

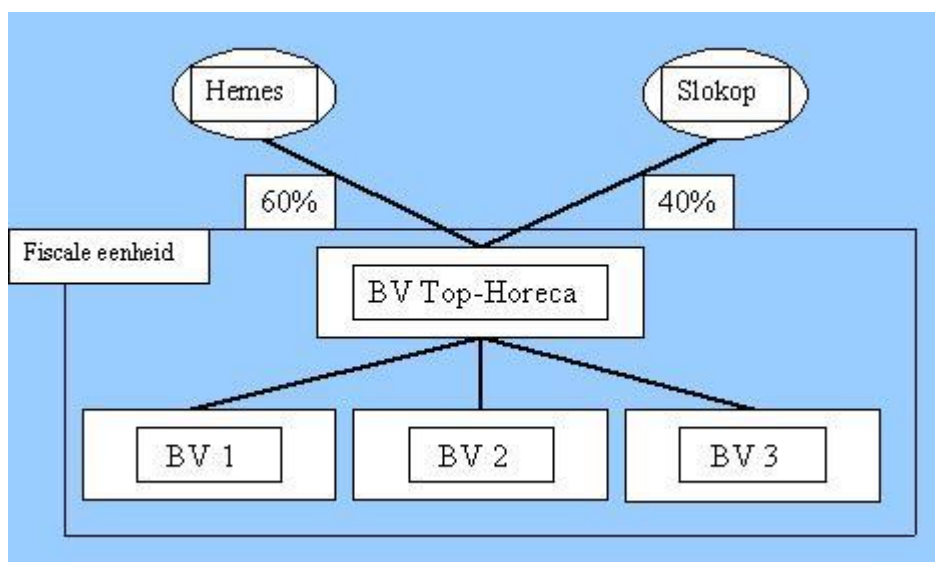


Thincap-regeling: toepassing vergt meer dan formele zeggenschap

28 juni 2010

De thincapitalisationregeling – de onderkapitalisatieregeling – beperkt de aftrek van rente op schulden bij het bepalen van de fiscale BV-winst als die BV een teveel aan vreemd vermogen heeft. De thincap-regeling is slechts van toepassing als de BV deel uitmaakt van een groep – in de zin van het Burgerlijk Wetboek – met andere rechtspersonen en vennootschappen. Hof Den Haag heeft dat groepsbegrip beperkt uitgelegd: voor het vaststellen van een groep is niet de formele zeggenschap op grond van het aandelenbezit in een BV doorslaggevend, maar de mogelijkheid om die formele zeggenschap te effectueren. Die uitleg beperkt de reikwijdte van de thincapregeling, en dat is goed nieuws voor veel ondernemers met een dun gekapitaliseerde BV.

BV Top-Horeca op was enig aandeelhouder van drie BV's waarin per BV een horecabedrijf werd gedreven. BV Top-Horeca voerde de dagelijkse leiding over de drie werk-BV's; de BV's waren gevoegd in een fiscale eenheid voor de vennootschaps- en omzetbelasting. De aandelen in BV Top-Horeca waren – middellijk – in handen van Toine Hemes voor 60%, en van Joop Slokop voor 40%. Hemes en Slokop hadden de eerder door hen afzonderlijk gedreven horecabedrijven via BV Top-Horeca in een samenwerkingsverband bijeen gebracht om economische voordelen te behalen, zoals korting bij gezamenlijke inkoop en het delen van overheadkosten. Via de tussenhoudster bestuurden zij ieder nog steeds hun eigen horecabedrijven.



BV Top-Horeca had ultimo 2004 een schuld van afgerond € 850.000 aan BV X, de persoonlijke houdstermaatschappij van Hemes. De BV had over die schuld over 2004 in totaal € 63.750 aan rente in aftrek op haar resultaat gebracht. De inspecteur stelde dat die rente niet aftrekbaar was op grond van de thincapregeling. Aan alle voorwaarden voor toepassing van die regeling werd volgens hem voldaan: BV Top-Horeca had – met name door de schuld aan BV X – een teveel aan vreemd

vermogen, en BV X en BV Top-Horeca vormden een groep in de zin van het Burgerlijk Wetboek omdat BV X de meerderheid van de aandelen in BV Top-Horeca bezat.

Rechtbank Den Haag was het daar mee eens, maar Hof Den Haag niet.

Het Hof nam het groepsbegrip uit het Burgerlijk Wetboek als uitgangspunt. De wet definieert een groep als 'een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden'. Voor zo'n economische eenheid is een centrale leiding vereist. Onder centrale leiding verstaat het hof 'het voeren van de gemeenschappelijke strategie van de groepsmaatschappijen, waarbij, als daarover verschil van mening bestaat, de door de leiding uitgezette strategie kan worden doorgezet onder instandhouding van de groep'.

Het Hof oordeelde dat BV X en BV Top-Horeca slechts als een groep aangemerkt konden worden als de centrale leiding voor 60% bij BV X zou berusten. Beslissend daarvoor is niet slechts de formele zeggenschap uit hoofde van het aandelenbezit – zoals de rechtbank had beslist – maar de mogelijkheid om die formele zeggenschap te effectueren. En dat was BV X volgens het Hof niet gegeven. In de berechte situatie was sprake van een samenwerking, een joint venture tussen twee horecaondernemers. Als er tussen die twee ondernemers een onoverbrugbare onenigheid zou ontstaan over de te voeren strategie kon de één niet zijn wil aan de ander opleggen en de joint venture in stand houden. De onenigheid zou worden opgelost door uit elkaar te gaan. Het Hof stelde vast dat BV X weliswaar de meerderheid van de aandelen in BV Top-Horeca bezat, maar dat er toch geen sprake was van een groep. Daardoor was de thincapregeling niet van toepassing: het Hof maakte de correctie op de renteaftrek ongedaan.

Commentaar

Deze uitspraak beperkt de reikwijdte van de thincap-regeling, en dat komt veel ondernemers met een BV goed uit. Dat geldt vooral voor concerns zoals in de berechte casus, waarbij de bedrijfsactiviteiten zijn ondergebracht in een of meer werkmaatschappijen, waarvan de aandelen – middellijk, via een tussenholding – door twee of meer aandeelhouders worden gehouden. Dat komt vaker voor bij een gefaseerde bedrijfsoverdracht waarbij senior (via zijn holding) nog de meerderheid van de aandelen in de werkmaatschappij(en) houdt, en junior een minderheid. Als het vermogen van de tussenholding of van een van de werkmaatschappijen verdampt is door verliezen tengevolge van de crisis, moet dat vaak gesuppleerd worden met leningen vanuit de houdstervenootschappen van de aandeelhouders. Zeker als de bank geen verdere financiering wil verstrekken. En dan dreigt al snel de thincap-regeling. Maar met deze uitspraak van Hof Den Haag in de hand kan de toepassing van die renteaftrekbeperking gemotiveerd worden bestreden.