

Bijlage

Aftrekbeperking voor deelnemingsrente en earningsstripping en EG-recht

Beperking aftrek deelnemingsrente

Bij financiering van een deelneming met vreemd vermogen kan in de huidige situatie sprake zijn van een mismatch: de voordelen uit hoofde van een deelneming vallen immers onder de deelnemingsvrijstelling en blijven daardoor buiten de belastingheffing, terwijl de rente bij het bepalen van de winst in aftrek komt. De beperking van de aftrek voor deelnemingsrente die in het consultatiedocument was opgenomen, hield in dat deze mismatch wordt opgeheven door renten en kosten van geldleningen die verband houden met deelnemingen niet langer in aftrek op de winst toe te laten. Of dat het geval is, wordt bepaald aan de hand van een rekenregel. De rekenregel houdt in dat de belastingplichtige tegen de aftrekbeperking aanloopt als het bedrag van zijn deelnemingen groter is dan zijn eigen vermogen. Deelnemingen zijn belangen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

Uit de consultatie kwam naar voren dat er begrip bestaat voor de wens om de aftrek van deelnemingsrente te beperken. Wel werd er gepleit voor versoepeling van de aftrekbeperking, bijvoorbeeld door de aftrekbeperking niet voor alle deelnemingen te laten gelden, maar alleen voor meerderheidsdeelnemingen.

In de aftrekbeperking werd geen onderscheid gemaakt tussen rente ter zake van binnenlandse en rente ter zake van buitenlandse deelnemingen. Toch is ook hier inmiddels de vraag opgekomen hoe die beperking zich verhoudt tot het EG-recht. Die vraag geldt niet de aftrekbeperking als zodanig, maar de combinatie van de aftrekbeperking en het regime van de fiscale eenheid. Als er sprake is van een fiscale eenheid tussen een moedermaatschappij en een dochtermaatschappij, wordt er fiscaal slechts één belastingplichtige gezien (die bestaat uit de moeder en de dochter). Omdat er geen deelneming meer wordt gezien, is de aftrekbeperking niet van toepassing. Een fiscale eenheid kan alleen worden gevormd binnen Nederland. Dat betekent dat een belastingplichtige moedermaatschappij de mogelijkheid heeft om met betrekking tot binnenlandse 95%-dochters aan de renteaftrekbeperking te ontkomen; met betrekking tot buitenlandse 95%-dochters bestaat die mogelijkheid niet. Op dit moment is het onduidelijk of een dergelijk verschil een (niet gerechtvaardigde) vorm van discriminatie of belemmering vormt in de zin van de Europese verdragsvrijheden.¹ Het kan zijn dat de uitkomst van de X-holdingprocedure voor het HvJ EG² over de reikwijdte van het Nederlandse fiscale-eenheidsregime hier meer duidelijkheid over geeft. Die

¹ Deze onzekerheid is onderstreept door een recent arrest van de Hoge Raad (HR, 2 oktober 2009, nr. 08/00900, VN 2009/49.22) waaruit kan worden opgemaakt dat een belastingplichtige niet eerst een grensoverschrijdende fiscale eenheid hoeft aan te vragen om te kunnen procederen over de vraag hoe het mislopen van één enkel positief effect van de fiscale eenheid zich verhoudt tot de EG-verdragsvrijheden.

² X Holding (Zaak C -337/08).

kans lijkt thans echter gering. 19 november jl. is de conclusie van de advocaat-generaal in deze zaak gepubliceerd.³ De AG concludeert dat het niet in strijd is met het EG-recht om te weigeren buitenlandse dochters op te nemen in de fiscale eenheid. Weliswaar is het een belemmering van de vrijheid van vestiging, maar de AG is van mening dat deze gerechtvaardigd is. Het HvJ EG volgt in ca. 70% van de gevallen de conclusie. De uitspraak in deze zaak wordt verwacht tussen maart en juli 2010. Als in deze procedure de conclusie van de AG wordt gevolgd, zou het huidige Nederlandse fiscale-eenhedsregime in grote lijnen EU-proof zijn. Dat zou echter nog geen zekerheid geven over de EG-rechtelijke houdbaarheid van een aftrekbeperking voor deelnemingsrente. Bij invoering van nieuwe voordelen (c.q. nadelen die door een fiscale eenheid kunnen worden ontlopen, zoals een aftrekbeperking voor deelnemingsrente) zal namelijk opnieuw moeten worden gerechtvaardigd waarom deze voordelen beperkt worden tot het Nederlandse grondgebied. Dit betekent dat eventuele invoering van een aftrekbeperking voor deelnemingsrente een forse budgettaire derving tot gevolg heeft in geval de Nederlandse staat een procedure op dit punt zou verliezen.

