

Ministerie van Financiën

> Retouradres Postbus 20201 2500 EE Den Haag

Permanente Vertegenwoordiging van het Koninkrijk der Nederlanden bij de Europese Unie

Kortenberglaan 4-10
1040 Brussel
BELGIË

Directie Algemene Fiscale Politiek

Korte Voorhout 7
2511 CW Den Haag
Postbus 20201
2500 EE Den Haag
www.rijksoverheid.nl

Inlichtingen

Ons kenmerk

Uw brief (kenmerk)
COMP.H.3/JT/KD/hvds
2015/109967

Bijlagen

Datum

Betreft Steunmaatregel SA.43504 – Fiscale behandeling Contingent Convertibles (CoCo's) in Nederland

Geachte heer,

Vriendelijk verzoek ik u bijgaande brief door te geleiden aan het afdelingshoofd van DG Concurrentie van de Europese Commissie met een afschrift aan de case handlers en de Griffie Staatssteun.

Het betreft een antwoord op een verzoek om aanvullende informatie van 9 november 2015 2014 in bovengenoemd dossier.

“Steunmaatregel SA.43504 – – Fiscale behandeling Contingent Convertibles (CoCo's) in Nederland

Geachte mevrouw,

Bij brief van 9 november 2015 (ref. 2015/109967) heeft u vragen gesteld over de fiscale behandeling van Contingent Convertibles (Coco's) in Nederland. Bij brief van 1 december 2014 (ref. FIN RJ 01-12-2015) hebben de Nederlandse autoriteiten uitstel gevraagd voor de beantwoording.

Bij brief van 2 december 2015 (ref. D 2015/134267) heeft u uitstel van beantwoording verleend tot 13 januari 2016.

In antwoord op uw vragen kunnen de Nederlandse autoriteiten u als volgt berichten.

1) Geef een algemene beschrijving van de werking, het doel en de reikwijdte van artikel 29a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969).

Artikel 29a van de Wet Vpb 1969 bepaalt dat aanvullend tier 1-kapitaalinstrumenten zoals die zijn omschreven in artikel 52 van Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012

(PbEU 2013, L 176) worden behandeld als een geldlening bij de debiteur (zijnde de kredietinstelling) en als een schuldvordering bij de crediteur. Deze kapitaalinstrumenten moeten ingevolge de verwijzingen in artikel 52 van de genoemde verordening ook voldoen aan de bepalingen in de artikelen 53 en 54 van die verordening. Deze kapitaalinstrumenten worden niet behandeld als een geldlening in de zin van artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de Wet Vpb 1969. Dit betekent dat de vergoeding over het aanvullend tier 1-kapitaal voor de vennootschapsbelasting bij de betaler aftrekbaar zal zijn en bij de ontvanger in de belastingheffing zal worden betrokken. Deze bepaling geldt evenwel niet indien het desbetreffende kapitaalinstrument civielrechtelijk gezien een aandeel, een certificaat of een lidmaatschapsrecht van een coöperatie is, zoals een (cumulatief) preferent aandeel.

Artikel 29a van de Wet Vpb 1969 is ook van toepassing op een vermogensbestanddeel dat bij de uitgever als een volgestorte, achtergestelde verplichting onderdeel is van het tier 1-vermogen, bedoeld in artikel 94, eerste lid, van Richtlijn 2009/138/EG van het Europees parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (PbEU 2009, L 335) en dat bij de uitgever geen deel uitmaakt van het aandelenkapitaal, het agio, het waarborgkapitaal, de ledenbijdragen, de surplusfondsen of de aansluitingsreserve.

De achtergrond van deze bepaling is dat Nederland het van groot belang vindt dat banken en verzekeraars hun kapitaalbuffers zo snel mogelijk, maar op een verantwoorde manier, verhogen. De uitgifte van aanvullend tier 1-kapitaalinstrumenten of de daarmee vergelijkbare instrumenten die door verzekeraars worden uitgegeven, kan hier een substantiële bijdrage aan leveren. Specifiek is hierbij van belang dat aanvullend tier 1-kapitaal meetelt voor het kapitaal dat onder de Bazelse en Europese definities mag worden gebruikt om te voldoen aan de voorlopige leverageratioafspraken. Aftrekbaarheid van de vergoeding over aanvullend tier 1-kapitaal zorgt er daarmee ook voor dat het voor Nederlands banken niet duurder wordt (dan op grond van de normen van Bazel II het geval zou zijn) om te voldoen aan de kabinetseis van een leverageratio van minimaal 4% te bereiken uiterlijk in 2018 voor vier systeemrelevante banken.¹ Voor zover bekend is de vergoeding over aanvullend tier 1-kapitaal in bijna alle Europese landen aftrekbaar.

