermijnen niet aansluit bij de commerciële verwerking van operational lease op basis van IFRS en Dutch GAAP (IAS 17 en RJ 292). Een andere oplossing zou kunnen zijn om een spiegelbeeldige regel als in lid 6 te introduceren, waarbij externe inkomsten met een financieringselement ook onder de groepsrentebox gaan vallen indien de interne kosten die gemaakt zijn om deze inkomsten te genereren onder de groepsrentebox vallen.

Mocht toch worden besloten tot invoering van onderdeel b, dan zou de praktijk gediend zijn met een vaste rekenregel voor het bepalen van de financieringscomponent in de vergoeding ter zake van ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen. Hierbij zou aan belastingplichtigen de mogelijkheid kunnen worden geboden een andere methode te gebruiken indien dit past binnen de specifieke feiten en omstandigheden.

Waardemutaties hoofdsom

De afwaardering van groepsvorderingen is in de groepsrentebox nog maar aftrekbaar tegen 5%. Daar staat tegenover dat opwaarderingen slechts belast zijn tegen 5%. Wij voorzien vragen ten aanzien van sfeerovergang: een vordering die eerst binnen of buiten de box is afgewaardeerd, en vervolgens weer in waarde stijgt buiten respectievelijk binnen de box. Wij nemen aan dat bij het uiteindelijk in te dienen wetsvoorstel helderheid zal worden geboden ten aanzien van deze sfeerovergangsproblematiek.

Deelnemerschapslening

Met verbazing hebben wij kennisgenomen van het voorstel om de opbrengst van deelnemerschapsleningen in de rentebox te betrekken. Waar aanvankelijk de opbrengst onder strikte voorwaarden ten aanzien van de fiscale behandeling in het buitenland in de deelnemingsvrijstelling was vrijgesteld, zijn in 2007 de restricties vervallen en kunnen deelnemerschapsleningen – indien aan de overige kwantitatieve en kwalitatieve vereisten voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling is voldaan – sindsdien onbeperkt genieten van de deelnemingsvrijstelling. Wij achten het een slechte zaak voor het Nederlandse vestigingsklimaat indien zo snel na deze versoepeling weer een aanzienlijke verslechtering volgt. Gelet op de vereiste looptijd van dergelijke leningen van meer dan 50 jaar, zullen veel bestaande gevallen lange tijd gebukt gaan onder de voorgestelde aanzienlijke belastingverzwaring. Daarnaast hebben wij geen begrip voor het feit dat in de spiegelbeeldige situatie (betaalde rente ter zake van een deelnemerschapslening) de rente volledig van aftrek blijft uitgesloten. Ons inziens is sprake van inconsistent beleid en van een zeer onevenwichtig voorstel. Ten aanzien van de waardemutaties van deelnemerschapsleningen zal een geheel nieuwe problematiek ontstaan omtrent waardering van dergelijke leningen. Gelet op het

bijzondere karakter van deze leningen en de daaraan verbonden voorwaarden, achten wij een at arm's length-waardering in veel gevallen een schier onmogelijke opgave.

Artikel 12c lid 5

Te stringente voorwaarden

Het vijfde lid brengt een noodzakelijke versoepeling aan in de afrekkant van de rentebox. Wij achten het geheel in overeenstemming met de ratio van de rentebox dat groepsschulden die in feite te herleiden zijn tot externe schulden, buiten de groepsrentebox blijven met als gevolg dat de aan de groepsmaatschappij betaalde rente volledig aftrekbaar is, als ware rechtstreeks aan de derde partij betaald. Vanuit deze ratio bezien past het niet om de nu voorgestelde, zeer stringente voorwaarden te hanteren die toepassing van deze doorkijkregeling in de praktijk nagenoeg onmogelijk maken. In veel gevallen is immers wel duidelijk dat de groepslening voor een deel of geheel – uiteindelijk – gefinancierd is met extern vreemd vermogen, maar valt een directe parallelliteit zoals voorgeschreven in het consultatiedocument ten aanzien van hoofdsom, looptijd e.d. niet aan te tonen. Denk aan een lening verschuldigd aan een moedermaatschappij die op haar beurt obligaties heeft uitgegeven om haar activiteiten, waaronder deze lening, te financieren. Of denk aan een buitenlandse bank die van velerlei externe partijen, waaronder haar klanten, geld aantrekt dat zij gebruikt om interne leningen te verstrekken aan haar Nederlandse dochtermaatschappijen. Wij stellen dan ook voor om de doorkijkregeling aanzienlijk te versoepelen. Mogelijke oplossingsrichtingen zouden kunnen zijn: de toepassing van een veel ruimer verband-criterium, zodat ook in bovengenoemde situaties gebruik kan worden gemaakt van de doorkijkregeling, of het subsidiair aanknopen bij een debt/equity groepsratio zodat ten minste de groepsschuld voor het deel dat overeenkomt met de externe financieringsratio van de groep buiten de rentebox blijft.

Aansluiting lid 5 en lid 6

Het vijfde en zesde lid sluiten niet goed op elkaar aan en voldoen ook niet aan de eisen van interne symmetrie van het regime. De doorkijk naar boven (naar uiteindelijke externe funding) van lid 5 is aan stringente criteria verbonden, terwijl de doorkijk naar beneden (externe funding gebruikt ter verwerving van boxinkomsten) van lid 6 aan de hand van een veel ruimer verband-criterium dient plaats te vinden. Wij bepleiten eenzelfde ruim verband-criterium in lid 5.

Artikel 12c lid 6

Lid 6 ook in spiegelbeeld

De systematiek van de rentebox leidt ertoe dat betaalde groepsrente slechts tegen 5% aftrekbaar is, ook al wordt hoogbelaste rente van niet-verbonden partijen ontvangen. Het feit dat deze mismatch ten nadele van de belastingplichtige (naar onze mening: overkill) volledig in stand blijft, terwijl dezelfde mismatch in de spiegelbeeldige situatie wordt aangepakt, achten wij zeer onevenwichtig. Wij stellen dan ook een symmetrische benadering voor: indien de belastingplichtige groepsrente

betaalt en niet-verbonden rente ontvangt, dient naar onze mening ofwel aan de inkomstenkant deze niet-verbonden rente eveneens in de rentebox te worden betrokken, ofwel aan de uitgavenkant de betaalde groepsrente buiten de box te worden gebracht. Alleen dan ontstaat een evenwichtige fiscale behandeling van deze rentestroom. Beide opties kunnen als spiegelbeeldige benadering van het zesde lid worden gepositioneerd. Ook uit een oogpunt van staatssteun zou een verdere perfectionering om de interne neutraliteit en symmetrie van de regeling te verbeteren geen obstakel moeten vormen. Een ander alternatief zou zijn de rentebox slechts toe te passen op een saldo van groepsrente en niet-verbonden rente, voor zover dat saldo (positief of negatief) uit groepsrente bestaat.