Een aanpak om het EG-rechtelijke risico weg te nemen, zou kunnen bestaan uit het negeren van de fiscale eenheid voor de toepassing van de aftrekbeperking voor deelnemingsrente. De deelneming blijft dan zichtbaar, waardoor de renteaftrekbeperking ook gaat gelden voor 95%-dochters die gevoegd zijn in een fiscale eenheid. De materiële gevolgen daarvan kunnen worden voorkomen door de schulden te verleggen van de moedermaatschappij naar dochters. Een dergelijke verlegging van schulden is naar verwachting - zeker voor grotere concerns die veelal centraal vreemd vermogen aantrekken - een zeer ingrijpende operatie. Ook als een concern niet voor schuldverlegging kiest of als een schuldverlegging niet nodig zou zijn, zou de renteaftrekbeperking administratief een zwaardere belasting betekenen. Immers voor alle in een fiscale eenheid gevoegde vennootschappen zou afzonderlijk beoordeeld moeten worden of de renteaftrekbeperking van toepassing is.⁴ Daar komt bij dat er weinig reden is om de aftrekbeperking voor deelnemingsrente binnen een fiscale eenheid te laten gelden; in een dergelijke situatie is er namelijk geen mismatch tussen aftrekbare rentelasten en vrijgestelde deelnemingsvoordelen. Al met al lijkt deze aanpak weinig aantrekkelijk.

Een aanpak die (in theorie) ook mogelijk is, bestaat uit het vervangen van de huidige consolidatiebenadering van het regime van de fiscale eenheid door een verliesoverheveling. Dit zou evenwel een ingrijpende operatie betekenen met gevolgen die nog groter zijn dan het negeren van de fiscale eenheid voor de aftrekbeperking van deelnemingsrente.

³ Conclusie van advocaat-generaal J. Kokott van 19 november 2009 (Zaak C -337/08).

⁴ Het aantal gevallen waarvoor dit zou gelden zou mogelijk beperkt kunnen worden door de drempel van € 250.000 voor het bedrag van de niet-aftrekbare rente te verhogen. Wel zal in voorkomende gevallen de toets toch moeten worden uitgevoerd om vast te stellen of onder de drempel wordt gebleven.

Een andere aanpak zou kunnen bestaan uit een beperktere herziening van het regime van de fiscale eenheid, specifiek gericht op het zekerstellen dat dit regime uit EG-rechtelijk perspectief niet (ongerechtvaardigd) belemmerend werkt op het punt van de aftrekbeperking voor deelnemingsrente. Een eerste mogelijkheid is om formeel een grensoverschrijdende fiscale eenheid mogelijk te maken. Buitenlandse dochters worden dan behandeld als vaste inrichting. Om de budgettaire gevolgen van de daarmee samenhangende verliesimport te beperken, zou dit in ieder geval gepaard moeten gaan met een meer territoriale benadering voor buitenlandse vaste inrichtingen. Dit zou betekenen dat de verrekening van vaste-inrichtingsverliezen wordt beperkt tot eventuele stakingsverliezen.

Een tweede (minder vergaande) mogelijkheid - waarmee hetzelfde wordt bereikt - is om in de aftrekbeperking voor deelnemingsrente een keuzemogelijkheid op te nemen op grond waarvan een belastingplichtige voor de toepassing van die aftrekbeperking buitenlandse deelnemingen als een vaste inrichting mag beschouwen. Verdedigd kan worden dat hiermee voor de toepassing van de aftrekbeperking voor deelnemingsrente in feite een fiscale eenheid over de grens mogelijk wordt, waardoor geen sprake zou zijn van een (ongerechtvaardigde) belemmering in de zin van het EG-recht. Voor beide mogelijkheden geldt echter dat nu niet met zekerheid kan worden gezegd dat er geen sprake is van spanning met het EG-recht.

