

Wijzigingen renteaftrekbeperingen bij winstdrainage en overnameholdings per 1 januari 2017

Mr.dr. R.A. Bosman¹

In deze bijdrage worden behandeld de in het Belastingplan 2017 opgenomen wijzigingen in de renteaftrekbeperingen van art. 10 Wet VPB 1969 (winstdrainage) en van art. 15ad Wet VPB 1969 (overnameholdings).

1. Inleiding

Het Belastingplan 2017, dat op 20 december 2016 is aangenomen door de Eerste Kamer, bevat enkele wijzigingen van de renteaftrekbeperingen van art. 10a en art. 15ad Wet VPB 1969. Art. 10a Wet VPB 1969 beoogt winstdrainage tegen te gaan, terwijl art. 15ad Wet VPB 1969 zich keert tegen bovenmatige renteaftrek door overnameholdings binnen fiscale eenheid. In deze bijdrage bespreek ik de wijzigingen van deze artikelen.² De wijziging van art. 10a Wet VPB 1969 komt aan de orde in paragraaf 2, gevolgd door de aanpassingen van art. 15ad Wet VPB 1969 (inclusief het aangepaste overgangsrecht) in paragraaf 3. Paragraaf 4 bevat een korte vooruitblik op toekomstige ontwikkelingen, gevolgd door enkele afsluitende opmerkingen in paragraaf 5.

De wijzigingen van art. 15ad Wet VPB 1969 vinden hun oorsprong in de initiatiefnota van de Tweede Kamerleden Groot en Nijboer, 'Private equity: einde aan de excessen'.³ De initiatiefnemers wensten ondernemingen te beschermen tegen vermeend buitensporig gedrag door private-equity-investeerdere, waaronder excessieve schuldfinanciering van investeringen, en hun nota bevatte in dat kader twaalf gerichte voorstellen op diverse terreinen. Een drietal voorstellen heeft betrekking op de overnameholdingbepaling van art. 15ad Wet VPB 1969. Hoewel de initiatiefnemers meenden dat de maatregel van art. 15ad Wet VPB 1969 over het algemeen effectief is, signaleerden zij een aantal

tekortkomingen in de werking ervan.⁴ In reactie op deze nota heeft het Ministerie van Financiën toegezegd de benodigde aanpassingen van de overnameholdingbepaling nader uit te werken en deze, na een internetconsultatie, in het Belastingplan 2017 op te nemen.⁵ Daarnaast meende het kabinet dat, voor een effectieve bestrijding van het onwettelijk gebruik van renteaftrek door overnamepartijen, de wijzigingen in de overnameholdingbepaling vergezeld moesten gaan van een aanpassing van de renteaftrekbepering van art. 10a Wet VPB 1969. Een conceptversie van de wijzigingen van art. 10a en art. 15ad Wet VPB 1969 is in juni/juli 2016 via de internetconsultatie aan het publiek voorgelegd.⁶ Belangstellenden konden – al dan niet vertrouwelijk – commentaar leveren op de ontwerp wijzigingen. Van deze mogelijkheid hebben tien partijen gebruik gemaakt, waarvan er zeven een openbare reactie hebben gegeven. Naar aanleiding van de reacties op de internetconsultatie heeft het kabinet enkele wijzigingen doorgevoerd in de voorgestelde wetteksten. Bovendien is de toelichting op de voorstellen op bepaalde punten aangepast dan wel uitgebreid. Een voor de praktijk zwaarwegende aanpassing ten opzichte van het conceptvoorstel betreft de wijziging van het overgangsrecht met betrekking tot art. 15ad Wet VPB 1969 (zie par. 3.4 hierna).

2. Introductie 'samenwerkende groep' in art. 10a Wet VPB 1969

2.1. Algemeen

Art. 10a Wet VPB 1969 bevat een aftrekbepering voor rente (inclusief kosten en valutaresultaten) op schulden die een belastingplichtige aangaat jegens een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijke persoon, en die verband houden met bepaalde 'besmette' rechtshandelingen zoals omschreven in art. 10a, lid 1, Wet VPB 1969. De renteaftrekbepering is niet van toepassing indien een belastingplichtige voldoet aan de zogenoemde tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3, Wet VPB 1969. Op grond hiervan

1 Belastingadviseur bij Loyens & Loeff NV en als docent belastingrecht verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

2 Zie voor een beschouwing van de (concept)wijzigingen tevens o.a. M.H.C. Ruijschop, 'Internetconsultatie aanpassing art. 15ad en art. 10a Wet VPB 1969', *NtFR* 2016/1730; commentaar van H. Lohuis, 'Wetsvoorstel Belastingplan 2017', *NtFR* 2016/2354; J.L. van de Streek, 'De voorgestelde wijzigingen in de vennootschapsbelasting per 1 januari 2017', *WFR* 2016/194; A.C.P. Bobeldijk en P.D. Roos, 'De voorgestelde wijzigingen in art. 10a en 15ad Wet VPB 1969: over nut en noodzaak', *WFR* 2016/208; commentaar van H. Lohuis, 'Belastingplan 2017: nota n.a.v. het verslag en tweede nota van wijziging', *NtFR* 2016/2595.

3 Kamerstukken II, 2014-2015, 34 267, nr. 2.

4 Kamerstukken II, 2014-2015, 34 267, nr. 2, p. 11-12. De initiatiefnemers signaleerden, samengevat, de volgende tekortkomingen: (i) de zevenjaarstermijn van art. 15ad, lid 6, Wet VPB 1969 kan omzeild worden door een overnamestructuur aan te passen, (ii) bankleningen die het overgenomen bedrijf zelf aantrekt in het kader van de overname vallen niet onder art. 15ad Wet VPB 1969, hetgeen herfinanciering van de overnamesom op het niveau van het overgenomen bedrijf uitlokt, en (iii) partijen kunnen profiteren van het overgangsrecht (op grond waarvan art. 15ad Wet VPB 1969 niet van toepassing is op overnames die hebben plaatsgevonden vóór 15 november 2011) door bij een doorverkoop de overnameholding met het bedrijf mee te verkopen. De initiatiefnota bevatte geen voorstel tot aanpassing van art. 10a Wet VPB 1969.

5 Brief van de minister en staatssecretaris van Financiën, 21 december 2015, Kamerstukken II, 2015-2016, 34 267, nr. 3, p. 4-6.

6 Zie www.internetconsultatie.nl/renteaftrekbeperingen.

blijft renteaftrek behouden indien, kort samengevat, een belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de schuld en de rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen (dubbele zakelijkheidstoets), dan wel dat de rente onderworpen is aan een compenserende heffing.

Een verbonden lichaam is in art. 10a, lid 4, Wet VPB 1969 gedefinieerd als:

- een lichaam waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft; of
- een lichaam dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige; of
- een lichaam waarin een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige.

De bij het Belastingplan 2017 ingevoerde aanpassing van art. 10a Wet VPB 1969 beoogt primair grondslaguitholling bij overnamefinancieringen door een zogenoemde 'samenwerkende groep' te bestrijden, bijvoorbeeld in het kader van private-equitystructuren. Het gaat om lichamen die optreden als samenwerkende groep en waarbij individueel niet, maar als samenwerkende groep wel sprake is van verbondenheid.⁷ Hoewel de parlementaire toelichting zwaar de nadruk legt op private-equitystructuren, is de aanpassing van art. 10a Wet VPB 1969 niet tot deze sector beperkt. Het begrip samenwerkende groep kan zich in potentie voordoen in relatie tot alle gevallen waarin art. 10a Wet VPB 1969 aangrijpt. De wetgever verwacht dat de maatregel zowel binnenlandse als buitenlandse overnamepartijen raakt. De impact voor binnenlandse overnamepartijen is naar verwachting van de wetgever echter aanzienlijk beperkter dan voor buitenlandse partijen (anders dan bij de aanpassingen van art. 15ad Wet VPB 1969). In binnenlandse verhoudingen zou namelijk minder vaak een samenwerkende groep worden opgezet, nu rentebaten in Nederland tegen hetzelfde tarief worden belast als waartegen de rentelasten worden afgetrokken, terwijl in internationale verhoudingen de rente vaak zou neerslaan in een laagbelastende jurisdictie.⁸ Op basis van een indicatieve schatting treft de aanpassing ongeveer 200 structuren.⁹

2.2. Uitbreiding verbondenheid naar 'samenwerkende groep' (art. 10a, lid 6, eerste volzin, Wet VPB 1969)

De wijziging van art. 10a Wet VPB 1969 op grond van het Belastingplan 2017 betreft de uitbreiding van het verbondenheids criterium met het begrip 'samenwerkende groep'. Dit gebeurt door de toevoeging van een nieuw zesde lid aan art. 10a Wet VPB 1969 (met vernummering van het bestaande lid 6 tot lid 7), dat bestaat uit twee volzinnen. De eerste volzin van het nieuwe lid 6 merkt, voor de toepassing van art. 10a, lid 1 t/m 3, en art. 15ad Wet VPB 1969, als verbonden lichaam mede aan 'een lichaam dat een belang heeft in de belastingplichtige en dat samen met een of meer andere lichamen die met dat lichaam een samenwerkende groep vormen voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige'. Voor de toepassing van het verbondenheids criterium worden belangen gehouden door lichamen die deel uitmaken van een 'samenwerkende groep' dus samengevoegd. Op grond van de tweede volzin van het nieuwe lid 6, die een uitbreiding vormt op de eerste volzin, wordt als verbonden lichaam bovendien aangemerkt 'een lichaam waarin de lichamen die deel uitmaken van de samenwerkende groep, bedoeld in de eerste volzin, gezamenlijk voor ten minste een derde gedeelte belang hebben'. Deze toevoeging betreft de situatie dat eenzelfde samenwerkende groep, naast een belang in de belastingplichtige, ook een belang van ten minste een derde heeft in een ander lichaam. In de beschreven omstandigheden wordt het laatstgenoemde lichaam als verbonden met de belastingplichtige aangemerkt.

Het samenwerkendegroepsbegrip beperkt zich volgens de bewoordingen van art. 10a, lid 6, Wet VPB 1969 tot de toepassing van art. 10a en art. 15ad Wet VPB 1969. Voor de toepassing van andere bepalingen van de Wet VPB 1969 die het begrip 'verbonden lichaam' hanteren, is dus niet relevant of sprake is van een samenwerkende groep.¹⁰ Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de deelnemingsvrijstelling en het fiscale-eenheidsregime (zie de opsomming in de aanhef van art. 10a, lid 4, Wet VPB 1969). In feite introduceert de wetgever hiermee een tweede, ruimer verbondenheidsbegrip dat alleen binnen het kader van de genoemde renteaftrekbepalingen een rol speelt. De uitbreiding van het verbondenheids criterium werkt bovendien niet door naar verbonden natuurlijke personen in de zin van art. 10a, lid 5, Wet VPB 1969. Samenwerkende groepen van natuurlijke personen blijven dus buiten het bereik van de aanpassing van art. 10a Wet VPB 1969.¹¹

7 Bericht Ministerie van Financiën op website internetconsultatie, V-N 2016/35.8; memorie van toelichting, Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 55.

8 Nota n.a.v. het verslag, Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 51. De wetgever meent echter dat de aanpassingen van art. 15ad Wet VPB 1969 binnenlandse en buitenlandse partijen even zwaar treffen (zie Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 51). De vraag is of de verwachte zwaardere consequenties voor buitenlandse partijen in EU-verhoudingen twijfels kan oproepen over de verenigbaarheid van het samenwerkendegroepsbegrip met de EU-rechtelijke vrijheid van vestiging.

9 Nota n.a.v. het verslag, Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 53. De inschatting is gebaseerd op het aantal bedrijven dat jaarlijks investeringen aantrekt van

participatiemaatschappijen, gecombineerd met inschattingen van het gebruik van de genoemde structuren.

10 Tenzij moet worden aangenomen dat dit begrip reeds uit de huidige wettekst volgt, hetgeen naar mijn mening niet het geval is (zie ook par. 2.7 hierna).

