



# De thincap-regeling: het groepsbegrip verduidelijkt

18 december 2011

**Als een vennootschap bovenmatig met vreemd vermogen is gefinancierd, is de rente op concernschulden beperkt aftrekbaar bij het vaststellen van de fiscale winst. Deze renteaftrekbepanking is vastgelegd in de thincap-regeling (de onderkapitalisatieregeling). De thincap-regeling is uitsluitend van toepassing als de vennootschap deel uitmaakt van een groep – in de zin van het Burgerlijk Wetboek – met andere rechtspersonen en vennootschappen. De Hoge Raad heeft dat groepsbegrip in een recent arrest verduidelijkt. Voor het vaststellen van een groep is de omvang van de zeggenschap hét beslissende criterium: als er sprake is van een meerderheidsbelang is er in beginsel sprake van een groepsrelatie. Tegenbewijs is mogelijk: de ondernemer die het standpunt inneemt dat ondanks het meerderheidsbelang de thincap-regeling toch niet van toepassing is, krijgt de stelplicht én de bewijslast opgelegd om aan te tonen dat er geen sprake is van een groep.**

De thincap-regeling kent twee toetsen om vast te stellen of een vennootschap bovenmatig met vreemd vermogen is gefinancierd. De eerste toets is de 3:1 toets: het vreemde vermogen – berekend op het gemiddelde aan het begin en einde van het boekjaar – mag niet meer bedragen dan drie keer het (gemiddelde) eigen vermogen, plus een buffer van € 500.000. Overschrijdt het vreemd vermogen die grens, dan is over dat surplus de rente niet aftrekbaar indien en voorzover de vennootschap die rente verschuldigd is op leningen aan groepsmaatschappijen. Rente die verschuldigd is op leningen aan derden blijft volledig aftrekbaar. De tweede toets is de concerntoets. Bij de concerntoets wordt de financiering van de Nederlandse vennootschap vergeleken met de financiering van de groep waartoe die vennootschap behoort. Zie ook BelastingBelangen juni 2010: [Thincap-regeling: toepassing vergt meer dan formele zeggenschap](#) en november 2011: Eindejaartips 2011 voor ondernemers met een BV: [Pas op voor onderkapitalisatie](#).

De thincap-regeling is uitsluitend van toepassing op een vennootschap die deel uitmaakt van een groep. Het Burgerlijk Wetboek omschrijft de groep als volgt: *Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.*

De wet noemt twee criteria waaraan voldaan moet zijn wil er sprake zijn van een groep: een economische eenheid én een organisatorische verbondenheid. Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat ook het element *centrale leiding* essentieel is. Vennootschappen vormen pas dan een economische eenheid als de activiteiten van een vennootschap in feite worden uitgevoerd ten behoeve van een andere vennootschap, conform haar specifieke wensen én de vennootschappen onder een centrale leiding staan, zodat ze bedrijfseconomisch als één geheel kunnen functioneren. Daarvan is sprake als de ene vennootschap een beleidsbepalende zeggenschap heeft over een andere vennootschap. Voor zo'n beleidsbepalende zeggenschap is geen meerderheidsbelang vereist, zo blijkt uit de Richtlijnen voor de jaarverslaggeving.

De Hoge Raad heeft voor de uitleg van het groepsbegrip het beslissende criterium wél gelegd bij de omvang van de zeggenschap: als sprake is van een meerderheidsbelang is er in beginsel een groepsrelatie. De Hoge Raad kwam tot deze beslissing in een feitelijke complexe casus, met diverse

verbonden vennootschappen gevestigd in Nederland en Curaçao. Ons hoogste rechtscollege houdt de mogelijkheid van tegenbewijs open.

De belastingplichtige die ondanks de aanwezigheid van een meerderheidsbelang het standpunt inneemt dat er geen sprake is van een groep, krijgt de stelplicht en de bewijslast opgelegd: hij moet stellen en bewijzen dat de voor een groep vereiste organisatorische verbondenheid ontbreekt. De Hoge Raad besliste – ten overvloede – dat het ontbreken van een geconsolideerde jaarrekening geen reden is om geen groepsrelatie aanwezig te achten.

### **Commentaar**

*Er wordt veel geprocedeerd over de thincap-regeling. Dat komt door de dubbele heffing die deze regeling veroorzaakt: de vennootschap die de rente moet betalen kan die niet aftrekken, terwijl de vennootschap die de rente ontvangt die wél tot de fiscale winst moet rekenen. Deze ongerijmde uitwerking is frustrerend, ook al omdat de thincap-regeling in eerste instantie gericht was op multinationalaal opererende ondernemingen, die hun Nederlandse bedrijfsactiviteiten financieren met leningen die door een groepsmaatschappij vanuit een taxhaven worden verstrekt. De wetgever heeft de thincap-regeling – laat in het wetgevend proces – ook van toepassing verklaard op binnenlandse verhoudingen om te voorkomen dat deze wetgeving discriminatoir zou zijn. De rechter heeft inmiddels meermalen beslist dat er géén sprake is van ongeoorloofde discriminatie, en daardoor resteert er nog maar één mogelijkheid om aan de thincap te ontsnappen: aantonen dat er geen sprake is van een groep. En dat is met dit arrest van de Hoge Raad er niet gemakkelijker op geworden.....*