Overige overkill

Indien lid 6 per lening afzonderlijk wordt toegepast dreigt nog aanvullende overkill. Stel dat de balans van de belastingplichtige bestaat uit 100 groepsvorderingen, 100 vorderingen op derden, 100 groepsschulden en 100 schulden aan derden. In die situatie dreigt geen risico van grondslaguitholling en is er geen reden om de antimisbruikregeling van lid 6 toe te passen. Echter, wij achten niet ondenkbaar dat gaat worden gesteld dat de groepsvorderingen (geheel of gedeeltelijk) gefinancierd zijn met derdenschulden en dat de vorderingen op derden (geheel of gedeeltelijk) gefinancierd zijn met groepsschulden, waardoor enerzijds de aan derden betaalde rente (geheel of gedeeltelijk) beperkt aftrekbaar is op de voet van lid 6, en anderzijds de rente-inkomsten uit hoofde van de vorderingen op derden onder het 25,5%-tarief vallen terwijl de groepsrente beperkt aftrekbaar is. Een verduidelijking of inperking van het zesde lid om dergelijke overkill te voorkomen achten wij wenselijk. Gedacht kan worden aan een inperking waarbij lid 6 slechts van toepassing is op geldleningen van derden tot het bedrag van het saldo van groepsvorderingen en groepsschulden, voor zover dit saldo positief is.

Artikel 12c lid 7

Nadere regelgeving

Het zou bijzonder welkom zijn indien de nadere regels al tijdens het wetgevende proces publiek worden gemaakt.

Internationale aspecten

In de toelichting wordt een analyse ten aanzien van de internationale aspecten node gemist. De toepassing van de rentebox zou mogelijk invloed kunnen hebben op de fiscale behandeling van Nederlandse dochters van buitenlandse concerns, doordat effectief nog maar wordt belast tegen 5%, waardoor het mogelijke voordeel van een laag tarief teniet kan worden gedaan door bijvoorbeeld CFC-wetgeving in het buitenland. Wij vroegen ons af of enig beeld bestaat ten aanzien van het aantal bestaande bedrijven dat als gevolg van invoering van de rentebox met een dergelijk belastingnadeel in het thuisland wordt geconfronteerd. Een meer technische vraag betreft de verrekening van buitenlandse bronbelasting. Mogen wij aannemen dat de (volledige) buitenlandse bronbelasting gehandhaafd blijft als eerste limiet en niet slechts 20% (5/25,5) van de buitenlandse bronbelasting?

3. Beperking aftrek van rente

Opmerking vooraf inzake artikel 10a en 10b

Gezien de beperkte mogelijkheden die na invoering van de voorgestelde maatregelen resteren om de Nederlandse belastinggrondslag uit te hollen, kan naar onze mening het huidige artikel 10a Wet Vpb 1969 komen te vervallen. Dit zou eveneens de uitvoerbaarheid van de nieuwe maatregelen zeer ten goede komen (zie ook de opmerkingen hierna over de samenloop van de verschillende bepalingen), alsook de administratieve lasten van het bedrijfsleven verminderen. Hetzelfde geldt naar onze mening voor artikel 10b.

3.1. Specifieke renteaftrekbeperkingen (variant 1)

3.1.1. Beperking aftrek deelnemingsrente (artikel 13l)

Algemeen

EU proof?

Naar het lijkt is de bepaling niet van toepassing indien en voor zover deelnemingen zijn gevoegd in een fiscale eenheid. In het voorgestelde artikel 15ad is een alternatieve regeling getroffen voor situaties waarin de fiscale eenheid een rol speelt. Wij vragen ons af of dit verkapte onderscheid geen strijdigheid oplevert met het EG-Verdrag, in die situaties waarin toepassing van artikel 15ad gunstiger zou zijn, maar toepassing van artikel 15ad niet mogelijk is omdat de betreffende (buitenlandse) deelneming niet kan worden gevoegd in een fiscale eenheid.

Dubbele belasting

Rente die op grond van deze bepaling niet aftrekbaar is, wordt bij de binnenlandse crediteur vol belast (tenzij sprake is van een verbonden lichaam waarbij de ontvangen rente in de rentebox valt, dan wordt de ontvangen rente tegen een effectief tarief van 5% belast). Kennelijk is deze (potentieel) dubbele heffing beoogd. Wij vragen ons echter af wat de rechtvaardiging is voor een dergelijke dubbele heffing, bovenop de naar onze mening evenmin te rechtvaardigen dubbele heffing waar onder de bestaande renteaftrekbeperkingen al sprake van is. Dit fundamentele punt van bezwaar geldt overigens ook voor de voorgestelde artikelen 15ad en 10d.

Overgangsrecht

Naar wij menen zal invoering van deze bepaling vergezeld moeten gaan van ruimhartig overgangsrecht om bestaande gevallen te ontzien, of in elk geval de tijd te bieden tot financiële reorganisatie om zich aan te passen aan deze ingrijpende wetswijziging.

Artikel 131 lid 1

Wij achten de franchise van € 250.000 veel te laag en stellen voor dit bedrag aanzienlijk op te hogen en vervolgens te indexeren.

Artikel 131 lid 2

Definitie factoren

Omdat lid 2 de factor S definieert als “de gemiddelde boekwaarde van de verschuldigde geldleningen” mag ervan worden uitgegaan dat S een niet gesaldeerd bedrag vormt. De uitkomst van de formule $SDG/S \times R$ kan in dat geval slechts evenwichtig zijn wanneer ook R en SDG niet-gesaldeerde bedragen zijn. Wij zouden dit punt graag bevestigd zien.

Het feit dat de R in de formule de betaalde rente is, en niet de per saldo te betalen rente kan overigens vreemde gevolgen hebben. Zo hebben wij de indruk dat met de gekozen techniek niet buiten kijf staat dat ter zake van een doorstroombening (back-to-backlening) betaalde rente altijd buiten de reikwijdte van deze bepaling blijft. Een dergelijke consequentie zouden wij ongewenst achten.

Samenhang met artikel 10a etc.

Onduidelijk is wat de samenhang is tussen artikel 131 en andere renteaftrekbepalingen, zoals artikel 10a Vpb, artikel 8c Vpb en het voorgestelde artikel 15ad. De voorgestelde wettekst definieert R als “het gezamenlijke bedrag aan renten en kosten van geldleningen”, terwijl de toelichting spreekt van “het totale bedrag aan *aftrekbare* renten en kosten van geldleningen”. Men kan zich afvragen of rentekosten die op grond van dergelijke bepalingen niet aftrekbaar zijn, wel onder de factor R moeten worden begrepen. Een soortgelijke vraag doet zich voor of bij het bepalen van de factor S ook de geldleningen moeten worden meegenomen waarvan de rente niet aftrekbaar is op grond van dergelijke bepalingen. Wij vragen ons af of het niet meer in overeenstemming is met de systematiek van deze bepaling om schulden waarvan de rente reeds op grond van andere bepalingen niet aftrekbaar is, aan te merken als eigen vermogen (conform de samenloopregeling met de groepsrentebox, op grond waarvan circa 80% van groepsschulden die onder de box vallen meetellen als eigen vermogen). Voorbeeld: een bv financiert een deelneming (100) en externe vordering (50) met eigen vermogen (50), externe schuld (50) en een 10a-lening (50) die verband houdt met de acquisitie van de deelneming. Wij zien in theorie drie mogelijkheden:

- 1) De 10a-lening telt gewoon mee als schuld (S) en niet als eigen vermogen (SDG), in welk geval de helft (50/100) van de betaalde rente (op de externe schuld en de 10a-schuld) niet aftrekbaar is en vervolgens de vraag opkomt of dit betekent dat de volledige rente wordt toegerekend aan de

10a-schuld (de externe rente is geheel aftrekbaar), aan de externe schuld (de externe rente is geheel niet-aftrekbaar) of pro rata.³

- 2) De 10a-lening telt niet mee als schuld (S), en evenmin als eigen vermogen (SDG), met als gevolg dat de gehele rente op de externe schuld niet in aftrek komt (50/50).
- 3) De 10a-lening telt mee als eigen vermogen (SDG is in het voorbeeld dan nihil), met als gevolg dat de gehele rente op de externe schuld in aftrek komt.