11 Overigens kan wel een beperkte groepsbenadering onderkend worden in de familiere-laties zoals omschreven in art. 10a, lid 5, onderdeel c, Wet VPB 1969.

De bewijslast om aannemelijk te maken dat sprake is van een samenwerkende groep berust in beginsel bij de Belastingdienst.¹² Belastingplichtigen moeten desgevraagd de informatie verstrekken die de Belastingdienst bij de beoordeling daarvan nodig heeft. Waar de aanwezigheid van een samenwerkende groep leidt tot een beperking van renteaftrek op grond van art. 10a, lid 1, Wet VPB 1969, is het aan belastingplichtigen om, met behulp van de bestaande tegenbewijsregeling van art. 10a, lid 3, Wet VPB 1969, eventuele zakelijke overwegingen dan wel de aanwezigheid van een compenserende heffing aannemelijk te maken.¹³

Het begrip ‘samenwerkende groep’ is niet nader wettelijk gedefinieerd, ondanks diverse uitdrukkelijke verzoeken daartoe in de internetconsultatie en de Kamerbehandeling. De wetgever verkiest een materiële toets boven een gedetailleerde wettelijke omschrijving. Hoewel de wetgever erkent dat dit tot rechtsonzekerheid kan leiden, heeft deze optie zijn voorkeur aangezien hij vreest dat belastingplichtigen bij een nauw omschreven definitie zodanig zullen gaan structureren dat zij buiten de definitie blijven.¹⁴ Tijdens de Eerste Kamerbehandeling is als additionele grond voor deze materiële toets aangegeven dat hiermee flexibiliteit wordt bereikt om mee te bewegen met ‘veranderende maatschappelijke opvattingen’, zodat kan worden geanticipeerd op nog niet voorziene ontwikkelingen.¹⁵ De wetgever biedt de Belastingdienst hierbij duidelijk de ruimte voor een dynamische uitleg van het begrip ‘samenwerkende groep’. Ik betwijfel echter of er maatschappelijke opvattingen bestaan over dit begrip. Het *rule based*-karakter van art. 10a Wet VPB 1969 biedt naar mijn mening bovendien beperkte ruimte voor een dynamische interpretatie (zie ook hierna). Met het oog op de – ook door de wetgever gesignaleerde – balans tussen dynamiek en rechtszekerheid zou het naar mijn mening passend zijn als het Ministerie van Financiën of de Belastingdienst nieuwe of gewijzigde inzichten over de interpretatie van het begrip ‘samenwerkende groep’ openbaar maken, bijvoorbeeld door middel van een aanvulling op het beleidsbesluit met betrekking tot art. 10a Wet VPB 1969.¹⁶ Het ontbreken van de mogelijkheid de inspecteur te vragen om een voor bezwaar vatbare beschikking waarin hij de eventuele aanwezigheid van een samenwerkende groep bevestigt, is vanuit het oogpunt van rechtszekerheid naar mijn mening een gemis in het nieuwe art. 10a, lid 6, Wet VPB 1969.¹⁷ Dit zal partijen er vermoe-

delijk niet van weerhouden hun situatie in voorkomende gevallen toch voor te leggen aan de Belastingdienst.

Tijdens de Eerste Kamerbehandeling is aangegeven dat inspecteurs de beoordeling of sprake is van een samenwerkende groep binnen de Belastingdienst afstemmen met de Coördinatiegroep Taxhavens en Concernfinanciering (CTC). Dit zou moeten bijdragen aan een uniforme uitleg van het begrip samenwerkende groep.¹⁸ Naar mijn mening zou het bovendien de rechtszekerheid, althans de kenbaarheid van beleid, ten goede komen als de beoordelingscriteria die de CTC hanteert openbaar zijn.

De wetgever meent dat een materiële toets aansluit bij het feit dat art. 10a Wet VPB 1969 eerder een *principle based* dan een *rule based*-karakter heeft.¹⁹ Ik heb mijn bedenkingen bij deze opmerking. Een *principle based*-regeling is gebaseerd op een beginsel of open norm.²⁰ Voorbeelden hiervan zijn een algemene antimisbruiktoets zoals per 1 januari 2016 opgenomen in art. 17, lid 3, onderdeel b, Wet VPB 1969, een *principle purpose test* of *fraus legis*. Art. 10a Wet VPB 1969 werkt echter ‘mechanisch’ en definieert in detail welke financieringen en rechtshandelingen binnen haar bereik vallen. Indien de ontstaansfeiten van art. 10a, lid 1, Wet VPB 1969 zich bij een belastingplichtige voordoen, is de rente in beginsel niet aftrekbaar. Naar mijn mening blijkt uit de systematiek van art. 10a Wet VPB 1969 dat de bepaling een *rule based*-karakter heeft. Het feit dat de bepaling diverse open normen hanteert, zoals ‘rechtens dan wel in feite direct of indirect’, maakt art. 10a Wet VPB 1969 nog niet *principle based*. Een belangrijke rol voor open normen lijkt met name weggelegd voor de dubbele zakelijkheidstoets binnen de tegenbewijsregeling. Tijdens de Eerste Kamerbehandeling lijkt de wetgever het *principle based*-karakter wat meer te betrekken op het begrip samenwerkende groep als zodanig.²¹ Ook in die lezing zijn er naar mijn mening, los van de parlementaire toelichting, in de wettekst weinig basisbeginselen te vinden die kunnen dienen als aanknopingspunt om het begrip samenwerkende groep in te vullen.

2.3. Invulling begrip ‘samenwerkende groep’

De parlementaire toelichting geeft diverse voorbeelden van verschijningsvormen van een samenwerkende groep. Voor-

12 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 106.

13 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 57; Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 49 en p. 113.

14 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 49.

15 Kamerstukken I, 2016-2017, 34 552, E, p. 52.

16 Besluit van 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M, NTFR 2013/806, BNB 2013/136.

17 Vgl. art. 10a, lid 4, Wet VPB 1969, zoals dit luidde tot 1 januari 2008. Op grond van deze bepaling had een samenwerkende groep van niet-verbonden lichamen de mogelijkheid de inspecteur te verzoeken deze groep aan te merken als verbonden lichamen.

De inspecteur besliste op dit verzoek bij voor bezwaar vatbare beschikking. Deze bepaling hing samen met het voormalige concernfinancieringsregime van art. 15b (oud) Wet VPB 1969 en is in verband met het afschaffen van dit regime geschrapt (zie Kamerstukken II, 2007-2008, 31 404, nr. 3, p. 18).

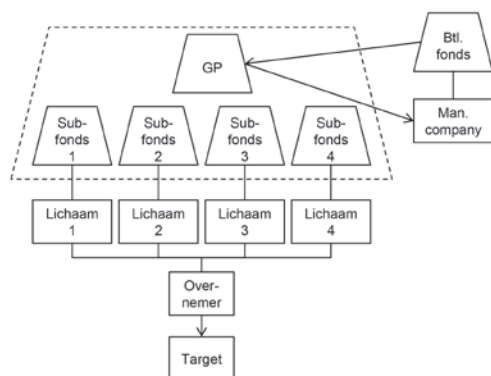
18 Kamerstukken I, 2016-2017, 34 552, nr. E, p. 52.

19 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 49.

20 Zie bijvoorbeeld R.H. Happé, *Belastingrecht en de geest van de wet*, Tilburg 2011, p. 35 e.v. Vgl. de diverse alternatieve renteaftrekbeperkingen voorgesteld door O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek*, Fiscale Monografieën nr. 113), 2007, par. 8.9.

21 Kamerstukken I, 2016-2017, 34 552, nr. E, p. 52.

opgesteld wordt dat de aanwezigheid van een samenwerkende groep afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het concrete geval. In de memorie van toelichting is het volgende, uitgebreide voorbeeld van een private-equity-investering opgenomen:²²



Een (buitenlandse) fondsaanbieder biedt potentiële investeerders, zoals institutionele beleggers, beleggingsfondsen en andere vermogensbeheerders, de mogelijkheid om deel te nemen in een fonds. Het fonds bestaat uit de subfondsen 1 t/m 4. De achterliggende investeerders of de (sub)fondsen hebben de zeggenschap overgedragen aan een general partner die het fonds beheert of de management company aanstelt en aanstuurt. De general partner neemt voor een beperkt bedrag deel in het fonds, maar krijgt een significant deel van de winst (carried interest). De verschillende investeerders zeggen bedragen toe, die vervolgens worden afgevoerd en ondergebracht in de subfondsen. De vier fondsen houden elk een belang in de lichamen 1 t/m 4. Ten behoeve van de overname van een target richten deze lichamen een overnemende vennootschap op.²³ De lichamen 1 tot en met 4 verstrekken een lening aan de overnemende vennootschap die wordt gefinancierd door de investeerders.

De verschillende lichamen houden individueel geen belang van ten minste een derde in de overnemende vennootschap, waardoor deze lichamen niet verbonden zijn met de overnemende vennootschap in de zin van art. 10a, lid 4, Wet VPB 1969. Art. 10a Wet VPB 1969 zou derhalve niet van toepassing zijn. Nu de fondsen, dan wel de lichamen 1 t/m 4, deel uitmaken van een samenwerkende groep, zal echter elk fonds of lichaam worden aangemerkt als verbonden met de overnemende vennootschap dan wel de target, en zul-

len leningen verstrekt door elk fonds of lichaam binnen de reikwijdte van art. 10a Wet VPB 1969 vallen.

Op grond van het voorbeeld in de memorie van toelichting is in ieder geval sprake van een samenwerkende groep in de volgende omstandigheden:²⁴

- de materiële zeggenschap over de – vormgeving van de – investering en het gezamenlijke belang in de overgenomen vennootschap berust bij een coördinerende (rechts)persoon, zoals in het voorbeeld de general partner die het fonds beheert; en
- elke aandeelhouder verschaft onder min of meer vergelijkbare voorwaarden en in min of meer dezelfde verhouding eigen vermogen en (risicovolle) leningen.

Andere indicatoren voor de aanwezigheid van een samenwerkende groep, ontleend aan de memorie van toelichting, zijn de volgende:

- voor de investeerders is sprake van een gezamenlijke en parallelle investering onder regie van de general partner van het fonds;
- het is de investerende lichamen of subfondsen niet toegestaan tussentijds hun belang te verminderen of uit de investering te stappen;
- de general partner bepaalt feitelijk of materieel de mix van aandelenkapitaal en leningen.

Voor het constateren of al dan niet sprake is van een samenwerkende groep is, volgens de parlementaire toelichting, in algemene zin relevant of de investering in de overgenomen vennootschap en de daarbij behorende vormgeving van de financiering gecoördineerd plaatsvindt. Coördinatie ten aanzien van de vormgeving van de investering en de financiering kan volgens de toelichting veelal afgeleid worden uit het geheel aan overeenkomsten waarin partijen de onderlinge afspraken over de investering en financiering hebben vastgelegd. Een element hiervan is dat de betrokken deelnemers zich niet eenzijdig kunnen terugtrekken of hun positie kunnen wijzigen. Een aanwijzing dat sprake is van coördinatie kan bijvoorbeeld worden ontleend aan een coördinerende en sturende rol van een management company / general partner van het private-equityhuis of aan het geheel van contractuele overeenkomsten tussen de investeerders. De coördinerende rol kan zich op verschillende niveaus bevinden. Ook personen of vennootschappen die niet direct of indirect aandeelhouder zijn, kunnen bijvoorbeeld deze rol vervullen. De aanwezigheid van een samenwerkende groep dient volgens de toelichting beoordeeld te worden op basis van het geheel aan overeenkomsten aangaande de investering en de financiering, alsmede de feitelijke gedragingen van partijen.²⁵

²² Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 55-56.