2) Geef aan hoe de fiscale behandeling zou zijn van de coupons van het type schuldvorderingen waarop bedoelde bepaling ziet, zowel voor de uitgever als de houder, zonder de toepassing van bedoeld artikel.

Zonder toepassing van bedoeld artikel zouden de desbetreffende instrumenten fiscaal als eigen vermogen kwalificeren. Dit betekent dat de coupons (vergoedingen) van het type geldverstrekking waarop bedoelde bepaling ziet niet ten laste van het fiscale resultaat zouden kunnen worden gebracht bij de uitgevende instelling. Bij de ontvanger van de coupon (de geldverstrekker) zou de vergoeding in beginsel in de heffing worden betrokken.

¹ Zie ook <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2014/12/18/kamerbrief-inzake-implementatie-kabinetsbeleid-leverage-ratio>

3) Geef ook aan hoe een afschrijving van het hoofdbedrag of de conversie in kwalificerend tier-1 kapitaal voor bovengenoemde instrumenten fiscaal behandeld wordt en in hoeverre deze behandeling verschillend is van het algemeen geldend fiscaal kader, dat wil zeggen zonder toepassing van de betreffende bepaling.

**Directie Algemene Fiscale
Politiek**

Ons kenmerk

De in artikel 29a van de Wet Vpb 1969 bedoelde aanvullend tier 1-kapitaalinstrumenten worden op grond van die bepaling bij de uitgever (debiteur) als een geldlening en bij de houder (crediteur) van het instrument als een schuldvordering behandeld.

Indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven mag een crediteur met inachtneming van de fiscale bepalingen – het zogenoemde goed koopmansgebruik - zijn schuldvordering afwaarderen. Indien de schuldvordering weer in waarde stijgt, is herwaardering door de crediteur geboden. De uitgever van de geldlening (de debiteur) dient uitsluitend op het moment dat er sprake is van een permanente afschrijving een fiscale winst te nemen ter grootte van die afschrijving. Deze standaard fiscale regels gelden mutatis mutandis ook voor de houder en de uitgever van het aanvullend tier 1-kapitaal.

Zonder toepassing van artikel 29a van de Wet Vpb 1969 zou het aanvullend tier 1-kapitaal als eigen vermogen gelden. Voor de uitgevende instelling leidt de afschrijving van zo'n geldverstrekking niet tot een mutatie in het fiscale resultaat. De houder van deze geldverstrekking kan op grond van goed koopmansgebruik dit instrument waarderen op kostprijs of lagere marktwaarde. Hierdoor zal de afschrijving op het instrument direct ten laste van het resultaat van de geldverstrekker komen.

4) Geef aan hoe de coupons van het type schuldvorderingen waarop bedoelde bepaling ziet, worden behandeld voor de toepassing van de dividendbelasting, zowel voor als na de invoering van bedoeld artikel.

Over de coupons over aanvullend tier 1-kapitaal is zowel voor als na de invoering van artikel 29a van de Wet Vpb 1969 geen dividendbelasting verschuldigd.

5) De toepassing van bedoeld artikel is beperkt tot instellingen die vallen onder de reikwijdte van CRD-IV/CRR of Solvency II.

a. U wordt vriendelijk verzocht aan te geven waarom de Nederlandse regering ervoor heeft gekozen de fiscale aftrek niet open te stellen voor alle in Nederland vennootschapsbelastingplichtige ondernemingen.

Banken en verzekeraars zijn gereguleerde ondernemingen in die zin dat zij moeten voldoen aan verscheidene door de EU en de Nederlandse overheid opgelegde eisen ten aanzien van de hoeveelheid en de kwaliteit van het aan te houden kapitaal. Andere ondernemingen zijn in dit opzicht niet vergelijkbaar met financiële instellingen omdat zij niet aan de aan banken of verzekeraars opgelegde kapitaaleisen hoeven te voldoen. De maatschappelijke noodzaak tot versteviging van de kapitaalbuffers speelt niet bij andere ondernemingen. In de CRR is bepaald aan welke specifieke eisen tier 1-kernkapitaal, aanvullend tier 1-kapitaal en tier 2-kapitaal moet voldoen.