Het moge duidelijk zijn dat wij in dit voorbeeld de eerste twee opties onaanvaardbaar achten en alleen de derde optie in overeenstemming achten met doel en strekking van de betrokken bepalingen. Vergelijkbare situaties kunnen spelen met betrekking tot leningen waarvan op grond van andere bepalingen de rente niet aftrekbaar is (bijvoorbeeld artikel 10 lid 1 onderdeel d, artikel 10b).

Artikel 131 lid 3

EV

Stel dat de volgende situatie zich voordoet. Een Nederlandse (top)houdstervennootschap houdt een met extern vreemd vermogen gefinancierde binnenlandse dochter van 100, waarmee een fiscale eenheid is aangegaan. Daarnaast houdt de moedermaatschappij een met eigen vermogen gefinancierde buitenlandse deelneming van 100. De kostprijs van de gevoegde dochter bestaat voor een groot deel (bijvoorbeeld 80) uit goodwill. De balans van de fiscale eenheid laat dan een buitenlandse deelneming van 100 zien, per saldo activa van 20, een eigen vermogen van 20 en vreemd vermogen van 100. Wij constateren dat het goodwillgat dat in deze situatie optreedt het eigen vermogen als het ware 'opeet', waardoor het vreemd vermogen dat is aangetrokken om de binnenlandse dochter te verwerven, tegenover de buitenlandse deelneming is komen te staan. Wij vragen ons af of deze samenloop tussen de fiscale eenheidsregels en artikel 131 is beoogd.

Hoewel niet in de toelichting aangegeven, lijkt ervan te kunnen worden uitgegaan dat het eigen vermogen ten minste op nihil dient te worden gesteld. Zou dit niet het geval zijn, dan zou op grond van de formule het bedrag aan financieringsschuld voor deelnemingen en groepsvorderingen onder omstandigheden worden verhoogd met het bedrag van het negatieve eigen vermogen, en zou de financieringsschuld hoger kunnen zijn dan het bedrag van de deelnemingen en groepsvorderingen, hetgeen niet te bedoeling kan zijn. Met andere woorden, dan kan er een factor SDG ontstaan die niet tegenover D of VG staat. Graag zien wij bevestigd dat dit niet de bedoeling is.

³ Daarnaast zal aandacht moeten worden besteed aan eventuele samenloop met artikel 12c, omdat 10a-schulden onder artikel 12c kunnen vallen met alle invloed op de factoren S en SDG van dien.

Aangezien een definitie van wat onder verliezen moet worden verstaan ontbreekt, is het onduidelijk welke verliezen exact in aanmerking komen. Zo is het (nog) niet duidelijk hoe dient te worden omgegaan met voorvoegingsverliezen en maatregelen als artikel 20, lid 4 Wet Vpb of artikel 20a Wet Vpb. Verliesverdamping vanwege de sinds 1 januari 2007 beperkte voorwaartse verliesverrekening beperkt de ophoging van het eigen vermogen dus ook, maar het zou zuiverder zijn de werkelijk geleden verliezen te mogen bijtellen bij het eigen vermogen, ongeacht de fiscale behandeling van die verliezen. Enige verduidelijking hierover lijkt wenselijk.

Artikel 131 lid 4

Gemiddelde boekwaarde

Volgens de voorgestelde wettekst worden bij het bepalen van de “gemiddelde boekwaarde” tijdelijke mutaties rond deze tijdstippen genegeerd. Deze laatste toevoeging is opgenomen om kunstmatige mutaties rond de overgang van het ene naar het volgende boekjaar buiten aanmerking te laten. Naast de praktische problemen die kunnen ontstaan bij de vaststelling wanneer nog wel en wanneer geen sprake (meer) is van een tijdelijke mutatie, is bijvoorbeeld ook onduidelijk of het moet gaan om fiscaal ingegeven tijdelijke mutaties of dat de gemiddelde boekwaarden ook moeten worden gecorrigeerd met betrekking tot mutaties om commerciële redenen. Graag zien wij opheldering hierover.

3.1.2. Beperking aftrek excessieve rente bij overnames (artikel 15ad)

Algemeen

Overgangsrecht

Ook bij invoering van deze bepaling achten wij zorgvuldig overgangsrecht gewenst om bestaande gevallen in zekere mate te ontzien of in elk geval de tijd te bieden zich aan te passen aan de gewijzigde regelgeving.

Daarnaast komt de vraag op ten aanzien van reeds gestalde rente uit het verleden (op basis van artikel 15ad zoals dat gold vóór 2007), die tot nog toe nog niet kon worden gebruikt in verband met verliezen. Wordt dit na de invoering van het nieuwe artikel 15ad wederom aangemerkt als 15ad rente, of mag deze gestalde rente in de toekomst nog ten laste van het resultaat worden gebracht op basis van de overgangsregeling in verband met de afschaffing van artikel 15ad (oud)?

Artikel 15ad lid 1

Reikwijdte kosten en valutaresultaten

De discussie die momenteel loopt inzake het huidige artikel 10a Wet Vpb over het al dan niet

saldere van kosten en valutaresultaten voor de bepaling van de aftrekbeperking, speelt ook bij voorgestelde artikel 15ad. Duidelijkheid hierover lijkt wenselijk.

Artikel 15ad lid 2 – onderdeel a

Drempelbedrag

Voorgesteld wordt een drempelbedrag van € 250.000 in te voeren. De vraag rijst of deze franchise voldoende is om te ondervangen dat de uitzondering voor kwalificerende bedrijfsovernames door het management, die gold onder het oude artikel 15ad, in de voorgestelde bepaling niet terugkeert. Wij achten een aanzienlijke verhoging en indexering van deze franchise wenselijk.