²³ In de illustratie in de memorie van toelichting wordt de investerende vennootschap, anders dan in het consultatiedocument, merkwaardig genoeg aangeduid met 'Target' (de illustratie is voor het overige ongewijzigd overgenomen). Het consultatiedocument refereerde naar deze vennootschap als 'overnemende vennootschap'. De reden voor deze wijziging blijkt niet uit de tekst van de toelichting in de memorie van toelichting, die juist verbondenheid constateert tussen de leden van de samenwerkende groep aan de ene kant en de overnemende vennootschap en de target aan de andere kant.

²⁴ Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 56.

²⁵ Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 57; Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 49; Kamerstukken I, 2016-2017, 34 552, E, p. 52. De toelichting

Ondanks het uitvoerige voorbeeld van een private-equitystructuur in de memorie van toelichting is het begrip ‘samenwerkende groep’ daartoe niet beperkt. Volgens de memorie van toelichting kan een samenwerkende groep zich bijvoorbeeld ook voordoen bij:²⁶

- joint ventures;
- het gebruik van een Stichting Administratiekantoor (STAK);
- gezamenlijke investeringen door vier of meer familieleden.

Onder welke omstandigheden deze situaties leiden tot een samenwerkende groep is slechts summier toegelicht in de parlementaire stukken. De voorbeelden worden verder ingekaderd door de opmerkingen dat een gezamenlijke investering nog geen samenwerkende groep oplevert, maar dat hiervoor een ‘materiële samenwerking tussen de investeerders’ vereist is. Over de STAK is opgemerkt dat certificering op zichzelf niet leidt tot een samenwerkende groep, maar dat dit anders kan liggen als uit aanvullende overeenkomsten of feitelijke gedragingen blijkt dat de STAK is gericht op samenwerking tussen de certificaathouders onderling, of tussen de certificaathouders en de bestuurder van de STAK.²⁷ Ik zou menen dat de samenwerkende groep in die omstandigheden veeleer volgt uit de gecoördineerde samenwerking ten aanzien van de investering en financiering door de participanten. Het vehikel dat gebruikt wordt voor de certificering, de STAK, lijkt in dat kader van ondergeschikt belang (waarbij de participanten overigens wel rechtspersonen moeten zijn). Nu de samenwerkende groep van art. 10a, lid 6 (nieuw), Wet VPB 1969 slechts lichamen omvat en geen verbonden natuurlijke personen, neem ik aan dat dit laatste voorbeeld betrekking heeft op een gezamenlijke en gecoördineerde investering van vier of meer familieleden via door hen gehouden vennootschappen.²⁸

Het samenwerkendegroepsbegrip maakte al eerder, in een andere context, onderdeel uit van art. 10a Wet VPB 1969. Op grond van art. 10a, lid 4, Wet VPB 1969 in de versie tot 11 juli 2008 kon de inspecteur een samenwerkende groep van niet-verbonden lichamen – op verzoek en bij voor bezwaar vatbare beschikking – aanmerken als verbonden lichamen.²⁹ Volgens de toelichting had deze (inmiddels vervallen) bepaling bijvoorbeeld betrekking op een concern met afzonderlijke topholdings in verschillende landen, dat op grond van winstpooling en bestuurlijke verwevenheid materieel als één concern kan worden beschouwd. Een

ander voorbeeld betrof lichamen met sterke onderlinge verwevenheid in de bedrijfsvoering, waarin een samenwerkende groep (zoals een familie) in plaats van één natuurlijke persoon een belang van minimaal een derde heeft.³⁰ De toelichting bij het Belastingplan 2017 verwijst niet naar deze eerdere bepaling, maar naar mijn mening zouden de genoemde voorbeelden ook behulpzaam kunnen zijn bij de uitleg van het begrip ‘samenwerkende groep’ in art. 10a, lid 6 (nieuw), Wet VPB 1969.

Het begrip ‘samenwerkende groep’ is voorts in 2009 de revue gepasseerd als onderdeel van de destijds voorgestelde (verplichte) groepsrentebox (art. 12c Wet VPB 1969), die echter nooit is ingevoerd.³¹ De verbondenheidsbepaling voor toepassing van de voorgestelde groepsrentebox (art. 12c, lid 2, Wet VPB 1969) was – anders dan art. 10a, lid 4, Wet VPB 1969 – gebaseerd op het criterium ‘zeggenschap’. Hiermee werd aansluiting beoogd met de consolidatieplicht op grond van IAS 27. Op grond van de specifieke bepaling voor samenwerkende groepen werden zeggenschapsrechten van een samenwerkende groep lichamen of natuurlijke personen toegerekend aan alle leden van die samenwerkende groep. De belastingplichtige die zekerheid vooraf wenste over de aanwezigheid van een samenwerkende groep, kon daartoe een verzoek indienen bij de inspecteur, die hierop diende te beslissen bij voor bezwaar vatbare beschikking. Volgens de toelichting moest bij een samenwerkende groep bijvoorbeeld worden gedacht aan bepaalde private-equitystructuren en joint ventures. Van een samenwerkende groep kon ook sprake zijn in geval van zeggenschapsrechten die verspreid over familieleden bestaan.³² De voorbeelden in de memorie van toelichting bij het Belastingplan 2017 van situaties waarin zich een samenwerkende groep kan voordoen, doen enigszins denken aan deze toelichting. Voor nadere aanknopingspunten bij de invulling van de samenwerkende groep werd in de toelichting bij de groepsrentebox verwezen naar de toelichting op het begrip gezamenlijke zeggenschap in IAS 31. Deze regel verstaat onder ‘joint control’: ‘the contractually agreed sharing of control over an economic activity.’ Hieraan wordt toegevoegd: ‘Joint control exists only when the strategic financial and operating decisions relating to the activity require the unanimous consent of the venturers.’ Nu de criteria belang en zeggenschap niet synchroon lopen, en gelet op het ontbreken van enige verwijzing naar de groepsrentebox, is het de vraag in hoeverre de toelichting op het voorgestelde art. 12c Wet VPB 1969 en de verwijzing daarin naar de IAS-regels relevant kan zijn bij de uitleg van het begrip samenwerkende groep in art. 10a, lid 6, Wet VPB

in de memorie van toelichting betreft op dit punt een uitbreiding ten opzichte van de tekst van het consultatiedocument.

26 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 57. Deze toelichting betreft een uitbreiding ten opzichte van de tekst van het consultatiedocument.

27 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 105.

28 Zie ook het commentaar van H. Lohuis in *NTR* 2016/2354.

29 Kamerstukken I, 2016-2017, 34 552, nr. E, p. 52.

30 Kamerstukken I, 1996-1997, 24 696, nr. 52b, p. 5.

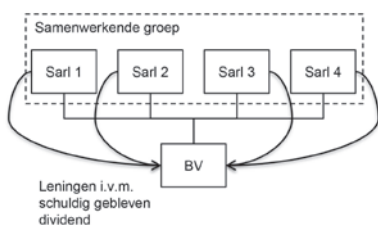
31 Brief van de staatssecretaris van Financiën, 14 juni 2009, Kamerstukken II, 2008-2009, 31 369, nr. 6.

32 Brief van de staatssecretaris van Financiën, 14 juni 2009, Kamerstukken II, 2008-2009, 31 369, nr. 6, p. 10-11.

1969 bij jointventurestructuren. Het lijkt er in elk geval op dat unanimiteit ten aanzien van de strategische financiële en operationele beslissingen een zwaardere toets is (en dus minder snel tot een samenwerkende groep zou leiden) dan een gecoördineerde investering waarbij investeerders niet eenzijdig kunnen terugtreden.

2.4. Relevantie voor besmette rechtshandelingen

Het begrip samenwerkende groep is binnen het kader van art. 10a Wet VPB 1969, naast de vraag of sprake is van een lening van een verbonden lichaam, ook relevant voor de constatering van een besmette rechtshandeling. Dit laatste aspect blijft in de parlementaire toelichting enigszins onderbelicht. De relevantie van het samenwerkendegroepsbegrip voor rechtshandelingen blijkt uit het volgende voorbeeld:



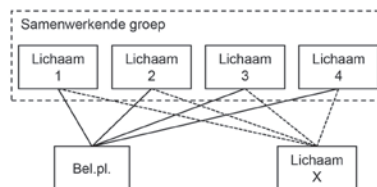
Een Nederlandse vennootschap keert dividend uit aan haar vier in het buitenland gevestigde aandeelhouders, die elk een belang van 25% in de vennootschap houden. De dividenduitkeringen zijn schuldig gebleven. De aandeelhouders maken deel uit van een samenwerkende groep als bedoeld in art. 10a, lid 6, Wet VPB 1969.

Als gevolg van de invoering van art. 10a, lid 6, Wet VPB 1969 houden de schulden verband met besmette rechtshandelingen, namelijk winstuitdelingen aan verbonden lichamen als bedoeld in art. 10a, lid 1, onderdeel a, Wet VPB 1969, waardoor de rente op deze schulden niet aftrekbaar is (behoudens tegenbewijs). Ook rechtshandelingen die voorheen niet onder art. 10a Wet VPB 1969 vielen wegens een gebrek aan verbondenheid, komen hiermee binnen het bereik van art. 10a Wet VPB 1969.³³ Voor zover dit zich voordoet bij feitencomplexen die vóór 1 januari 2017 zijn ontstaan, zit hierin een zekere materiële terugwerkende kracht (zie ook par. 2.7 hierna).

2.5. Parallele belangen gehouden door de samenwerkende groep (art. 10a, lid 6, tweede volzin, Wet VPB 1969)

De tweede volzin kwalificeert een ander lichaam als verbonden met de belastingplichtige indien de lichamen die deel uitmaken van een samenwerkende groep op grond van de eerste volzin (en derhalve verbonden zijn met de belastingplichtige) gezamenlijk voor ten minste een derde gedeelte belang hebben in dat andere lichaam. Deze uitbreiding strekt zich uit tot zowel schulden als rechtshandelingen ten aanzien van dat andere lichaam.

In de parlementaire toelichting is het volgende voorbeeld opgenomen met betrekking tot de tweede volzin van art. 10a, lid 6, Wet VPB 1969:³⁴



In deze situatie zijn de belastingplichtige en lichaam X verbonden lichamen. De samenwerkende groep bestaande uit de lichamen 1 t/m 4 houdt immers, naast het gezamenlijke belang van meer dan een derde in de belastingplichtige, een gezamenlijk belang van meer dan een derde in lichaam X.

De definitie van de tweede volzin vereist dat de lichamen die deel uitmaken van de samenwerkende groep, bedoeld in de eerste volzin, *gezamenlijk* een belang hebben in een ander lichaam. De memorie van toelichting spreekt bovendien over de situatie dat ‘dezelfde samenwerkende groep ook nog een belang van ten minste een derde heeft in een ander lichaam’.³⁵ Of sprake is van een samenwerkende groep, dient volgens de parlementaire toelichting bovendien per investering separaat beoordeeld te worden (in dit voorbeeld dus voor zowel de belastingplichtige als lichaam X).³⁶ Een en ander suggereert dat de verbondenheid wordt geconstrueerd via een samenwerkende groep bestaande uit dezelfde lichamen. De verbondenheid op grond van lid 6 strekt zich derhalve niet uit naar belangen

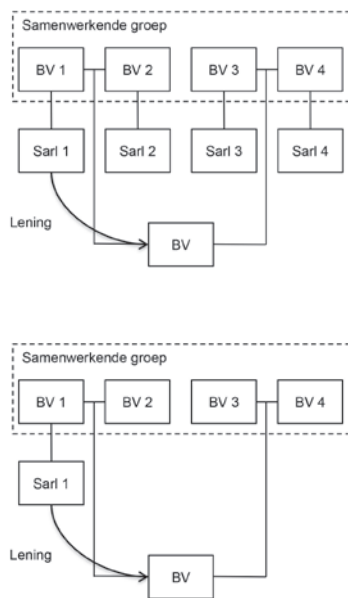
33 Zie ook het commentaar van H. Lohuis in *NFR* 2016/2354. Vgl. M.J.M. van der Weijden, ‘Het tijdstip van verbondenheid in art. 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969’ (VPB), in: C. Maas en L.J.A. Pieterse (red.), *Systeem en symmetrie (Bavinckbundel)*, Kluwer, Deventer 2016, p. 327 e.v. (waarin met name wordt ingegaan op wijzigingen van relevante feiten).