Earningsstripping

De earningsstrippingmaatregel die was opgenomen in het consultatiedocument houdt in dat rente niet aftrekbaar is voor zover die meer bedraagt dan 30% van de belastbare winst voor rente en afschrijving. Die aftrekbeperking is alleen van toepassing als de belastingplichtige deel uitmaakt van een groep. Zij is niet van toepassing als de verhouding eigen vermogen/vreemd vermogen bij de belastingplichtige beter is dan bij de groep als geheel. Daarbij wordt het eigen vermogen verminderd met de waarde van de deelnemingen. Reden hiervoor is dat eigen vermogen waarmee deelnemingen zijn gefinancierd niet tot belastbare winst leidt (deelnemingsvoordelen zijn namelijk vrijgesteld).

In de consultatie gaf een deel van de respondenten de voorkeur aan een earningsstrippingmaatregel. Reden hiervoor was vooral de internationale herkenbaarheid. Als belangrijkste bezwaar is naar voren gebracht dat een earningsstrippingmaatregel pro cyclisch werkt. Ondernemingen die in een slechte economische positie verkeren, bijvoorbeeld door de huidige economische omstandigheden, zouden (een deel) van hun renteaftrek verliezen ook als daar in feite geen reden voor is. Een ander bezwaar dat werd aangevoerd, is dat de aftrekbeperking - door de koppeling aan een fluctuerende grootte als de belastbare winst - een moeilijk voorspelbaar karakter heeft.

Verder is ook met betrekking tot deze aftrekbeperking inmiddels de vraag opgekomen hoe die zich verhoudt tot het EG-recht. Die vraag doet zich al voor met betrekking tot de hoofdregel dat rente niet aftrekbaar is voor zover die

meer bedraagt dan 30% van de belastbare winst. In de belastbare winst blijven de voordelen uit deelnemingen namelijk buiten beschouwing. Als sprake is van een fiscale eenheid tussen een moedermaatschappij en een dochtermaatschappij, wordt er fiscaal slechts één belastingplichtige gezien (die bestaat uit de moeder en de dochter). Omdat de winst van de dochtermaatschappij dan wel deel uitmaakt van de belastbare winst, is de aftrekbeperking niet van toepassing. Een fiscale eenheid kan alleen worden gevormd binnen Nederland. Dat betekent dat een belastingplichtige moedermaatschappij de mogelijkheid heeft om met betrekking tot binnenlandse 95%-dochters aan de renteaftrekbeperking te ontkomen; met betrekking tot buitenlandse 95%-dochters bestaat die mogelijkheid niet. Ook deze spanning met het EG-recht zou - net als bij de aftrekbeperking voor deelnemingsrente - kunnen worden weggenomen door een ingreep in het regime van de fiscale eenheid. Hieraan kleven echter dezelfde bezwaren.

Een verdere onzekerheid zit in de toetsen die de regeling bevat om reële situaties te ontzien. De groepstoets heeft tot gevolg dat een belastingplichtige met alleen fiscaal gevoegde binnenlandse 95%-dochters niet geconfronteerd zal worden met de aftrekbeperking. De belastingplichtige (de fiscale eenheid) maakt in dat geval fiscaal gezien immers geen deel uit van de groep, maar valt met de groep samen. Als er sprake is van buitenlandse dochters, vormt de belastingplichtige daarentegen wel onderdeel van een groep en kan de aftrekbeperking dus van toepassing worden.

In de vermogensverhoudingstoets wordt het eigen vermogen van de belastingplichtige verminderd met de deelnemingen. Dit betekent dat bij een belastingplichtige met deelnemingen de verhouding eigen vermogen/vreemd vermogen verslechtert. Een belastingplichtige met binnenlandse 95%-deelnemingen kan dit effect voorkomen door een fiscale eenheid te vormen. Een belastingplichtige met buitenlandse 95%-deelnemingen heeft die mogelijkheid niet.

Beide toetsen kennen dus dezelfde onzekerheid op het punt van het EG-recht als de aftrekbeperking deelnemingsrente.