Artikel 15ad lid 2 – onderdeel b

Goodwillgat

Indien de aankoop van een deelneming geschiedt met inachtneming van een 1:3 verhouding (eigen vermogen/vreemd vermogen) bij de fiscale eenheid die met de deelneming wordt gevormd, kan de gerelateerde rente alsnog in aftrek worden gebracht. Echter, in veel gevallen zal ter zake van de voeging met de deelneming een goodwillgat ontstaan dat het eigen vermogen van de fiscale eenheid aanzienlijk aantast. Dit goodwillgat kan zelfs leiden tot een negatief eigen vermogen bij de fiscale eenheid. In veel gevallen zal derhalve de verhouding tussen dit aangetaste (fiscale) eigen vermogen en het vreemd vermogen vele malen groter zijn dan de verhouding 1:3, met als gevolg dat deze tegenbewijsregeling naar onze inschatting een dode letter zal zijn. Wij stellen dan ook voor om te abstraheren van het goodwillgat bij de vaststelling van de verhouding eigen/vreemd vermogen, voor toepassing van deze safe harbour.

“Indien” versus “voor zover”-benadering

De tegenbewijsmogelijkheid geldt slechts indien de 1:3-ratio niet wordt overschreden. Dit leidt tot willekeurige, onevenwichtige en onredelijke effecten. Een “voor zover”-benadering verdient naar onze mening de voorkeur.

Tijdelijke mutaties

Ook bij dit onderdeel geldt dat het niet eenvoudig zal zijn om de bewijslast te leveren met betrekking tot de tijdelijke mutaties rond de genoemde tijdstippen met het oog op de toepassing van dit artikel. Voorts rijst de vraag wie deze bewijslast toegewezen krijgt.

Saldo van geldleningen

Het is ons niet geheel duidelijk welke leningen zullen meedoen met de saldering van verschuldigde en uitstaande geldleningen op de voet van het voorgestelde artikel 15ad, lid 2, onderdeel b (bijvoorbeeld ook een deelnemerschapslening?). Een nadere toelichting op dit punt zou wenselijk zijn.

Definitie eigen vermogen

Naar wij begrijpen wordt voor toepassing van de safe harbour van 1:3 financiering het eigen vermogen verminderd met de waarde van de deelnemingen. Wij zien echter niet in waarom bij artikel 15ad een algemene correctie ter zake van deelnemingen dient te worden toegepast, aangezien het hierbij per definitie gaat om niet-gevoegde (buitenlandse) deelnemingen, ter zake waarvan de financiering al wordt bestreken door artikel 13l. Wij stellen dan ook voor om de correctie in ieder geval te beperken tot situaties waarin deelnemingen aantoonbaar (historisch) met eigen vermogen zijn gefinancierd.

Doorschuijf

Het komt ons voor dat de afwezigheid van een doorschuifmogelijkheid van niet in aftrek gekomen rente – anders dan het geval was in artikel 15ad (oud) Vpb – niet ten gunste zal komen van het vestigingsklimaat.

3.2. Algemene renteaftrekbeperking (variant 2) (artikel 10d)

Algemeen

Overkill

Deze maatregel koppelt de aftrekbaarheid van rente aan de aanwezigheid van voldoende winst en geeft als norm dat rentelasten ten hoogste 30% van de jaarwinst (ebitda) mogen bedragen. Dit oogt ruimhartig, maar in tijden van economische tegenspoed (macro-economisch gezien) of voor ondernemingen die het niet voor de wind gaat (micro-economisch gezien) zal deze maatregel naar onze verwachting trekken van ‘overkill’ kunnen gaan vertonen. Een belastingplichtige die het toch al moeilijk heeft, zal nog eens fiscaal worden beperkt in de aftrek van bedrijfseconomisch bezien reële financieringskosten, met als gevolg dat de belastingplichtige vennootschapsbelasting moet betalen over winst die hij niet heeft behaald. De 30% ebitda factor houdt geen verband met de vraag of de kosten bedrijfseconomisch bezien reëel zijn dan wel excessief. Naar onze mening zou ook een generieke maatregel zoals de onderhavige alleen excessieve renteaftrek moeten bestrijden, maar als gevolg van de koppeling aan de ebitda zal de werking van deze aftrekbeperking volstrekt willekeurig gaan uitpakken en ook reële gevallen hard kunnen treffen. Daarnaast zij opgemerkt dat 30% ebitda voor de ene sector een veel ruimere jas zal zijn dan voor een andere sector, afhankelijk van de vraag of de betreffende sector veel of weinig afschrijvingen heeft (met name het verschil tussen wel en niet kapitaalintensieve bedrijven).

Artikel 10d lid 5 en lid 6

Eigen vermogen bij toepassing groepsratio

De belastingplichtige die wenst terug te vallen op het alternatief van de groepsratio, dient wel met

het oog op de vergelijking met die groepsratio het eigen vermogen te verminderen met de waarde van de deelnemingen. Zien wij het goed dat indien een belastingplichtige een geconsolideerde jaarrekening opstelt, het eigen vermogen wordt bepaald op basis van deze jaarrekening?

Ons is niet duidelijk hoe de correctie met de waarde van de deelnemingen plaats moet vinden. Gebeurt dat door de fiscale boekwaarde van de deelnemingen van belastingplichtige op het eigen vermogen zoals dat blijkt uit de jaarrekening in mindering te brengen? Of dient uit te worden gegaan van de (waarde van de) deelnemingen zoals die voorkomen op de actiefzijde van de jaarrekening? Hoe moet worden gehandeld indien de fiscale deelneming door de belastingplichtige commercieel wordt geconsolideerd? En hoe dient te worden gehandeld indien commercieel sprake is van een niet-geconsolideerde deelneming (bijvoorbeeld omdat de deelneming wordt geconsolideerd in de jaarrekening van de uiteindelijke topvennootschap van de groep waartoe de belastingplichtige behoort) terwijl de deelneming is gevoegd met belastingplichtige op basis van artikel 15 Wet Vpb 1969? Voorts is het onduidelijk welke waarde van de deelnemingen buiten aanmerking gelaten dient te worden bij het bepalen van het eigen vermogen. Is dit de commerciële boekwaarde inclusief goodwill?

Indien het doel van de correctie is om te voorkomen dat het gemiddeld eigen vermogen kunstmatig wordt verhoogd door middel van de inbreng van deelnemingen, willen wij voorstellen om deze correctie te beperken tot gevallen waarin deelnemingen historisch met eigen vermogen zijn gefinancierd. Voor het geval onverkort wordt vastgehouden aan de correctie, zou het dan niet juist zijn in dat geval ook bij de vaststelling van de groepsratio (de factor in lid 8) de waarde van het gemiddeld eigen vermogen van de groep te corrigeren voor de waarde van de deelnemingen? Wij zien graag een verduidelijking op bovenstaande punten.

Artikel 10d lid 10

Tijdelijke mutaties

Zie onze eerdere opmerkingen over artikel 15ad hierboven.

Bepaling gemiddeld vreemd en eigen vermogen

Het gebruik van het ongewogen gemiddelde van vreemd en eigen vermogen bij alleen het begin en het eind van het jaar, kan tot grote, ongerechtvaardigde verschillen leiden bij veranderingen gedurende de loop van het jaar. Wij achten hier een verdergaande verfijning gewenst.