34 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 58. Zie voor een bespreking van de toepassing van de tweede volzin in diverse situaties ook A.C.P. Bobeldijk en P.D. Roos, ‘De voorgestelde wijzigingen in art. 10a en 15ad Wet VPB 1969: over nut en noodzaak’, *WFR* 2016/208, p. 1340-1342.

35 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 57. Zie ook p. 79, waarin ten aanzien van een vergelijkbaar voorbeeld wordt opgemerkt dat de lichamen 1 t/m 4 ‘als samenwerkende groep’ voor ten minste een derde gedeelte belang hebben in de belastingplichtige en (in bovenstaand voorbeeld) lichaam X.

36 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 106.

van meer dan een derde gehouden door individuele leden van een samenwerkende groep. De vraag is daarom of de onderstaande situatie binnen de werkingssfeer van de aanpassing van art. 10a Wet VPB 1969 valt:

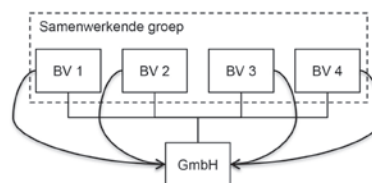


Een dochtervennootschap van een van de leden van een samenwerkende groep, Sarl 1, verstrekt uit haar eigen vermogen een lening aan een Nederlandse vennootschap, die hiermee een acquisitie verricht als omschreven in art. 10a, lid 1, onderdeel c, Wet VPB 1969.

De crediteur, Sarl 1, is niet verbonden met de belastingplichtige op grond van het 'reguliere' verbondenheidscriterium van art. 10a, lid 4, Wet VPB 1969. Sarl 1 is evenmin verbonden met de belastingplichtige op grond van de eerste volzin van art. 10a, lid 6, Wet VPB 1969, omdat zij niet (direct of indirect) tezamen met andere lichamen een belang van meer dan een derde houdt in de belastingplichtige. Sarl 1 lijkt evenmin verbonden met de belastingplichtige op grond van de tweede volzin van art. 10a, lid 6, Wet VPB 1969, omdat de lichamen die deel uitmaken van de samenwerkende groep niet een gezamenlijk belang van meer dan een derde houden in Sarl 1.³⁷ Mogelijk zou nog betoogd kunnen worden dat nu BV 1 een belang van meer dan een derde heeft in Sarl 1, dit belang als het ware toegeerekend moet worden aan de gehele samenwerkende groep, maar deze lezing is naar mijn mening niet verenigbaar met de letterlijke tekst van de tweede volzin en de toelichting in de memorie van toelichting.

2.6. Geen werking 'omlaag'

Binnen de scope van 'samenwerkende groep' valt niet de situatie dat de belastingplichtige, tezamen met andere lichamen, een belang heeft van ten minste een derde in een ander lichaam. De eerste volzin werkt alleen 'omhoog' naar de leden van de samenwerkende groep, de tweede volzin werkt alleen 'opzij'. De bepaling werkt dus niet 'naar beneden'.³⁸ Het volgende voorbeeld dient ter illustratie hiervan:



Vier Nederlandse vennootschappen verrichten kapitaalstortingen in een buitenlandse dochtervennootschap, waarin de vennootschappen elk een belang van 25% houden. De kapitaalstortingen zijn schuldig gebleven. De aandeelhouders maken deel uit van een samenwerkende groep als bedoeld in art. 10a, lid 6, Wet VPB 1969.

Hoewel de Nederlandse vennootschappen in dit voorbeeld een samenwerkende groep vormen, zijn ze niet verbonden met de dochtervennootschap. De definitie van lid 6, eerste volzin, is naar de letter beperkt tot belangen in een Nederlandse belastingplichtige gehouden door een samenwerkende groep, zoals inbound-belangen. Lid 6, tweede volzin, ziet op parallele belangen ten opzichte van de Nederlandse belastingplichtige, gehouden door de samenwerkende groep. Lichamen waarin een belastingplichtige, samen met andere leden van een samenwerkende groep, een belang van minimaal een derde heeft, zoals outbound-belangen, vallen in mijn optiek niet onder de verbondenheidstoets van lid 6. Dit betekent dat een lening die de buitenlandse dochtervennootschap in het voorbeeld verstrekt aan een lid van de samenwerkende groep, niet onder art. 10a Wet VPB 1969 valt. Deze conclusie zou hetzelfde zijn indien de dochtervennootschap bijvoorbeeld een Nederlandse vennootschap met verliezen zou zijn.

2.7. Inwerkingtreding en ontbreken overgangsrecht

De aanpassing van art. 10a Wet VPB 1969 is van toepassing op boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2017. De wijziging van art. 10a Wet VPB 1969 heeft onmiddellijke werking. In eerbiedigende werking voor bestaande situaties is niet voorzien (anders dan het overgangsrecht met betrekking

37 Zie ook het commentaar van H. Lohuis in NTFR 2016/2354.

38 Zie ook het commentaar van H. Lohuis in NTFR 2016/2354; J.L. van de Streek, 'De voorgestelde wijzigingen in de vennootschapsbelasting per 1 januari 2017', WFR 2016/194, p. 1251.

tot art. 15ad Wet VPB 1969, zie par. 3.4). De wetgever heeft hiervoor bewust gekozen, ondanks verzoeken om eerbiedigende werking in de reacties op de internetconsultatie. Volgens de wetgever mogen belastingplichtigen geen gerechtvaardigde verwachtingen hebben omtrent hun rechtspositie onder de bestaande regeling, en is geen sprake van een grote breuk met het huidige recht. Ter onderbouwing wijst de wetgever op jurisprudentie van de Hoge Raad waarin de aanwezigheid van een samenwerkende groep eerder is onderkend, namelijk HR 19 januari 1994, *BNB* 1994/88 en HR 4 februari 1998, *BNB* 1998/128. Daarnaast memoreert de wetgever opmerkingen in het kader van de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, waarbij in het kader van de renteaftrek gericht tegen winstdrainage is opgemerkt dat onder omstandigheden ook bij een groep samenwerkende aandeelhouders – bij elk van die aandeelhouders – sprake kan zijn van een kwalificerend belang. Tot slot wijst de wetgever erop dat de Belastingdienst in de praktijk in voorkomende gevallen blijkbaar nu reeds het standpunt inneemt dat voor toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 sprake is van een samenwerkende groep.³⁹ Volgens de wetgever blijkt uit deze elementen dat het concept van een samenwerkende groep niet nieuw is, zodat overgangsrecht niet op zijn plaats is. Deze onderbouwing is naar mijn mening niet erg overtuigend.⁴⁰ De genoemde jurisprudentie betreft kasgeld- en holdingconstructies en de toepassing van *fraus legis* ten aanzien van een samenhangend geheel van rechtshandelingen waarbij een groep aandeelhouders betrokken was. De betekenis van deze jurisprudentie voor de uitleg van het verbondenheids criterium van art. 10a Wet VPB 1969 lijkt beperkt, hetgeen elders in de parlementaire toelichting ook wordt toegegeven.⁴¹ De verwijzing naar de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht betreft een voetnoot bij een passage over de toetsing van het verbondenheids criterium van art. 10a Wet VPB 1969, waarin de genoemde opmerking zonder verdere toelichting of uitwerking is opgenomen. De Belastingdienst past het samenwerkendegroepsbegrip in het kader van art. 10a Wet VPB 1969 in de praktijk blijkbaar al toe, maar ik zie daarvoor geen duidelijke grondslag. Opmerkelijk is dat de wetgever in zijn motivatie niet verwijst naar het begrip ‘samenwerkende groep’ zoals eerder opgenomen in art. 10a, lid 4, Wet VPB 1969 en zoals voorgesteld in het kader van de groepsrentebox (zie par. 2.3).

De wetgever lijkt in de memorie van toelichting, wellicht in verband met het weigeren van overgangsrecht, te suggereren dat de wijziging een verduidelijking van het begrip ‘belang’ is. Volgens de toelichting wordt de nieuwe invulling van het verbondenheids criterium nu expliciet vastge-

legd en wordt daarmee meer duidelijkheid gegeven over de invulling van het begrip belang.⁴² Naar mijn mening betreft de toevoeging van art. 10a, lid 6, Wet VPB 1969 echter een uitbreiding van de reikwijdte van art. 10a Wet VPB 1969 (en art. 15ad Wet VPB 1969), en niet de codificatie van een voorheen reeds bestaande rechtsregel (als dit tenminste de strekking is van de betreffende passage). In art. 10a Wet VPB 1969 wordt immers een regel ingevoerd die voorheen niet bestond.⁴³ Ik meen daarom dat het samenwerkendegroepsbegrip van art. 10a, lid 6, Wet VPB 1969, inclusief de toelichting daarop in de parlementaire stukken, pas toegepast kan worden op boekjaren vanaf 1 januari 2017 (zij het dat leningen en rechtshandelingen die hun oorsprong hebben vóór 1 januari 2017 wel onder de reikwijdte van deze bepaling kunnen vallen).⁴⁴

3. Overnameholdings (art. 15ad Wet VPB 1969)

3.1. Algemeen

Art. 15ad Wet VPB 1969 is ingevoerd per 1 januari 2012 met het doel grondslaguitholling door middel van excessieve schuldfinanciering bij overnameholdingstructuren tegen te gaan.⁴⁵ De bepaling heeft betrekking op de volgende standaard situatie: een overnameholding koopt aandelen in een targetvennootschap en financiert die aankoop (gedeeltelijk) met groepsleningen of externe leningen. Vervolgens vormt de overnameholding een fiscale eenheid met de overgenomen vennootschap. Zonder nadere regeling, en behoudens de toepassing van andere renteaftrekbepalingen, komen de rentelasten die verband houden met de overname in mindering op de fiscale winsten van de overgenomen vennootschap. Art. 15ad Wet VPB 1969 werpt hiertegen een barrière op voor zover de schuld van de overnameholding bovenmatig is.

Art. 15ad, lid 1, Wet VPB 1969 – de hoofdregel – voorziet in een aftrekbepaling ter zake van rente (inclusief kosten en valutaresultaten) op geldleningen die verband houden met de verwerving of uitbreiding van een belang in een gevoegde dochtermaatschappij (hierna: 15ad-target) door

⁴² Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 55.

⁴³ Dit lijkt de wetgever ook te erkennen in Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 50. Ondanks de, illustratief bedoelde, voorbeelden met betrekking tot *fraus legis* bij de motivering van het achterwege laten van overgangsrecht, meent de wetgever dat een gerichte wettelijke bepaling vanuit het oogpunt van rechtszekerheid de voorkeur geniet boven het hanteren van het *fraus legis* instrument.

⁴⁴ Zie in dezelfde zin J.L. van de Streek, ‘De voorgestelde wijzigingen in de vennootschapsbelasting per 1 januari 2017’, *WFR* 2016/194, p. 1250; A. Rozendal, *Het begrip ‘belang’ in de Nederlandse belastingwetgeving*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2014, par. 5.4.8.4.

⁴⁵ Vgl. de eerdere renteaftrekbepaling ten aanzien van overnameholdings van het voormalige art. 15, lid 4, Wet VPB 1969 (ingevoerd per 1 januari 1997) en diens opvolger art. 15ad Wet VPB 1969 (vervallen per 1 januari 2007).

³⁹ Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 55; Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 51.

⁴⁰ Zie ook A.C.P. Bobeldijk en P.D. Roos, ‘De voorgestelde wijzigingen in art. 10a en 15ad Wet VPB 1969: over nut en noodzaak’, *WFR* 2016/208, p. 1343.