Bedoeld aanvullend tier 1- kapitaal² is volledig perpetueel en bevat voorwaarden op grond waarvan de uitgever geen enkele prikkel op mag nemen om tot aflossing over te gaan³, de vergoeding over de geldverstrekking staat ter volledige discretie van de uitgevende financiële instelling⁴, de geldverstrekking is achtergesteld bij alle vorderingen⁵ van concurrente schuldeisers en is vatbaar voor verliesabsorptie⁶. Met name deze criteria zijn essentieel en betekenen – in samenhang met de overige Basel III/CRR criteria - dat er geen sprake is van een terugbetalingsverplichting en dus geen sprake van een lening, maar van kapitaal. Het instrument behoort tot het voor de vennootschapsschulden aansprakelijke en in het risico van de onderneming delende vermogen dat bij verliezen wordt aangetast. De geldverstrekker heeft op voorhand ingestemd met het, zo nodig, verloren gaan van een deel van zijn hoofdsom. Aanvullend tier 1-kapitaal is derhalve op grond van deze civielrechtelijke analyse eigen vermogen. Deze eisen gelden echter niet voor andere ondernemingen. Zij hebben dus veel meer vrijheid om te bepalen welk soort vermogen zij willen aantrekken waarbij zij wel de voorwaarden zo kunnen vormgeven dat het betreffende instrument nog (net) wel is te kwalificeren als vreemd vermogen.

b) Kunt u motiveren waarom de beperkte reikwijdte niet zou leiden tot sectorale selectiviteit van de bepaling? Meer specifiek, geef aan waarom de kredietinstellingen, beleggingsondernemingen en (her)verzekeringsbedrijven die van de fiscale aftrek kunnen genieten zich ten opzichte van andere in Nederland belastingplichtige ondernemingen niet in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie zouden bevinden gelet op de doelstelling van de Nederlandse vennootschapsbelasting?

Om te beoordelen of een belastingmaatregel selectief is, moet volgens vaste rechtspraak worden onderzocht of die maatregel, gelet op het referentiekader, een voordeel verschaft aan bepaalde ondernemingen ten opzichte van andere ondernemingen die in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie verkeren (C-88/03, Portugal/Commissie, punt 33 en arrest C-15/14P, Commissie/MOL, punt 59).

Het referentiekader is het algemene stelsel van vennootschapsbelasting dat als uitgangspunt heeft dat belasting wordt betaald over de winst van alle in Nederland belastingplichtige ondernemingen.

² Alsmede de daarmee vergelijkbare kapitaalinstrumenten die door verzekeraars worden uitgegeven.

³ Dit volgt uit artikel 52, eerste lid, onderdeel g, CRR: de instrumenten hebben een onbepaalde looptijd en de bepalingen die erop van toepassing zijn, houden voor de instelling geen aflossingsprikkel in.

⁴ Dit volgt uit artikel 52, eerste lid, onderdeel I, onder iii, CRR: de voor de instrumenten geldende bepalingen verlenen de instelling de bevoegdheid om geheel naar eigen inzicht te allen tijde de uitkeringen op de instrumenten voor een onbeperkte periode en op niet-cumulatieve basis te schrappen en de instelling mag dergelijke geschrapte betalingen zonder beperking gebruiken om aan haar verplichtingen te voldoen wanneer deze vervallen.

⁵ Dit volgt uit artikel 51, eerste lid, onderdelen d, e en f, CRR:

d) bij insolventie van de instelling komen de instrumenten na tier 2-instrumenten in de rangorde;

e) de instrumenten zijn niet gedekt door een zekerheid of onderworpen aan een garantie die de rangordepositie van de vordering verbetert en die verstrekt is door een van de volgende entiteiten:

i) de instelling of haar dochterondernemingen;

(...)

f) de instrumenten zijn niet onderworpen aan enige regeling, hetzij contractueel of anderszins, die de rangordepositie van de vordering uit hoofde van de instrumenten bij insolventie of liquidatie verbetert.

⁶ Dit volgt uit artikel 52, eerste lid, onderdeel n, CRR: de voor de instrumenten geldende bepalingen schrijven voor dat bij een triggergebeurtenis de hoofdsom van de instrumenten permanent of tijdelijk wordt afgeschreven of dat de instrumenten worden omgezet in tier 1-kernkapitaalinstrumenten.