4. Deelnemingsvrijstelling (artikel 13)

Algemeen

Wij achten de voorgestelde maatregelen ter versoepeling van de deelnemingsvrijstelling een aanzienlijke verbetering en juichen invoering van deze maatregelen van harte toe. Ondanks deze

grote waardering voor de voorstellen, vragen wij ons af wat de reden is deze te plaatsen in de context van de rentemaatregelen die in het consultatiedocument naar voren worden gebracht. Inhoudelijk achten wij geen verband aanwezig met de voorgestelde rentemaatregelen. Dit brengt ons tot de oproep de voorgestelde versoepeling van de deelnemingsvrijstelling zo snel mogelijk in te voeren, en al bij voorbaat los te koppelen van de rentemaatregelen, voor het geval dat invoering van die laatste maatregelen vertraging zou oplopen. Het Belastingplan 2010 zou derhalve een goede mogelijkheid zijn om de voorgestelde versoepelingen van de deelnemingsvrijstelling onder te brengen.

Ondanks de voorgestelde versoepelingen zijn nog steeds situaties denkbaar waarvoor het Besluit van 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, Stcrt. 2008, 47 verlichting brengt (o.a. ten aanzien van dubbeltellingen van groepsvorderingen). Wij zouden het dan ook op prijs stellen indien de in dit besluit geboden versoepelingen voor zover nog relevant worden gehandhaafd. Verder gaan we ervan uit dat het ATR/APA-team van de Belastingdienst teruggaat naar het oude beleid dat ten grondslag lag aan het verlenen van zekerheid vooraf inzake de deelnemingsvrijstelling op grond van het voldoen aan het 'niet ter beleggings'-criterium.

Samenloop lid 10 en lid 11

Om misverstanden over de rangorde van de ficties van lid 10 en lid 11 te voorkomen stellen wij voor om de aanhef van lid 11 te openen met "In afwijking van het tiende lid ...".

Artikel 13 lid 9 (oogmerkvereiste)

Algemeen

Het oogmerk criterium was tot 1 januari 2007 een belangrijk criterium voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling op niet in Nederland gevestigde lichamen (de problematiek van de zogenoemde oneigenlijke deelnemingen laten wij hier buiten beschouwing). In hoeverre echter voor de invulling van het voorgestelde oogmerkvereiste – behalve voor zover dit anders wordt ingevuld door de voorgestelde wettekst dan wel de toelichting daarop – teruggegrepen kan worden op jurisprudentie en besluiten van voor 1 januari 2007 is niet geheel duidelijk. Dit ligt wel voor de hand, omdat de bewoordingen identiek zijn ("als belegging gehouden") en omdat in de inleidende tekst op het voorstel wordt opgemerkt dat de voorgestelde oogmerktoets "vergelijkbaar" is met de niet-ter-beleggingseis zoals die gold tot 1 januari 2007.

Situaties waarin sprake is van een beleggingsdeelneming

Volgens de toelichting worden deelnemingen in ieder geval als belegging aangemerkt, indien het lichaam waarin wordt deelgenomen naar zijn aard belegt. De toelichting noemt als voorbeeld een lichaam dat formeel optreedt als concern(her)verzekeringslichaam, terwijl aannemelijk is dat in derdenverhoudingen een dergelijke verzekering niet tot stand zou komen. Het komt ons voor dat er situaties denkbaar zijn waarin een verzekering niet wordt verstrekt in derdensituaties, terwijl zij toch niet als belegging te kwalificeren is. De bepaling lijkt wat dit betreft een overkill te bevatten.

Situaties waarin geen sprake is van een beleggingsdeelneming

“In het verlengde van de onderneming”

Uit de toelichting blijkt dat een deelneming in ieder geval niet als belegging wordt gehouden als de onderneming van het lichaam waarin wordt deelgenomen in het verlengde ligt van de onderneming van de belastingplichtige. Dit criterium werd tevens gehanteerd onder het deelnemingsvrijstellingsregime zoals dat gold vóór 1 januari 2007. In de toenmalige Memorie van Antwoord is bepaald: *“Evenmin achten de ondergetekenden het bij de gekozen redactie dubieus dat de vrijstelling kan worden genoten door een Nederlandse dochter van een buitenlandse moedermaatschappij, indien die dochter optreedt als houdster van eveneens buitenlandse dochters wier activiteit in lijn ligt van de bedrijfsuitoefening van de buitenlandse moeder.”*

Voor de invulling van de vraag in welke gevallen een lichaam in het verlengde ligt van de onderneming van de belastingplichtige, lijkt in beginsel te kunnen worden teruggegrepen op jurisprudentie die is gewezen onder de oude deelnemingsvrijstelling. Wij zouden graag een bevestiging hiervan in de toelichting willen zien.

Actieve onderneming

Evenmin is volgens de toelichting sprake van een beleggingsdeelneming als de belastingplichtige een houdstervennootschap is en het lichaam waarin wordt deelgenomen niet (on)middellijk belegt maar een (actieve) onderneming drijft. Dit criterium is afkomstig uit jurisprudentie en besluiten onder het regime deelnemingsvrijstelling van voor 1 januari 2007. Zo blijkt uit de resolutie van 15 oktober 1974 (BNB 1975/11) dat *“de deelnemingsvrijstelling aan een in Nederland gevestigde holdingmaatschappij niet zal worden onthouden voor deelnemingen in een buitenlands lichaam dat niet direct of indirect als beleggingsmaatschappij functioneert”*.

De term *“houdstermaatschappij”* is in wettekst noch toelichting gedefinieerd. Een ‘kale’ houdstermaatschappij werd in de resolutie BNB 1974/2 onvoldoende geacht om te concluderen dat de deelneming niet ter belegging werd gehouden, aangezien bij gebrek aan een eigen onderneming er geen sprake kon zijn van het destijds vereiste verband tussen de onderneming van de moedervennootschap en de dochtervennootschap. Deze vergaande benadering is echter verlaten in de op de resolutie volgende jurisprudentie. Graag zien wij een expliciete bevestiging hiervan, met andere woorden dat kale houdstermaatschappijen in de voorgestelde bepaling wel kwalificeren voor de uitzonderingsfictie.

Schakelfunctie

Volgens de toelichting op de voorgestelde bepaling is de deelnemingsvrijstelling van toepassing, ongeacht het oogmerk waarmee de deelneming wordt gehouden, indien sprake is van een schakelfunctie tussen de moedervennootschap en de deelneming. Volgens de toelichting op de

voorgestelde bepaling is sprake van een schakelfunctie, indien de bedrijfsuitoefening van de door de Nederlandse tussenhoudster gehouden lichamen in de lijn ligt van de bedrijfsuitoefening van de buitenlandse moeder.

In het arrest BNB 1998/32, gewezen onder het oude deelnemingsvrijstellingsregime, werd bepaald dat het enkele feit dat de bedrijfsuitoefening van de dochtervennootschap in lijn ligt met die van de moedervernootschap van de belastingplichtige juist niet voldoende was om vast te stellen dat een belang werd aangehouden in de lijn van de onderneming van de belastingplichtige. In het arrest werd nadrukkelijk gekeken naar de aard van de onderneming van de belastingplichtige zelf. Het onderhavige voorstel lijkt van deze jurisprudentie af te wijken. Graag zien wij een expliciete bevestiging hiervan.