⁴¹ Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 51.

de belastingplichtige (hierna: overnamerente). De aftrekbeperking, die ziet op rente verschuldigd aan zowel verbonden lichamen als derden, is alleen van toepassing indien en voor zover deze rente de ‘eigen winst’ van de moedermaatschappij alsmede de winsten van de niet door art. 15ad Wet VPB 1969 getroffen gevoegde dochtermaatschappijen overschrijdt. De ‘eigen winst’ van de moedermaatschappij en de niet-15ad-dochtermaatschappijen wordt bepaald met behulp van een rekenregel. Op grond hiervan is de maximaal aftrekbare rente onder de hoofdregel gelijk aan de winst van de fiscale eenheid, minus de winst die toerekenbaar is aan de 15ad-targets, plus de overnamerente. In formulevorm luidt deze regel als volgt:

$$\text{Maximale renteaftrek} = W_{FE} - W_T + R$$

Art. 15ad, lid 3, Wet VPB 1969 voorziet in een tweetal uitzonderingen op basis waarvan de aftrekbeperking met betrekking tot overnamerente volgens het eerste lid slechts van toepassing is tot het laagste van:

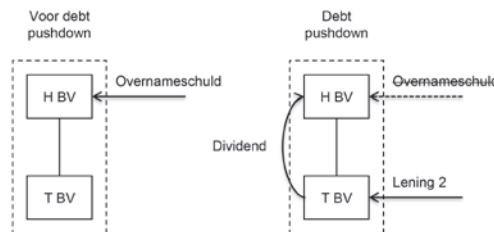
- a. het bedrag van de op grond van de hoofdregel niet aftrekbare overnamerente verminderd met een vast bedrag van maximaal € 1 miljoen;
- b. het bedrag van het teveel aan overnamerenten (oftewel de uitzondering voor ‘gezonde’ financieringsverhoudingen).

Het teveel aan overnamerente is op grond van art. 15ad, lid 4 t/m 6, Wet VPB 1969 het gezamenlijke bedrag van (i) de overnamerente die in het desbetreffende jaar verschuldigd is over het bovenmatige deel van de overnameschulden met betrekking tot de in dat jaar gevoegde dochtermaatschappijen en (ii) de overnamerente die verschuldigd is over het bovenmatige deel van de overnameschulden met betrekking tot de in elk van de voorgaande jaren gevoegde dochtermaatschappijen. Er is sprake van een bovenmatig deel aan overnameschulden voor zover de overnameschulden die verband houden met de in een bepaald jaar gevoegde dochtermaatschappijen méér bedragen dan 60% van de verkrijgingsprijs van die dochtermaatschappijen.⁴⁶ Dit percentage neemt gedurende zeven jaar met 5% per jaar af tot 25%.

3.2. Debt pushdown (art. 15ad, lid 11, Wet VPB 1969)

Volgens de memorie van toelichting is de vormgeving van de hoofdregel van art. 15ad Wet VPB 1969 problematisch indien de overnameschuld wordt verlegd naar de overgenomen dochtermaatschappij (gevallen waarin sprake is van zogenoemde *debt pushdown*). Hierbij wordt gedacht aan de situatie waarin de overgenomen dochtermaatschappij een (al dan niet

externe) schuld aangaat en de daarmee verkregen middelen aanwendt voor een dividenduitkering aan de overnemende dochtermaatschappij die daarmee de bestaande overnameschuld aflost. In dat geval is art. 15ad Wet VPB 1969 niet effectief, omdat de rente op de overnameschuld in mindering komt op het aan de overgenomen dochtermaatschappij toe te rekenen deel van de winst van de fiscale eenheid. Het beschreven effect vloeit voort uit het ‘mechanische’ karakter van de rekenregel van art. 15ad, lid 1, Wet VPB 1969 (min -/- min = plus). De wetgever acht dit gevolg, gelet op de ratio van de aftrekbeperking, ongewenst. Het nieuwe art. 15ad, lid 11, Wet VPB 1969 beoogt dit effect te corrigeren. Op grond van deze bepaling wordt de aan een overgenomen dochtermaatschappij toe te rekenen winst weer verhoogd met de daarop in mindering gebrachte rente op overnameschulden. De memorie van toelichting geeft het volgende voorbeeld:⁴⁷



De rente op de overnameschuld van overnameholding H bedraagt 100, de winst toerekenbaar aan H bedraagt 0, en de winst toerekenbaar aan 15ad-target T bedraagt 150. T gaat een lening aan (lening 2) en gebruikt de opbrengst daarvan voor een dividenduitkering aan H, die daarmee haar bestaande overnameschuld aflost. Lening 2 valt in beginsel onder art. 15ad Wet VPB 1969, omdat het de herfinanciering van een bestaande overnameschuld betreft. De winst die onder de hoofdregel beschikbaar is voor aftrek is echter 100, terwijl de overnameholding ‘stand alone’ geen winst maakt. De correctie van de winst van T op grond van de nieuwe bepaling van art. 15ad, lid 11, Wet VPB 1969 verloopt als volgt:

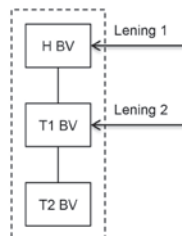
	Voor debt pushdown	Na debt pushdown	Na correctie o.g.v. lid 11
Winst fiscale eenheid	50	50	50
Winst toerekenbaar aan T	-150	-(150-100) = -50	-50-100 = -150
Overnamerente	100	100	100
Ruimte onder hoofdregel	0	100	0

De nieuwe bepaling van art. 15ad, lid 11, Wet VPB 1969 heeft overigens niet alleen betrekking op situaties waarin

⁴⁶ Zie over het begrip verkrijgingsprijs o.a. P. Ruige en L. Brilman, ‘Het verkrijgingsprijsgrip binnen de renteaftrekbeperkingen van de Wet VPB 1969: een statische of dynamische interpretatie?’, *WFR* 2016/25.

⁴⁷ Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 75-76.

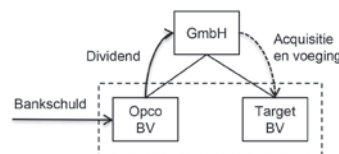
sprake is van een debt pushdown. Dit kan aan de hand van het volgende voorbeeld worden geïllustreerd:



Maatschappij H verwerft maatschappij T1 voor een bedrag van € 20 miljoen (5% rente), gefinancierd met een derdenlening (lening 1). T1 koopt na voeging vervolgens maatschappij T2 en financiert deze acquisitie met een derdenlening (lening 2) van € 100 miljoen (rentepercentage 5%).

Het gevolg van art. 15ad, lid 11, Wet VPB 1969 is dat de door T1 betaalde rente (€ 5 miljoen) in mindering komt op de ruimte die beschikbaar is voor renteaftrek onder de hoofdregel van art. 15ad, lid 1, Wet VPB 1969. Het bedrag van de rente op lening 2 wordt op grond van lid 11 opgeteld bij de winst van T1, en vermindert zo de winst van de fiscale eenheid H die beschikbaar is voor renteaftrek, inclusief de rente op lening 1 (€ 1 miljoen). De tekst van lid 11 heeft immers betrekking op 'renten ter zake van overnameschulden' op het niveau van 15ad-targets zonder dit te expliciet beperken tot gevallen van debt pushdown. Uit dit voorbeeld blijkt dat het bereik van de nieuwe maatregel te ruim is, waardoor de maatregel in bepaalde gevallen een onredelijke uitwerking kan hebben (T1 heeft immers 'eigen winst').

Ook zogenoemde 'zuster-fiscale-eenheden' kunnen door de nieuwe beperking van art. 15ad, lid 11, Wet VPB 1969 worden getroffen.⁴⁸ Op grond van de Wet aanpassing fiscale eenheid is het begrip 'maatschappij' in art. 15ad, lid 1, eerste volzin, Wet VPB 1969 aangevuld met een verwijzing naar een 'topmaatschappij' in de zin van art. 15, lid 6 (nieuw), Wet VPB 1969. Deze aanvulling brengt mee dat ook een topmaatschappij (die dus geen deel uitmaakt van de fiscale eenheid) een 15ad-target kan verwerven. Dit kan gevolgen hebben in bijvoorbeeld de volgende situatie:⁴⁹



Opco BV neemt een banklening op en wendt de opbrengst van de lening aan voor de uitkering van een dividend aan GmbH (gevestigd in Duitsland). GmbH verwerft met de ontvangen gelden Target BV, die vervolgens met Opco BV in een zuster-fiscale-eenheid wordt gevoegd.

De verwijzing naar topmaatschappij in art. 15ad, lid 1, Wet VPB 1969 zorgt ervoor dat de bankschuld onder de werking van de art. 15ad, lid 1, Wet VPB 1969 valt. De rente op de schuld van Opco BV kan dus alleen in aftrek komen op de 'eigen winst' van Opco BV. Indien Target BV de bankschuld van Opco BV zou overnemen, zou dit de ruimte onder de hoofdregel als gevolg van het nieuwe art. 15ad, lid 11, Wet VPB 1969 (net als bij een debt pushdown) niet vergroten.

Nu art. 15ad, lid 11, Wet VPB 1969 een dam opwerpt tegen debt pushdown binnen fiscale eenheid, ligt het voor de hand dat belastingplichtigen zullen nagaan of er alternatieven voor een dergelijke debt pushdown denkbaar zijn. Te denken valt aan een debt pushdown buiten fiscale eenheid (waarbij wordt afgezien van voeging van de targetvennootschap, dan wel na ontvoeging van de targetvennootschap).⁵⁰ Nu renteaftrek bij een debt pushdown binnen fiscale eenheid nog slechts beperkt mogelijk is, lijkt deze variant aantrekkelijk te worden. In een dergelijk geval kan de rente immers in mindering worden gebracht op de winst van de overgenomen vennootschap, behoudens de toepassing van andere renteaftrekbeperingen. Er is dus geen fiscale eenheid nodig om een effectieve renteaftrek te bewerkstelligen. Indien de overnameschuld een externe schuld betreft, zou bovendien de aftrekbepering van art. 10a Wet VPB 1969 niet van toepassing moeten zijn. De vraag is dus of de nieuwe maatregel uiteindelijk wel het beoogde effect heeft. Een andere optie zou zijn dat een over te nemen vennootschap vóór de overname een schuld aangaat, die bijvoorbeeld gebruikt wordt voor een dividenduitkering of kapitaalrugbetaling, gevolgd door verkoop van de vennootschap en voeging in fiscale eenheid met de verkrijger. Gelet op het ruime verband in art. 15ad, lid 1, Wet VPB 1969,⁵¹ is onder

48 Zie de wijzigingen in het fiscale-eenheidsregime op grond van de Wet aanpassing fiscale eenheid, aangenomen door de Eerste Kamer op 30 november 2016. De zuster-fiscale-eenheid betreft de situatie waarin de aandelen in twee of meer in Nederland gevestigde zustermaatschappijen worden gehouden door een in de EU/EER gevestigde moeder-vennootschap, onder voorwaarden een fiscale eenheid tot stand te brengen tussen de in Nederland gevestigde zustermaatschappijen. De in het buitenland (EU/EER) gevestigde moeder-vennootschap, de zogenoemde topmaatschappij, maakt daarbij geen deel uit van de fiscale eenheid.

49 Ontleend aan de toelichting bij de derde nota van wijziging van de Wet aanpassing fiscale eenheid, Kamerstukken II, 2015-2016, 34 323, nr. 11, p. 3.

50 Zie ook J.L. van de Streek, 'De voorgestelde wijzigingen in de vennootschapsbelasting per 1 januari 2017', *WFR* 2016/194, p. 1249; A.C.P. Bobeldijk en P.D. Roos, 'De voorgestelde wijzigingen in art. 10a en 15ad Wet VPB 1969: over nut en noodzaak', *WFR* 2016/208, p. 1346.

51 Zie Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 30, p. 5; Kamerstukken I, 2011-2012, 33 003, nr. D, p. 9; Kamerstukken II, 1995-1996, 24 696, nr. 3, p. 27-28; Kamerstukken II, 1995-1996, 24 696, nr. 5, p. 43-44.

omstandigheden echter denkbaar dat de schuld indirect verband houdt met de verwerving van de overgenomen vennootschap, waarmee art. 15ad Wet VPB 1969 van toepassing is.