Volgens de Nederlandse autoriteiten wijkt de maatregel niet af van dit referentiekader omdat deze niet differentieert tussen marktdeelnemers die zich, gelet op het doel van het belastingstelsel van Nederland, in een feitelijk en juridische vergelijkbare situatie bevinden (arrest in C-78/08 en C-80/08, *Paint Graphos*, punt 49 en arrest in T-399/11, *Banco Santander*, punt 37). Zoals al onder 5)a. is aangegeven, bevinden banken en (her)verzekeraars zich niet in dezelfde feitelijke en juridische positie als andere ondernemingen. Bank en (her)verzekeraars zijn gereguleerde ondernemingen in die zin dat zij moeten voldoen aan verscheidene door de EU en de Nederlandse overheid opgelegde eisen ten aanzien van de hoeveelheid en de kwaliteit van het aan te houden kapitaal. Andere ondernemingen hebben dus veel meer vrijheid dan banken en (her)verzekeraars om te bepalen hoeveel en welk soort vermogen zij aan willen trekken.

Met het oog op een snelle maar verantwoorde verhoging van de kapitaalbuffers door banken en (her)verzekeraars is de aftrekbaarheid van de vergoeding over aanvullend tier 1-kapitaal bij wet geregeld. Dit is in effect een voorzetting van de situatie zoals die in het algemeen al voor de introductie van artikel 29a van de Wet Vpb 1969 bestond.

De maatregel leidt volgens de Nederlandse autoriteiten dan ook niet tot (sectorale) selectiviteit en derhalve niet tot staatssteun in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU omdat niet wordt voldaan aan de voorwaarde van selectiviteit.

6) Aannemend dat bedoeld artikel leidt tot (sectorale) selectiviteit, kunt u aangeven waarom dit zou zijn gerechtvaardigd door de aard en opzet van het Nederlandse belastingstelsel?

Mocht de Commissie kunnen aantonen dat er wel sprake is van (sectorale) selectiviteit, dan is deze volgens de Nederlandse autoriteiten gerechtvaardigd door de aard en opzet van het stelsel. De Nederlandse autoriteiten verwijzen naar een eerdere beschikking van de Commissie van 27 mei 2003 inzake de Deense maatregel met betrekking tot de fiscale behandeling van verliezen van kredietinstellingen (N 482/01). In deze beschikking kwam de Commissie tot de conclusie dat de maatregel (net zoals de onderhavige maatregel van Nederland) het gemakkelijker maakt om te voldoen aan de solvabiliteitseisen van financiële instellingen. Ook concludeerde de Commissie dat de maatregel in overeenstemming was met de steeds hogere eisen die aan financiële instellingen gesteld werden. De Commissie erkende dat, in ogenschouw nemend de specifieke kenmerken van de financiële sector, het noodzakelijk zou kunnen zijn om belastingmaatregelen te nemen om tegemoet te komen aan de zware eisen die aan deze sector gesteld worden.

De Commissie heeft erkend dat de bijzondere aard van de financiële sector speciale belastingmaatregelen voor die sector kunnen rechtvaardigen.⁷

De maatregel zorgt er onder meer voor, zoals al gesteld onder 5)a, dat het voldoen aan Europese regelgeving met betrekking tot prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, wordt bespoedigd.

Zoals ook door de Commissie geconcludeerd in genoemde beschikking zijn de Nederlandse autoriteiten van oordeel dat de maatregel een natuurlijk gevolg is van de aard en opzet van het stelsel en dat er derhalve geen sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU.

⁷ Pb EG L 84 van 13 juli 2002, pagina 31, paragraaf 32: "De Commissie erkent dat de speciale aard van de bancaire sector in beginsel de introductie van speciale fiscale regels voor de sector zou kunnen rechtvaardigen."

7) Aannemend dat bedoeld artikel leidt tot een niet gerechtvaardigd selectief voordeel voor in Nederland gevestigde financiële instellingen, kunt u aangeven waarom er naar uw oordeel geen sprake zou zijn van concurrentievervalsing of een negatief effect op het handelsverkeer in de interne markt?

**Directie Algemene Fiscale
Politiek**

Ons kenmerk

De maatregel komt ten gunste van instellingen met financiële activiteiten die actief zijn in het handelsverkeer tussen de lidstaten. Daarom zou de maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten (negatief) kunnen beïnvloeden.