Bij een Nederlandse tussenhouding was het criterium onder het regime dat gold voor invoering van de Wet werken aan winst – net als in het voorstel – dat een schakelfunctie diende te worden vervuld tussen een actieve buitenlandse dochter en een buitenlandse moeder. Voorwaarde hierbij onder het oude regime was dat het echte beheer en bestuur van de schakelvennootschap bij een buitenlandse moeder plaatsvindt, ofwel hogerop in het concern. Aangenomen kan worden dat deze voorwaarde onder het nieuwe regime ook geldt. Graag zien wij een bevestiging hiervan.

Artikel 13 lid 10

Groepsfinancieringsfunctie

Op grond van het voorgestelde artikel 13, lid 10, onderdeel b, wordt een deelneming in ieder geval geacht als belegging te worden gehouden, indien de functie van het lichaam waarin de belastingplichtige een deelneming heeft tezamen met de lichamen waarin dit lichaam een belang van ten minste 5% heeft, grotendeels bestaat uit het direct of indirect financieren van de belastingplichtige of van met de belastingplichtige verbonden lichamen.

Aan welke eisen moet worden voldaan, wil een lichaam een functie hebben die grotendeels bestaat uit het direct of indirect financieren van groepsvennootschappen is noch in het voorgestelde wetsartikel, noch in de toelichting nader uitgewerkt.

Het huidige deelnemingsvrijstellingsregime kent, anders dan onder het deelnemingsvrijstellingsregime van voor 1 januari 2007, geen bepaling die toepassing van de deelnemingsvrijstelling ontzegt aan deelnemingen met een groepsfinancieringsfunctie. Wel worden onder de huidige regeling bezittingen, aangewend voor werkzaamheden die grotendeels bestaan uit groepsfinancieringsactiviteiten als vrije beleggingen aangemerkt (zie het huidige artikel 13, lid 11 Vpb). In de deelnemingsvrijstelling zoals die gold voor 1 januari 2007 werd een deelneming wiens werkzaamheden grotendeels bestonden uit groepsfinancieringsactiviteiten, geacht als belegging te worden gehouden (artikel 13, lid 2 Vpb oud).

De voorgestelde regeling lijkt erg op de werkzaamhedentoets van de oude deelnemingsvrijstelling, maar lijkt anders ingevuld te worden. Onder de oude deelnemingsvrijstelling dienden de integrale, feitelijke activiteiten van het lichaam te worden beoordeeld. Hoewel ook onder de oude deelnemingsvrijstelling naar de functie werd gekeken die het lichaam vervulde (zie bijvoorbeeld Kamerstukken 1996-1997, 24 696, nr. 8), waren toch de feitelijke werkzaamheden doorslaggevend. Onder de voorgestelde regeling gaat het uitsluitend om de functie die de deelneming binnen het concern vervult. Indien deze functie grotendeels bestaat uit financieren van verbonden lichamen, wordt de deelneming als beleggingsdeelneming gekwalificeerd. Hoe precies moet worden beoordeeld wat de functie van een deelneming is, wordt niet duidelijk. Het lijkt erop dat een meer subjectieve benadering wordt gekozen (functie) dan de werkzaamhedentoets die gold onder het oude deelnemingsvrijstellingsregime. Graag zien wij meer duidelijkheid op dit punt.

Artikel 13 lid 11 (onderworpenheidstoets)

Algemeen

Een statutair tarief van ten minste 10% wordt slechts voldoende geacht om voor de onderworpenheidstoets te slagen als sprake is van een naar Nederlandse maatstaven reële heffing. Een algemene definitie van de term “naar Nederlandse maatstaven reële heffing” wordt in de wettekst niet gegeven. Uit de toelichting blijkt dat “beoordeeld dient te worden of het belastingstelsel (passief) inkomen adequaat in de winstbelasting betreft”.

Situaties waarin geen sprake is van een reële heffing

De precieze reikwijdte van de in de toelichting bij het consultatiedocument genoemde voorbeelden voor situaties waarin geen sprake is van een reële heffing is niet helder. Termen als “te ruim”, “zeer beperkt” of “aanzienlijk” zijn niet nader gedefinieerd. Graag zien wij meer verduidelijking hoe deze termen alsmede de bovengenoemde termen “reëel” en “adequaat” moeten worden verstaan.

Ook lijken zich op grond van de lijst met voorbeelden situaties te kunnen voordoen die onder de huidige laagbelaste beleggingsdeelnemingsregeling goed gaan, maar niet door de voorgestelde reële heffingstoets komen. Als voorbeeld kan de Belgische ‘inbreng buiten kapitaal variant’ worden genoemd, waarbij een storting in België in beginsel is belast, terwijl heffing over de storting naar Nederlandse maatstaven niet als belast inkomen wordt gezien. Door uit te gaan van het effectieve belastingtarief gaat het onder de huidige regeling goed, terwijl de ‘inbreng buiten kapitaal variant’, wellicht moet worden aangemerkt als een “aanzienlijke grondslagvermindering vanwege fictieve kosten of vrijstellingen”. Het komt ons voor dat dit niet de bedoeling moet zijn, en dat om dergelijke situaties te voorkomen de belastingplichtige zich in voorkomende gevallen kan beroepen op het effectieve belastingtarief bij wijze van tegenbewijs.

Ook de overweging dat een buitenlandse deelnemingsvrijstelling op voordelen uit hoofde van een als belegging gehouden deelneming als niet reëel kwalificeert, lijkt enigszins ongunstiger, nu een Nederlandse beleggingsdeelneming wel degelijk in aanmerking komt voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling, mits zij maar voldoende onderworpen is.

Situaties waarin wel sprake van een reële heffing

In de toelichting wordt aangegeven dat de volgende situatie niet leidt tot een naar Nederlandse maatstaven niet-reële heffing: speciale grondslagregelingen die eigenlijk als bijzonder tarief zijn bedoeld voor passief inkomen – zoals de rente- en octrooibox – tot een reële heffing, mits de uiteindelijke druk vergelijkbaar is met de Nederlandse. Volgens de toelichting betekent dit dat concernfinancieringsvoordelen voldoende onderworpen zijn als de feitelijke heffing 5% bedraagt.

Met name het laatste punt leidt tot enige verwarring. De term feitelijke heffing ziet niet op het statutaire tarief maar op het effectieve tarief, waarbij onduidelijk is of dit effectieve tarief moet worden berekend naar Nederlandse grondslagen. Graag zien wij verduidelijking op dit punt.