3.3. Verhanging omwille van financieringsmaximum (art. 15ad, lid 6, Wet VPB 1969)

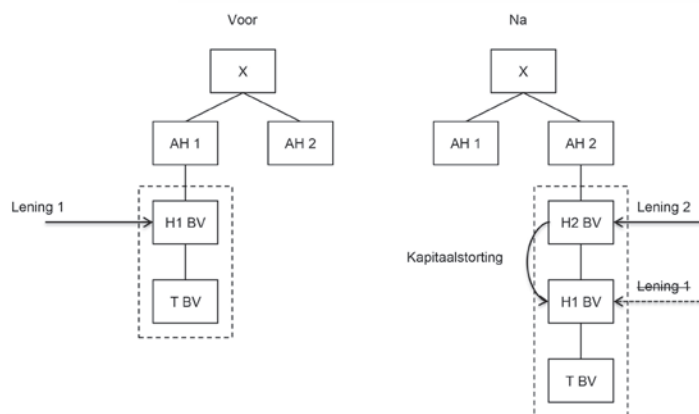
Vanuit de vrees dat de zevenjaarstermijn van art. 15ad, lid 6, Wet VPB 1969 in de praktijk eenvoudig omzeild kan worden, is bij het Belastingplan 2017 een 'antitermijnverjongingsregel' geïntroduceerd. Deze antitermijnverjongingsregel bestaat uit de toevoeging van de volgende twee volzinnen aan art. 15ad, lid 6, Wet VPB 1969:

'Indien een maatschappij of een topmaatschappij het belang in de andere maatschappij, bedoeld in het eerste lid, heeft verkregen van een verbonden lichaam en die andere maatschappij ook al vóór deze verkrijging was gevoegd met een of meer maatschappijen als bedoeld in het eerste lid waarbij sprake was van een overnameschuld, wordt voor de toepassing van de eerste volzin, het vierde lid en het vijfde lid als jaar van voeging van eerstgenoemde maatschappij en de andere maatschappij of van de andere maatschappij en een zustermaatschappij aangemerkt het eerdere jaar van voeging van die andere maatschappij met de genoemde maatschappij of maatschappijen, bedoeld in het eerste lid. Indien een gevoegde maatschappij waarin een belang is verworven of uitgebreid reeds eerder deel heeft uitgemaakt van een fiscale eenheid waarvan ook de maatschappij die het belang heeft verworven of uitgebreid deel uitmaakte, wordt voor de toepassing van de eerste volzin, het vierde lid en het vijfde lid als jaar van voeging aangemerkt het jaar van voeging in die eerdere fiscale eenheid.'

Voor het bepalen van het beginpunt van de zevenjaarstermijn dient op grond van de eerste zin te worden aangesloten bij het eerste moment van voeging van de 15ad-target in een fiscale eenheid met een overnameholding binnen concern. Hiermee wordt de lopende termijn, en het bijbehorende afbouwpercentage, doorgerold naar de verkrijger. De tweede zin ziet op situaties waarin een 15ad-target wordt ontvoegd en opnieuw gevoegd, waardoor de 15ad-target opnieuw tot een fiscale eenheid met de overnameholding behoort. In die gevallen wordt het beginpunt van de zevenjaarstermijn gesteld op het moment van voeging in de eerdere fiscale eenheid. Met de toevoeging van deze antitermijnverjongingsregels aan art. 15ad, lid 6, Wet VPB 1969 beoogt de wetgever te voorkomen dat de zevenjaarstermijn opnieuw zou beginnen door de overdracht van een 15ad-target aan een verbonden lichaam (waarmee de belastingplichtige zou terugkeren naar de 60%-ratio), terwijl er geen sprake is van een wijziging van het uiteindelijke

belang in de 15ad-target.⁵² Een dergelijke verhanging zou bovendien bij herhaling kunnen plaatsvinden, waarbij de zevenjaarsperiode telkens wordt 'gereset'. De toevoeging aan art. 15ad, lid 6, Wet VPB 1969 heeft betrekking op overdrachten tussen verbonden lichamen, en vindt volgens de memorie van toelichting dus geen toepassing als een overgenomen maatschappij wordt overgedragen aan een derde.⁵³ Onder verbonden lichamen vallen door de uitbreiding van art. 10a, lid 6, Wet VPB 1969 ook leden van een samenwerkende groep.

Het volgende voorbeeld illustreert de werking van de antitermijnverjongingsregel van art. 15ad, lid 6, Wet VPB 1969:⁵⁴



Overnameholding H1, moedermaatschappij van een fiscale eenheid met 15ad-target T, heeft een bestaande overnameschuld. AH 1 draagt de aandelen in overnameholding H1 over aan het verbonden lichaam AH 2, dat daarvoor de nieuwe overnameholding H2 opricht. H2 koopt de aandelen in H1 van AH 1 en financiert deze aankoop met een schuld. AH 2 stort kapitaal in H2, die op haar beurt kapitaal stort in H1, die daarmee haar reeds bestaande overnameschuld aflost. H1 en T gaan vervolgens een nieuwe fiscale eenheid aan met H2 als moedermaatschappij.

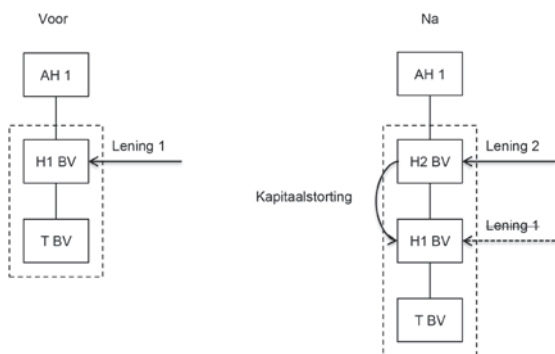
In dit voorbeeld heeft de antitermijnverjongingsregel van art. 15ad, lid 6, Wet VPB 1969 tot gevolg dat de zevenjaarstermijn met betrekking tot de overnameschuld van H2 wordt geacht te zijn aangevangen op het eerdere tijdstip van voeging van T met H1. H2 zet de lopende termijn van H1 dus voort, inclusief het bij H1 toepasselijke percentage op het moment van acquisitie en voeging van H1 en T.

⁵² Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 78.

⁵³ Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 77.

⁵⁴ Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 78.

De werking van de toevoeging aan 15ad, lid 6, Wet VPB 1969 kan verder worden toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld:

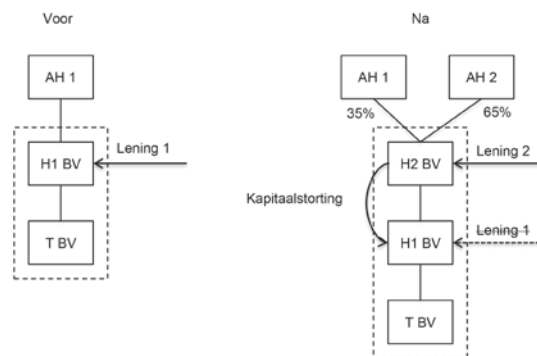


Overnameholding H1 heeft in 2013 15ad-target T verworven voor 100. H1 beschikte in 2013 over 40 eigen vermogen en een banklening van 60. H1 en T zijn gevoegd in fiscale eenheid. In 2016 is niet afgelost op de banklening. In 2016 verkoopt de aandeelhouder de aandelen in H1 voor 40 (het eigen vermogen van H1) aan een nieuwe overnameholding, H2, die daarvoor een financiering aantrekt. Daarna verhoogt de aandeelhouder het kapitaal van H2 met 60. H2 stort op haar beurt kapitaal in H1, die daarmee haar reeds bestaande overnameschuld aflost.

Op grond van art. 15ad, lid 6, Wet VPB 1969 dient H2 ten aanzien van haar overnameschuld van 40 de lopende zevenjaarstermijn die is begonnen op het moment van voeging van T met H1 te continueren. De verkrijgingsprijs van de aandelen H1 voor toepassing van art. 15ad, lid 6, Wet VPB 1969 bedraagt 40. Hierop dient het gereduceerde percentage toegepast te worden. De oorspronkelijke verkrijgingsprijs van de aandelen T van 100 is daarbij – opmerkelijk genoeg – niet meer relevant. Omgekeerd werpt dit voorbeeld de vraag op of het effect van de antitermijnverjongingsregel haar werking deels verliest indien de waarde van de aandelen H1 sinds 2013 (aanzienlijk) is gestegen. Weliswaar dient H2 met betrekking tot haar overnameschuld de lopende termijn ten aanzien van de voeging van T voort te zetten, maar het dientengevolge lagere percentage wordt daarbij toegepast op de hogere verkrijgingsprijs van de aandelen H1. Dit voorbeeld roept de vraag op waarom de wetgever bij het tegengaan van de ‘reset’ van de zevenjaarstermijn slechts heeft aangeknoopt bij het moment van voeging van de 15ad-target, en in eerste instantie weinig aandacht heeft gehad voor het andere belangrijke element van de regeling van lid 6: de verkrijgingsprijs.⁵⁵ In reactie op een vraag van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) heeft de wetgever bevestigd dat de oorspronkelijke verkrijgingsprijs niet wordt doorgerold om structuren te

ontmoedigen waarin, bij een waardestijging van de 15ad-target, de aftrekbare rente kunstmatig verhoogd zou kunnen worden door een verhangings binnen concern.⁵⁶ Bij een waardestijging van de 15ad-target op het moment van verhangings ziet de doorrol van de termijn dus inderdaad op de hogere verkrijgingsprijs. Het antwoord van de wetgever kan ik echter moeilijk plaatsen. Zoals hierboven aangegeven, betekent het doorrollen van de termijn niet per se dat er minder rente aftrekbaar is (dit is afhankelijk van het toepasselijke percentage versus de hogere verkrijgingsprijs). Bij een waardedaling heeft de doorgerolde termijn naar mijn mening logischerwijs betrekking op de lagere overnameschuld. Bij het simpele verhangen van 15-ad targets binnen concern lijkt de ontmoedigende werking van lid 6 inderdaad reëel. De vraag is echter of de maatregel van lid 6 in alle gevallen nodig is, want bij het verhangen van een overnameholding met bestaande overnameschuld (zoals in het voorbeeld hierboven) leidt de overnameschuld in beginsel al tot een korting van de verkrijgingsprijs met betrekking tot de aandelen in de overnameholding (en dus een lagere basis voor toepassing van de 60%-regel).

De parlementaire toelichting benadrukt diverse malen dat de uitbreiding van lid 6 van toepassing is op gevallen waarin het uiteindelijke belang in de 15ad-target niet wijzigt. Dit impliceert een ‘change of control’ benadering vergelijkbaar met art. 20a, lid 1, Wet VPB 1969. De formulering van lid 6 bevat echter niet een dergelijke toets.⁵⁷ De wetgever heeft deze mogelijkheid expliciet afgewezen en vastgehouden aan het verbondenheids criterium.⁵⁸ Als gevolg hiervan geldt de ‘sanctie’ van het doorlopen van de zevenjaarstermijn onder omstandigheden ook bij sommige transacties met derden waarbij sprake is van een wijziging van het uiteindelijke belang, hoewel dit niet de oorspronkelijke bedoeling lijkt van de wetgever. Dit doet zich voor in het volgende voorbeeld (ontleend aan het NOB-commentaar):⁵⁹



56 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 107.

57 De NOB heeft dit wel gesuggereerd in haar reactie op de internetconsultatie, maar de wetgever heeft dit niet overgenomen.

58 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 106.

59 Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de NOB op de internetconsultatie, 18 juli 2016, p. 8. Zie ook A.C.P. Bobeldijk en P.D. Roos, ‘De voorgestelde wijzigingen in art. 10a en 15ad Wet VPB 1969: over nut en noodzaak’, WFR 2016/208, p. 1345.