Nu echter de meeste lidstaten op een of andere manier geregeld hebben dat de vergoeding op het additionele tier 1 vermogen aftrekbaar is van het financiële resultaat voor (in elk geval) banken, is er naar de mening van de Nederlandse autoriteiten geen sprake van (potentiële) concurrentievervalsing of een (negatief) effect op het handelsverkeer in de interne markt.

8) Uit de gepubliceerde gegevens maken wij op dat het door de Nederlandse Staat geraamde voordeel van het bedoelde artikel voor de financiële sector is geraamd op structureel € 350 miljoen per jaar. Kunt u aangeven hoe deze raming tot stand is gekomen, is deze raming nog steeds correct en kunt u het voordeel uitsplitsen in minder verschuldigde vennootschapsbelasting respectievelijk dividendbelasting?

Voor de raming is als uitgangspunt genomen de € 16,9 miljard aan hybride tier-1 instrumenten die de grootste banken voorafgaande aan de introductie van CRR/CRD-IV al hadden uitgegeven. Op basis hiervan is geraamd dat banken op structurele basis te maken zouden krijgen met een lastenverzwaring van € 350 miljoen wanneer de vergoeding over deze instrumenten niet aftrekbaar zou zijn. Daarbij is ook gekeken naar de rol die aanvullend tier 1-kapitaalinstrumenten kunnen spelen bij het voldoen aan de kapitaaleisen die voortvloeien uit de CRD-IV/CRR, inclusief de Nederlandse leverageratio-eis voor de systeembanken. Bij de raming is ervan uitgegaan dat banken zonder de genoemde maatregel geen aanvullend tier 1-kapitaal zouden aanhouden maar tier 1-kernkapitaal. Onder deze aanname zou dit tot € 310 miljoen extra vennootschapsbelasting leiden en tot € 40 miljoen extra dividendbelasting. De wetwijziging die de fiscale aftrekbaarheid van de vergoeding over aanvullend tier 1-kapitaal voor banken mogelijk maakt, bewerkstelligt dat in het algemeen de situatie niet verandert ten opzichte van de periode voordat de nieuwe kapitaalvereisten voor banken in werking traden. Per saldo is door de nieuwe kapitaalvereisten in combinatie met de wetwijziging in het algemeen niets veranderd in de fiscale behandeling van de bestaande hybride instrumenten van banken en compenseert de wetwijziging de potentiële lastenverzwaring van € 350 miljoen. Onder meer op basis van contact met de Nederlandse bancaire toezichthouder (De Nederlandsche Bank) heb gehad, acht ik deze raming van structureel € 350 miljoen nog steeds actueel. Dit bedrag ziet alleen op banken.

Bij verzekeraars zou niet-aftrekbaarheid op termijn leiden tot een structurele lastenverzwaring van € 180 miljoen per jaar. Hier is € 8,3 miljard als uitgangspunt genomen zijnde het bedrag aan hybride tier-1 kapitaalinstrumenten dat de grootste verzekeraars op dat moment al hadden uitgegeven.

9) U wordt verzocht een overzicht te geven van de emissies van bovenvermelde instrumenten die hebben plaatsgevonden sinds de introductie van de nieuwe wetgeving.

Bank	Datum van uitgifte	Omvang van uitgifte	Overige opmerkingen
Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank B.A. (Rabobank)	22 januari 2015	€ 1.500.000.000	
ING Groep N.V.	16 april 2015	\$ 1.000.000.000 \$ 1.250.000.000	
ABN AMRO Bank	22 september 2015	€ 1.000.000.000	
Nederlandse Waterschapsbank N.V.	april 2015	€ 200.000.000	Onderhandse lening, verkocht aan vier Nederlandse provincies in vier gelijke tranches van € 50.000.000
N.V. Bank Nederlandse Gemeenten	16 november 2015: € 250.000.000 15 december 2015: € 173.800.000	€ 423.800.000	Onderhandse lening, verkocht aan zes Nederlandse provincies en een lokale Nederlandse overheid

De Nederlandse autoriteiten hopen u hiermee voldoende informatie te hebben gegeven om vast te stellen dat geen sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU.

De Nederlandse autoriteiten zijn natuurlijk gaarne bereid in een gesprek een nadere toelichting te geven of nog openstaande vragen te beantwoorden.”

Hoogachtend,

DE STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN,

Namens deze,

de directeur-generaal voor Fiscale Zaken,