Niveau toepassing onderworpenheidstoets

Net als onder de huidige deelnemingsvrijstelling, dient de onderworpenheidstoets op het niveau van het direct gehouden lichaam te worden aangelegd. Dit houdt in dat wordt aangesloten bij de belastingdruk van de directe deelneming zelf, dus enkelvoudig en niet geconsolideerd. Ingeval een laagbelaste deelneming dochters houdt in hoogbelaste jurisdicties telt de betaalde belasting dus niet mee voor beoordeling of wordt voldaan aan de onderworpenheidstoets. Dit kan tot problemen leiden die zich onder het huidige deelnemingsvrijstellingsregime niet voordoen. Stel bijvoorbeeld de situatie waarin een tegen een statutair tarief van 1% onderworpen dochtervennootschap een dividend ontvangt van haar tegen een tarief van 50% onderworpen deelneming hetgeen de dochter dooruitdeelt aan haar in Nederland gevestigde moeder. Stel verder dat het vestigingsland van de dochter een deelnemingsvrijstelling kent vergelijkbaar met de Nederlandse. Voor de vraag of in Nederland de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, gaat het onder het huidige regime in beginsel goed doordat de naar Nederlandse grondslagen bepaalde winst van de dochtervennootschap nihil bedraagt, wegens toepassing van de deelnemingsvrijstelling, zodat het effectieve tarief boven de 10% uitkomt. Onder de voorgestelde onderworpenheidstoets gaat een dergelijke situatie echter de mist in, doordat wordt aangesloten bij het statutaire tarief dat in dit geval slechts 1% bedraagt. Dergelijke problemen zouden kunnen worden opgelost zoals hierboven voorgesteld door belastingplichtige als derde escape de mogelijkheid te bieden zijn belastinggrondslag naar Nederlandse maatstaven te berekenen, zoals nu het geval is onder de huidige onderworpenheidstoets.

Onderworpenheid concernfinancieringsvoordelen

Ervan uitgaand dat in Nederland als gevolg van de groepsrentebox een effectieve belastingdruk van 5% geldt voor groepsfinancieringsinkomsten, kan uiteraard van een buitenlandse dochtermaatschappij met vergelijkbare activiteiten en inkomsten geen hogere belastingdruk worden

vereist. De omissie in het huidige artikel 13 lid 10 wordt terecht weggenomen. Naar wij begrijpen is de voorgestelde rentebox een tariefsmaatregel die technisch is vormgegeven als een grondslagmaatregel. Voor de deelnemingsvrijstelling, artikel 13 lid 11 onderdeel a, zou derhalve niet moeten uitmaken op welke wijze de lage belastingdruk van 5% wordt gerealiseerd: door middel van een laag statutair tarief of door middel van een grondslagversmalling. De voorgestelde tekst lijkt uit te gaan van een statutair minimumtarief van 10% zodat de verdere daling tot een effectieve druk van 5% slechts kan worden gerealiseerd in de versmalling van de buitenlandse grondslag. Zo deze conclusie juist is, zouden wij graag bepleiten dat ook met een statutair tarief van 5% (gegeven een volwaardige grondslag ten aanzien van de groepsfinancieringsinkomsten) aan de onderworpenheidseis ten aanzien van groepsfinancieringsactiviteiten kan worden voldaan.

Invloed regeling ter voorkoming van dubbele belasting

Volgens de toelichting kan ten aanzien van de mate van onderworpenheid van een lichaam gevestigd in het ene land met een vaste inrichting in een ander land een eventueel van toepassing zijnde regeling ter voorkoming van dubbele belasting van invloed zijn. In een dergelijke situatie is de onderworpenheid van het lichaam de optelsom van de mate van onderworpenheid in het vestigingsland en de mate van onderworpenheid in het land van de vaste inrichting. Aldus kan dit leiden tot onvoldoende onderworpenheid ingeval door toepassing van een regeling ter voorkoming van dubbele belastingheffing een deel van de winst niet of laag wordt belast.

Onduidelijk is of voor “de optelsom van de mate van onderworpenheid” ziet op een optelsom van het statutaire tarief of op een optelsom van het effectieve belastingtarief. Doordat de hoofdregel uitgaat van het statutaire tarief, lijkt voor de hand te liggen dat dit ook geldt ingeval sprake is van een vaste inrichting. Enkele opmerkingen die in de toelichting worden gemaakt, lijken echter aan te sluiten bij het effectieve tarief, wellicht berekend over Nederlandse grondslagen.

De toelichting geeft onder andere aan dat tax sparing credits van invloed kunnen zijn op de vraag of aan de onderworpenheidseis is voldaan. Nu tax sparing credits geen enkele invloed hebben op het statutaire tarief, lijkt ingeval sprake is van een deelneming met vaste inrichting, aangesloten te moeten worden bij het effectieve belastingtarief. Men lijkt dus – net als voor bepaling van de belastinggrondslag van voordelen die onder speciale regimes vallen – toch weer terug te grijpen op het effectieve belastingtarief, berekend naar Nederlandse maatstaven. Enigszins onduidelijk blijft of ook bronheffingen die drukken op inkomsten ontvangen door de deelneming, worden meegeteld bij de belastingdruk. Indien met de voorkoming en eventuele tax sparing credits wel rekening wordt gehouden, lijkt het logisch dat anderzijds ook de drukkende bronheffingen worden meegenomen. Graag zien wij verduidelijking op deze punten.

Artikel 13 lid 11 (bezittingentoets)

In de thans voorgestelde bezittingentoets wordt gekeken hoe de balans van de deelneming er “doorgaans” uitziet. Hierdoor wordt bereikt dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is als de bezittingen gedurende een korte periode voor 50% of meer bestaan uit vrije beleggingen. In de

wettekst, noch in de toelichting wordt echter aangegeven wat precies verstaan dient te worden onder de term “doorgaans”. Graag zien wij deze term verduidelijkt.

Artikel 13 lid 12 (vrije beleggingen)

Algemeen

In het voorstel wordt de term “vrije beleggingen” gedefinieerd in artikel 13, lid 12. Hierbij worden drie categorieën van vrije beleggingen onderscheiden: 1. gewone beleggingen, 2. groepsvorderingen, 3. ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen.

Gewone beleggingen

Volgens vaste jurisprudentie zoals gewezen onder de oude deelnemingsvrijstellingsregimes, wordt beleggen gedefinieerd als het aanhouden van bezittingen met het oog op de waardeinstijging en het rendement daarvan dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht. Deze jurisprudentie lijkt op grond van de gelijkkluidende bewoordingen te kunnen worden doorgetrokken naar het huidige voorstel. Graag zien wij een bevestiging hiervan.

Als beleggingen worden ook niet aangemerkt onroerende zaken – daaronder mede begrepen rechten die direct of indirect betrekking hebben op onroerende zaken die niet in het bezit zijn van een lichaam dat is aangemerkt als beleggingsinstelling of vrijgestelde beleggingsinstelling (artikel 13, lid 12, sub a, onder 2). De term “onroerende zaken” is niet gedefinieerd maar zal waarschijnlijk net als onder de huidige deelnemingsvrijstelling moeten worden opgevat op basis van het Nederlandse civiele recht. Onduidelijk is of ook onroerend goed dat binnen de groep wordt verhuurd als niet beleggingsobject kwalificeert, zoals dat wel het geval is onder het huidige regime. Graag zien wij deze punten bevestigd. Daarnaast zien wij graag bevestigd dat de huidige tegemoetkoming van de staatssecretaris op basis van de hardheidsclausule voor economische eigendom van onroerende zaken (bijvoorbeeld financial lease) (zie Besluit van 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M) blijft gelden.