55 Zie ook J.L. van de Streek, ‘De voorgestelde wijzigingen in de vennootschapsbelasting per 1 januari 2017’, WFR 2016/194, p. 1250.

In het kader van een management buy-out verwerft de overnamehoudster H2, opgericht door vennootschap AH 2 waarin het management participeert, alle aandelen in H1. H1 is een overnamehoudster die beschikt over een overnameschuld met betrekking tot de verwerving van dochtermaatschappij T. De bestaande aandeelhouder AH 1 behoudt indirect, via H2, een 35%-belang in H1. H2 trekt een lening aan en gebruikt de opbrengst voor een kapitaalstorting in H1. Vervolgens lost H1 hiermee haar bestaande overnameschuld af.

In dit voorbeeld moet H2 op grond van art. 15ad, lid 6, Wet VPB 1969 de zevenjaarstermijn die is aangevangen op het moment van voeging van T met H1 continueren. Het voorbeeld betreft een zakelijke transactie, waarbij de verkoper een belang van meer dan een derde behoudt. De vraag is of het redelijk is dat in een dergelijk geval de lopende termijnen moeten worden voortgezet. Er is immers sprake van een 65%-wijziging van het uiteindelijk belang, waarbij de overgenomen vennootschappen niet langer tot de groep van AH 1 behoren. De regeling bevat echter geen mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs voor transacties waarvan zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

3.4. Inwerkingtreding en vervallen overgangsrecht

De in par. 3.2 en 3.3 beschreven aanpassingen van art. 15ad Wet VPB 1969 zijn van toepassing op boekjaren die aangevangen op of na 1 januari 2017. De wijzigingen hebben onmiddellijke werking. In overgangsrecht is niet voorzien. Het Belastingplan 2017 voorziet echter in een aanpassing van het bestaande overgangsrecht met betrekking tot art. 15ad Wet VPB 1969 (art. XXXVIII, lid 1, onderdeel e, Belastingplan 2012). Op grond van het bestaande overgangsrecht is art. 15ad Wet VPB 1969 niet van toepassing op de verwerving of uitbreiding van een belang in een maatschappij die vóór 15 november 2011 deel is gaan uitmaken van een fiscale eenheid met een overnameholding. Deze eerbiedigende werking is in de parlementaire behandeling van het Belastingplan 2012 uitgebreid naar gevallen van latere herfinanciering van de overnameschuld en bij juridische fusie binnen een vóór 15 november 2011 gevormde fiscale eenheid. Ook geldt eerbiedigende werking bij verbreking van de fiscale eenheid gevolgd door een aansluitende fiscale eenheid waarvan de overnameholding en de overgenomen vennootschap deel uitmaken, voor de reeds vóór 15 november 2011 in de eerdere fiscale eenheid gevoegde overnameholding en overgenomen vennootschap.⁶⁰ Ten gevolge van de oorspronkelijk voorgestelde aanpassing van het overgangsrecht met betrekking tot art. 15ad Wet VPB 1969 in het consultatiedocument, zou het bestaande overgangsrecht vervallen voor situaties

waarin een fiscale eenheid op enig tijdstip na 14 november 2011 deel is gaan uitmaken van een andere fiscale eenheid. Dit zou bijvoorbeeld hebben betekend dat, na de overname een bestaande fiscale eenheid en opname van deze fiscale eenheid in een grotere fiscale eenheid, art. 15ad Wet VPB 1969 alsnog van toepassing werd op vóór 14 november 2011 bestaande overnameschuld, terwijl deze overnameschuld eerder expliciet onder de eerbiedigende werking van het overgangsrecht viel. Volgens het kabinet is in vrijwel alle reacties op de internetconsultatie aangegeven dat de beperking van het bestaande eerbiedigende overgangsrecht voor de overnameholdingbepaling, zoals die was opgenomen in het consultatiedocument, te vergaand is. Kritiekpunten betreffen onder andere de inbreuk op de rechtszekerheid, de betrouwbaarheid van het Nederlandse investeringsklimaat en de potentiële materiële terugwerkende kracht van het voorstel.⁶¹ Het kabinet erkent dat bij belastingplichtigen gerechtvaardigde verwachtingen zijn gewekt met betrekking tot bestaande structuren en financieringen waarin vóór 1 januari 2017 een fiscale eenheid is aangegaan. Het kabinet is de belangstellenden op dit punt dan ook tegemoetgekomen door de wettekst en de memorie van toelichting aan te passen. Op grond van de uiteindelijke aanpassing van het overgangsrecht vervalt het bestaande overgangsrecht voor situaties waarin een fiscale eenheid op enig tijdstip op of na 1 januari 2017 deel gaat uitmaken van een andere fiscale eenheid.

Strikt genomen is geen sprake van terugwerkende kracht. De renteaftrek wordt vanaf 1 januari 2017 beperkt. Wel is het zo dat een fiscale eenheid die vóór 15 november 2011 tot stand is gekomen, waarna de betreffende fiscale eenheid na 15 november 2011 is opgenomen in een nieuwe (grotere) fiscale eenheid met een andere moedermaatschappij, geen gebruik meer kan maken van de parlementaire toezegging van het Belastingplan 2012. Voor zover de betreffende overname en voeging betrekking hebben op jaren tussen de invoering van art. 15ad Wet VPB 1969 en 1 januari 2017, kan door het vervallen van het overgangsrecht echter een zekere materiële terugwerkende kracht onderkend worden.

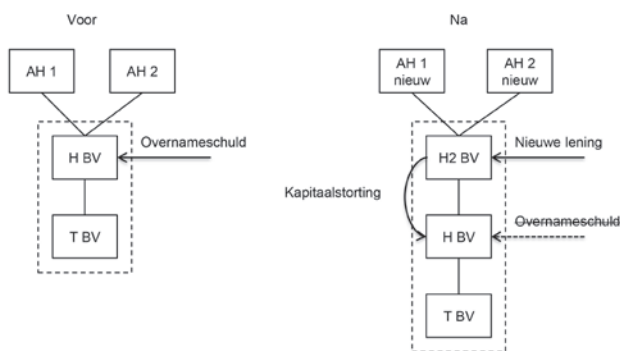
Onder 'deel gaan uitmaken van een andere fiscale eenheid' wordt volgens de memorie van toelichting verstaan: het deel gaan uitmaken van een fiscale eenheid met een andere (aangewezen) moedervernootschap. Dit omvat zowel de verbreking van een fiscale eenheid gevolgd door het aan-

⁶⁰ Zie in dit verband de opmerking uit de parlementaire geschiedenis in het kader van het overgangsrecht bij het Belastingplan 2012: 'Het kabinet heeft gekozen voor volledig eerbiedigende werking voor bestaande situaties vanwege het belang van bestendige wetgeving voor het vestigingsklimaat. In de ogen van het kabinet weegt dat zwaarder dan het feit dat in die situaties ook in de toekomst sprake kan zijn van excessieve renteaftrek. Ik ben dan ook niet voornemens overnames uit het verleden onder de aftrekbeperking te brengen.' Brief staatssecretaris van Financiën, Kamerstukken II, 2011-2012, 33 003, nr. 17, p. 7-8.

gaan van een aansluitende fiscale eenheid, als het opgaan in een nieuwe fiscale eenheid.⁶² De verwijzing naar een ‘aangewezen moedervernootschap’ maakt duidelijk dat het overgangsrecht ook vervalt ingeval van opname van een bestaande fiscale eenheid in een zuster-fiscale-eenheid (vgl. het voorbeeld in par. 3.2).

De eerbiedigende werking van het bestaande overgangsrecht blijft uitdrukkelijk gelden voor situaties van herfinanciering van een overnameschuld zonder opname in een nieuwe fiscale eenheid. Bovendien blijft het overgangsrecht ongewijzigd ingeval van een ‘change of control’ waarbij een bestaande fiscale eenheid in stand blijft.⁶³ Ook in geval van een fusie binnen fiscale eenheid zal de eerbiedigende werking, naar mag worden aangenomen, gehandhaafd blijven.

De ratio van het vervallen van het overgangsrecht is in de memorie van toelichting met behulp van het volgende voorbeeld toegelicht:⁶⁴



De nieuwe aandeelhouders (AH 1/2 nieuw) richten een nieuwe overnameholding (H2) op en trekken op het niveau van H2 financiering (een nieuwe lening) aan ter overname van de aandelen in de oude overnameholding (H). H2 koopt van de oude aandeelhouders (AH 1/2) de aandelen in H. H2 stort vervolgens kapitaal in H, die daarmee haar bestaande overnameschuld aflost. Vervolgens gaan H2 en de fiscale eenheid tussen H en T een nieuwe (aansluitende) fiscale eenheid aan met H2 als moeder.

Men kan zich afvragen welk element in dit voorbeeld nu precies excessief is. Het betreft immers een bestaande fiscale eenheid met overnameschuld. Ten aanzien van de bestaande structuur dienen zich nieuwe aandeelhouders aan en wordt een nieuwe overnameholding opgericht. De overname vindt plaats in combinatie met een volledige herfinanciering van de bestaande overnameschuld. Bestaat het

misbruik nu uit de opname in een nieuwe fiscale eenheid (de enige factor die de toelichting noemt), de aandeelhouderswisseling in combinatie met een nieuwe overnameholding, de herfinanciering van de bestaande overnameschuld, of wellicht een combinatie van factoren? Alleen de voeging met de nieuwe moedermaatschappij is echter de ‘trigger’ voor het vervallen van het overgangsrecht.⁶⁵ Het blijft enigszins onduidelijk, en naar mijn mening arbitrair, waarom een herfinanciering van bestaande overnameschuld bij opname in een andere fiscale eenheid wel ‘besmet’ wordt, terwijl de eerbiedigende werking van het overgangsrecht blijft gelden voor herfinancieringen waarbij de fiscale eenheid niet wordt gewijzigd. Een redelijkere benadering zou mogelijk zijn geweest dat alleen nieuwe schuld bovenop de oude schuld in aftrek wordt beperkt. Overigens zou, in het bovenstaande voorbeeld, de nieuwe overnameschuld al onder het bereik van art. 15ad Wet VPB 1969 vallen voor zover deze hoger is dan de oude overnameschuld. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen ingeval van waardeestijging van de onderliggende maatschappijen.

Als een overnameholding met bestaande overnameschuld wordt overgenomen, dan leidt dat normaliter al tot een korting van de verkrijgingsprijs met betrekking tot de aandelen in de overnameholding. In het vervallen van het overgangsrecht ten aanzien van het volledige bedrag aan bestaande overnameschuld kan dus een zekere overkill onderkend worden (de verkrijgingsprijs op het niveau van H2 voor de aandelen H is immers lager dan op het niveau van H ten aanzien van de aandelen T, en daarmee ook de basis voor toepassing van de 60%-regel op grond van lid 6).

Bij het vervallen van het overgangsrecht per 1 januari 2017 dienen – bij terugval op de oorspronkelijke transactie – verkrijgingsprijzen en overnameschulden behorend bij deze transactie achterhaald te worden, evenals het noodzakelijke verband tussen schuld en verwerving. Dit kan leiden tot administratieve lasten en zou in bepaalde gevallen praktisch erg bezwaarlijk kunnen zijn (bijvoorbeeld ten aanzien van transacties die langer geleden hebben plaatsgevonden dan de wettelijke bewaartermijn van zeven jaar).

Als de overgangsregeling vervalt, dan wordt op grond van art. 15ad, lid 6, Wet VPB 1969 teruggevallen op de oude

62 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 90.

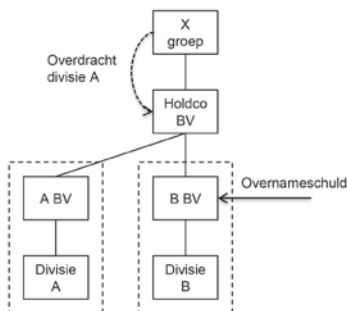
63 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 89; Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 108.

64 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 89-90.