Tot slot, in de toelichting is aangegeven dat, anders dan voor de overige beleggingsficties (groepsvorderingen en ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen), voor de categorie gewone beleggingen geen uitzondering wordt gemaakt, ingeval zij voor ten minste 90% extern zijn gefinancierd. De ratio hierachter is dat men wenst te voorkomen dat de deelnemingsvrijstelling zou gaan gelden voor een deelneming in een FBI of VBI. Onduidelijk is waarom het consultatiedocument niet een uitdrukkelijke bepaling van die strekking bevat, maar een bepaling van een veel algemenere strekking. Graag zien wij een verklaring hiervoor.

Groepsvorderingen

Regulier tarief van 10%

Groepsvorderingen worden niet als belegging aangemerkt indien de voordelen uit deze groepsvorderingen zijn onderworpen aan een heffing van een regulier van ten minste 10% die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing. Volgens de toelichting op het artikel is deze onderworpenheidstoets identiek aan de onderworpenheidstoets van artikel 13, lid 11 tweede volzin. Verwezen wordt naar de algemene opmerkingen die in het kader van deze bepaling zijn gemaakt. Belangwekkend is nog wel dat in de toelichting expliciet wordt aangegeven dat een effectief tarief van 5% voldoende is om een beroep op de uitzondering te kunnen doen. Achtergrond van deze gedachte is dat op grond van het voorstel voordelen uit groepsvorderingen in de rentebox tegen een effectief tarief van 5% worden belast, waardoor een tarief van 5% niet anders kan worden aangemerkt dan naar Nederlandse maatstaven reël.

Opvallend is dat de fictie dat groepsvorderingen als vrije beleggingen worden aangemerkt, op grond van de regeling reeds intreedt bij een belang van een derde deel (verbonden lichaam, zie artikel 10a, lid 4) terwijl de voorgestelde groepsrentebox intreedt bij groepsbelangen vanaf 50%. Het kan dus voorkomen dat groepsvorderingen bij wijze van fictie als vrije beleggingen worden aangemerkt, zonder dat zij onder het 5%-tarief van de groepsrentebox vallen. Onduidelijk is of men in een dergelijk geval ook gebruik kan maken van de uitzondering dat de opbrengsten van de groepsvorderingen belast zijn tegen 5%. Vaagheden hierover zouden kunnen worden voorkomen door ofwel het huidige groepsbegrip door te trekken naar de rentebox ofwel het renteboxgroepsbegrip door te trekken naar de rest van de wet.

Gefinancierd door derdenleningen

Groepsvorderingen waarvan de aanschaffings- of voortbrengingskosten geheel of nagenoeg geheel zijn gefinancierd door van derden verkregen geldleningen, worden niet als vrije beleggingen aangemerkt. Onduidelijk is of zal worden gekeken naar historische verbanden of dat er net als bij de vermogenstoets een mathematische methode wordt gehanteerd (bijvoorbeeld door te kijken naar het balanstotaal). Volgens de toelichting is geen sprake van een van een derde verkregen geldlening indien die geldlening door een verbonden persoon wordt gegarandeerd. Het is onduidelijk of, evenals in de huidige artikelen 10a en 10d Vpb, garanties alleen tot diskwalificatie als derdenlening leiden, indien zonder de garantie niet in die mate financiering had kunnen worden verkregen. Graag zien wij deze punten verduidelijkt.

Ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen

“Actief ter beschikking stellen”

De wettelijke fictie ten aanzien van ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen geldt niet indien sprake is van actief ter beschikking stellen. Dit is ook in de huidige wet het geval. Echter, ten

aanzien van de huidige wet is onduidelijk of voor de beoordeling of sprake is van actief ter beschikking stellen moet worden aangeknoopt bij artikel 2a Uitvoeringsbeschikking. De tekst van dit artikel lijkt expliciet te zijn geschreven voor financieringsactiviteiten, en niet voor terbeschikkingstelling. De daar vermelde criteria, waaronder de verlangde externe financiering met 20%, passen ook inhoudelijk niet op vennootschappen waarvan de activiteiten bestaan uit het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen. In de praktijk zal rechtstreekse financiering door de bank van een dergelijke groepsmaatschappij, doorgaans maar vooral waar het immateriële activa betreft, niet voor de hand liggen of zelfs onmogelijk zijn. Ook geldt in veel gevallen dat convenanten met de bank slechts enkele belangrijke concernvennootschappen rechtstreeks toegang bieden tot de kredietlijnen van de bank. Naar wij uit de tekst van het voorgestelde artikel 13 lid 12 onderdeel c opmaken, worden nu afzonderlijke criteria opgesteld waaraan moet worden voldaan wil een groepsvennootschap als actief worden aangemerkt waar het terbeschikkingstelling betreft. Wij juichen dat toe en geven in overweging om daarbij vooral inhoudelijke criteria te formuleren gericht op de 'substance' van de buitenlandse vennootschap op het terrein van bedrijfsvoering en personeel. Tevens zouden wij willen aandringen op het gelijktijdig publiceren van deze (concept)criteria met de indiening van het wetsvoorstel, zodat ook bij de parlementaire behandeling op dit onderwerp kan worden ingegaan.

Gefinancierd door derdenleningen

Net zoals bij groepsvorderingen is ook ten aanzien van ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen onduidelijk hoe het verband moet worden gelegd tussen deze bedrijfsmiddelen en derdenleningen, alsmede hoe dient te worden omgegaan met groepsgaranties.

Artikel 13 lid 14 (balansverlenging)

In het voorgestelde veertiende lid van artikel 13 wordt bepaald dat bezittingen die worden aangewend voor het direct of indirect financieren van de belastingplichtige of met de belastingplichtige verbonden lichamen en die op grond van het twaalfde lid, onderdeel b, onder sub 1 (tarief van minimaal 10%), niet als vrije beleggingen worden aangemerkt, voor de toepassing van het elfde lid (safe harbours) geacht worden geen bezittingen te zijn van het lichaam waarin de belastingplichtige een deelneming heeft.

Deze ietwat verwarrende bepaling is een antimisbruikbepaling die beoogt manipulatie van de toerekeningsbalans tegen te gaan door "balansverlenging". Het gaat om situaties waarin de kwalificatie als beleggingsdeelneming wordt ontlopen door het in (verschillende) hoogbelaste schakels doorlenen van geld dat oorspronkelijk afkomstig is van een laagbelaste groepsmaatschappij. Indien een groepsvordering door een hoogbelast lichaam zou worden gehouden, zou geen sprake zijn van een vrije belegging, waardoor de bezittingen niet als vrije belegging op de toerekeningsbalans verschijnen. Om dit te voorkomen worden dergelijke bezittingen geheel buiten beschouwing gelaten.



KPMG Meijburg & Co
Belastingadviseurs

pagina 25

Men kan zich afvragen of de strekking van de regeling niet verder reikt dan het doel dat zij beoogt. Volgens de tekst van de bepaling moeten ook niet door kunstmatige balansverlenging ontstane reële, goede leningen van de toerekeningsbalans worden geëlimineerd. Dit lijkt als overkill te kunnen kwalificeren.

Artikel 13 lid 15 (vernummering)

Hoewel nergens aangegeven, lijkt het huidige veertiende lid vernummerd te worden tot het vijftiende lid.