65 De initiatiefnota formuleerde het knelpunt m.b.t. het overgangsrecht als volgt: ‘Van dit overgangsrecht kan bij een doorverkoop worden geprofiteerd door de overnameholding met het bedrijf mee te verkopen. Dit dient tevens gerepareerd te worden.’ In de kabinetsreactie is hierover het volgende opgemerkt (zie Kamerstukken II, 2015-2016, 34 267, nr. 3, p. 6): ‘Tot slot heeft de Belastingdienst geconstateerd dat oude financieringen, op grond van het overgangsrecht, mee blijven lopen dan wel worden geherfinancierd, waardoor de overnameholdingbepaling niet wordt toegepast. Het kabinet is derhalve eveneens bereid de reikwijdte van het overgangsrecht te bezien.’ Deze passage vormt een aanwijzing dat het kabinet juist de herfinanciering als een problematisch aspect van het overgangsrecht beschouwt.

zevenjaarsperiode (vanaf de oorspronkelijke overname en voeging). Deze zevenjaarsperiode zou op het moment van het vervallen van het overgangsrecht al verlopen kunnen zijn, waardoor direct de beperking tot 25% van de verkrijgingsprijs van toepassing is. Stel bijvoorbeeld dat een belastingplichtige in 2016 een zuster-fiscale-eenheid is aangegaan en meer dan dertig jaar geleden een met schuld gefinancierde overname heeft gedaan, die nu onder art. 15ad Wet VPB 1969 zou gaan vallen. Onduidelijk is hoe in dat geval de overnameschuld moet worden vastgesteld. Onduidelijk is ook hoe moet worden omgegaan met mutaties op overnameschulden die door het vervallen van het overgangsrecht worden getroffen, bijvoorbeeld (gedeeltelijke) aflossingen.

Tot slot is opvallend dat bij het vervallen van het overgangsrecht geen uitzondering is opgenomen voor zakelijke overwegingen. Ook reële herstructureringen waarin geen sprake is van oneigenlijk gebruik van het overgangsrecht worden geraakt, zelfs als daarbij geen sprake is van herfinanciering van een oude overnameschuld. Hierbij valt te denken aan het volgende voorbeeld:

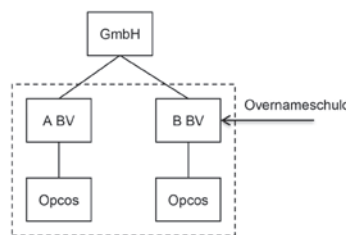


De X-groep besluit in het kader van een reorganisatie van haar juridische structuur de divisie A (bestaande uit een fiscale eenheid met A BV als moedermaatschappij) over te dragen aan de bestaande houdstervennootschap Holdco BV. Deze houdstervennootschap houdt reeds een 100%-belang in divisie B, bestaande uit een fiscale eenheid met B BV als moedermaatschappij. Op het niveau van B BV is sprake van bestaande overnameschuld die valt onder de eerbiedigende werking van het overgangsrecht. Nu beide divisies onder de houdstervennootschap hangen, bestaat de wens de fiscale eenheden A en B te voegen in een nieuwe fiscale eenheid met Holdco BV als moedermaatschappij.

Als gevolg van de voorgestelde voeging met Holdco BV zou de eerbiedigende werking voor de overnameschuld van B BV vervallen. In dit geval valt moeilijk in te zien dat sprake is van oneigenlijk gebruik van het overgangsrecht. Indien overigens A BV zou worden ingebracht en gevoegd

in de bestaande fiscale eenheid met B BV als moedermaatschappij, zou de eerbiedigende werking in stand blijven.

Omdat te voegen zustermaatschappijen geen in Nederland gevestigde houdstermaatschappij hebben die als moedermaatschappij deel kan uitmaken van de fiscale eenheid, dient één van de zustermaatschappijen als moedermaatschappij te worden aangewezen. Dit is in beginsel een vrije keuze. Deze keuze kan echter belangrijke gevolgen hebben voor bestaande overnameschulden die onder het over-



gangsrecht vallen. Zie het volgende voorbeeld:

Indien B BV wordt aangewezen als moedermaatschappij, blijft de eerbiedigende werking ten aanzien van de bestaande overnameschuld in stand. B BV gaat immers niet deel uitmaken van een andere fiscale eenheid. Als A BV wordt aangewezen als moedermaatschappij, vervalt het overgangsrecht echter en wordt art. 15ad Wet VPB 1969 van toepassing op de bestaande overnameschuld.

4. Toekomstige ontwikkelingen renteaftrek

Op grond van de Europese antibelastingontwijkingsrichtlijn (ook wel aangeduid als Anti Tax Avoidance Directive ofwel ATAD)⁶⁶ dienen alle EU-lidstaten, waaronder Nederland, per 1 januari 2019 als generieke renteaftrekbeperking een zogenoemde earningsstrippingregel in te voeren.⁶⁷ Het kabinet streeft ernaar om in de tweede helft van 2017 voor de implementatie van de ATAD een conceptwetsvoorstel voor publieke consultatie aan te bieden. De Tweede Kamer zou het conceptvoorstel dan begin 2018 tegemoet kunnen zien (onder een nieuw kabinet), met een beoogde inwerkingtreding per 1 januari 2019.⁶⁸

66 Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

67 De ATAD bevat onder voorwaarden een uitstelmogelijkheid voor de implementatie van de earningsstrippingbepaling. Op grond van art. 11, lid 6, ATAD mogen lidstaten die op 8 augustus 2016 beschikken over specifieke regels die even doeltreffend zijn als de earningsstrippingregel, deze specifieke regels toepassen totdat de lidstaten van de OESO een minimumstandaard zijn overeengekomen met betrekking tot BEPS-actie 4, maar uiterlijk tot 1 januari 2024. Het rapport van de Werkgroep Fiscaliteit t.b.v. de Studiegroep Duurzame Groei, 6 juli 2016, p. 90, geeft overigens aan dat de maatregel uitvoerbaar is per 1 januari 2018.

68 Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 53.

De earningsstrippingregel is gebaseerd op art. 4 ATAD, en beperkt de aftrek van het zogenoemde 'financieringskostensurplus' van een belastingplichtige in beginsel tot, kort gezegd, het hoogste van (i) 30% van de winst vóór rente, belastingen, afschrijvingen en amortisatie (ofwel EBITDA) van de belastingplichtige, dan wel (ii) een bedrag van € 3 miljoen. Het financieringskostensurplus is het negatieve saldo van aftrekbare rentelasten van een belastingplichtige (o.a. rentelasten op alle vormen van schuld en vergelijkbare kosten) en belastbare rentebaten van de belastingplichtige (inclusief economisch gelijkwaardige belastbare inkomsten). De aftrekbeperking is van toepassing op zowel groeps- als derdenrente. De renteaftrekbeperking kent diverse optionele uitzonderingen (escapes), waaronder een uitzondering voor gevallen waarin de belastingplichtige deel uitmaakt van een concern. In dat geval kan een belastingplichtige het financieringskostensurplus, onder nadere voorwaarden, volledig aftrekken indien hij kan aantonen dat de ratio tussen zijn eigen vermogen en balanstotaal gelijk is aan of hoger is dan de overeenkomstige ratio van het concern (de zogenoemde groepsescape).

De vraag is met name in hoeverre reeds bestaande renteaftrekbeperkingen in de Wet VPB 1969, waaronder art. 10a en 15ad Wet VPB 1969, nog bestaansrecht hebben na invoering van de earningsstrippingregel. In de toelichting bij het Belastingplan 2017 heeft het kabinet aangekondigd dat bij de implementatie van de earningsstrippingregel nader zal worden beoordeeld of er behoefte blijft bestaan aan art. 15ad Wet VPB 1969. Hierbij dient 'overlap, overkill en ingewikkelde samenloop' voorkomen te worden. Hetzelfde geldt voor andere specifieke renteaftrekbeperkingen, zoals art. 13l Wet VPB 1969.⁶⁹ Het kabinet heeft dit voornemen al eerder geuit in de kabinetsreactie op de initiatiefnota⁷⁰ en in de fiscale vereenvoudigingsbrief.⁷¹ In de kabinetsreactie op de initiatiefnota is opgemerkt dat vooral de groepsescape een belangrijke factor is bij de afweging. Indien de groepsescape niet wordt ingevoerd, zou volgens het kabinet de minste noodzaak bestaan om art. 15ad Wet VPB 1969 te handhaven. Het kabinet verwacht echter dat art. 10a Wet VPB 1969 ook na implementatie van de earningsstrippingregel van grote waarde zal zijn bij het tegengaan van uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag. Deze benadering komt overeen met de aanbevelingen van het rapport van de Werkgroep Fiscaliteit ten behoeve van

de Studiegroep Duurzame Groei.⁷² Mogelijke alternatieven om de verschillende fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen te reduceren, zoals een vermogensaftrek, worden niet genoemd als onderdeel van de afweging.

Naar mijn mening bestaat er na invoering van de generiek werkende earningsstrippingregel weinig noodzaak art. 15ad Wet VPB 1969 (evenals art. 13l Wet VPB 1969) in stand te houden. Het kabinet houdt echter een slag om de arm voor het geval dat de earningsstrippingregel wordt ingevoerd inclusief een groepsescape. Ik vraag me af of de eventuele groepsescape leidend zou moeten zijn bij de beoordeling van de toekomst van art. 15ad Wet VPB 1969. Zorgen om grondslaguitholling door middel van overnameholdings zouden mogelijk kunnen worden geadresseerd door middel van een specifieke antimisbruikbepaling binnen de implementatie van art. 4 ATAD, dan wel een aanscherping van art. 10a Wet VPB 1969. De eerste suggestie betreft feitelijk de introductie van een art. 15ad-achtige regel binnen de earningsstrippingregel (waardoor met name de problematiek van overlap en samenloop zou kunnen worden gereduceerd). Het tweede idee is gebaseerd op de gedachte dat een specifieke renteaftrekbeperking (ongeacht of deze nu *rule based of principle based* is) ter bestrijding van grondslaguitholling door (vermeende) agressieve fiscale planning geschikter en proportioneel is dan een generieke renteaftrekbeperking.

5. Afsluitende opmerkingen

De aanpassingen van art. 10a en 15ad Wet VPB 1969 per 1 januari 2017 zijn niet specifiek beperkt tot private-equity-structuren, maar zijn potentieel relevant voor alle gevallen waarin deze renteaftrekbeperkingen aangrijpen. Het nieuwe begrip 'samenwerkende groep' in art. 10a Wet VPB 1969 is een concept dat de Belastingdienst veel flexibiliteit biedt om ongewenst geachte structuren te bestrijden. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid zou het goed zijn als het Ministerie van Financiën nieuwe beleidsmatige inzichten over de invulling van het samenwerkendegroepsbegrip publiceert. De aanpassingen van art. 15ad Wet VPB 1969 hebben mijns inziens enigszins het karakter van symptoombestrijding, waarbij bovendien de vraag is of de maatregelen in alle gevallen effectief zijn. Dit is in deze bijdrage toegelicht aan de hand van een aantal voorbeelden. De aangekondigde consultatie met betrekking tot de invoering van de earningsstrippingregel zou een mooi moment zijn voor een fundamentele herbezinning op renteaftrek in de vennootschapsbelasting.

⁶⁹ Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 3, p. 29; Kamerstukken II, 2016-2017, 34 552, nr. 14, p. 52-53.

⁷⁰ Brief van de minister en staatssecretaris van Financiën, 21 december 2015, Kamerstukken II, 2015-2016, 34 267, nr. 3, p. 6.

⁷¹ Brief van de staatssecretaris van Financiën, 20 september 2016, Kamerstukken II, 2015-2016, 34 552, nr. 5, p. 4-5.

⁷² Rapport van de Werkgroep Fiscaliteit t.b.v. de Studiegroep Duurzame Groei, 6 juli 2016, p. 89-90, bijlage 5, met betrekking tot een voorstel voor een earningsstrippingmaatregel zonder groepsescape of met een lagere drempel dan € 3 miljoen.