

Erasmus Universiteit Rotterdam  
Erasmus School of Economics  
Bachelorscriptie

# Het nieuwe artikel 13l van de wet vennootschapsbelasting 1969



**Naam:** Coraline Evertsz

**Studentnummer:** 265378

**Scriptiebegeleider:** Dhr. R.B.N. van Ovost

**Plaats/Datum:** Rotterdam, juli 2013

## Inhoudsopgave

<b>Hoofdstuk 1 – Inleiding</b>	<b>3</b>
1.1. Aanleiding van het onderzoek	3
1.2. Probleemstelling	4
1.3. Verantwoording van de opzet	4
<b>Hoofdstuk 2 – Het ontstaan van het Bosal-gat</b>	<b>5</b>
2.1. De wetgeving vóór het Bosal-arrest	5
2.2. Het Bosal-arrest	6
2.2.1. Analyse van het arrest	7
2.2.2. Conclusie van het arrest	8
2.3. Het Bosal-gat	8
2.4. Conclusie	9
<b>Hoofdstuk 3 – Wetswijzigingen naar aanleiding van het Bosal-arrest</b>	<b>10</b>
3.1. De invoering van artikel 20 lid 4	10
3.1.1. Werking artikel 20 lid 4	10
3.1.2. Problematiek omtrent artikel 20 lid 4	11
3.1.3. Conclusie	12
3.2. De invoering van artikel 10d	12
3.2.1. Werking artikel 10d	12
3.2.2. Problematiek omtrent artikel 10d	13
3.2.3. Conclusie	15
<b>Hoofdstuk 4 – Het nieuwe artikel 13l</b>	<b>16</b>
4.1. Het wetsvoorstel	16
4.2. Introductie artikel 13l	16
4.3. Afschaffing artikel 10d	17
4.4. Systematiek artikel 13l	18
<b>Hoofdstuk 5 – Is artikel 13l de oplossing?</b>	<b>25</b>
5.1. De totstandkoming van artikel 13l	25
5.2. De drempel	26

5.3. Is de term verkrijgingsprijs wel een goede keuze?	26
5.4. De operationele activiteiten; de uitzondering op de hoofdregel	27
5.5. De voor-zover benadering	28
5.6. De eenvoud en uitvaarbaarheid van artikel 131	29
5.7. Vrijheid van vestiging: EU-recht	30
5.8. Ontgaansmogelijkheden van artikel 131	31
<b>Hoofdstuk 6 – Conclusie</b>	<b>33</b>
6.1. Samenvatting	33
6.2. Conclusie	34
<b>Bijlage</b>	<b>36</b>
<b>Literatuurlijst</b>	<b>39</b>

## 1. Inleiding

### 1.1. Aanleiding van het onderzoek

Binnen de wet vennootschapsbelasting heerst er veel onrust door voortdurende wetswijzigingen op het gebied van rente (aftrek)<sup>1</sup>. Al jaren wordt er namelijk gekampt met de fiscale behandeling van rente in de wet vennootschapsbelasting<sup>2</sup>. Sinds het ontstaan van het zogenoemde *Bosal-gat* na de uitspraak van het Bosal-arrest in 2003<sup>3</sup>, heerst er een groot budgettaire probleem. Als gevolg van dit arrest moesten namelijk kosten ten behoeve van buitenlandse deelnemingen in aftrek toegelaten worden, terwijl de voordelen uit die deelnemingen vrijgesteld waren onder de deelnemingsvrijstelling. Een reparatie van dit Bosal-gat is derhalve van groot belang.

In dit kader is er een wetsvoorstel tot wijziging van enkele belastingwetten, *Wet uitwerking fiscale maatregelen Begrotingsakkoord 2013*, op 4 juni 2012 gestuurd naar de Tweede Kamer<sup>4</sup>. In dit begrotingsakkoord is onder andere besloten om de excessieve aftrek van deelnemingsrente te beperken. Teneinde het begrotingstekort van de overheid te verkleinen, is de doelstelling van dit voorstel dan ook om de negatieve gevolgen van excessieve financiering met vreemd vermogen weg te nemen<sup>5</sup>. Hierdoor is er per 1 januari 2013 een nieuwe renteaftrekbeperking in de wet vennootschapsbelasting ingevoerd, te weten artikel 13l. Hiermee is het renteaftreklandschap ingrijpend veranderd<sup>6</sup>. Deze maatregel beoogt het *Bosal-gat* te dichten.

Daarnaast is met de invoering van dit nieuwe artikel een aftrek beperkende maatregel uit de vennootschapsbelasting verdwenen, namelijk de thincapregeling van artikel 10d (oud). Deze regeling was oorspronkelijk naar aanleiding van het Bosal-arrest in het leven geroepen. De maatregel opgenomen in artikel 13l zal voldoende budgettaire dekking moeten bieden voor de afschaffing van de thincapregeling.

Wat het kabinet betreft zal na de invoering van artikel 13l het Nederlandse systeem van renteaftrek definitief vaststaan en zal naar verwachting rust komen op dit gebied<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Artikelaanduidingen verwijzen naar de wet op de vennootschapsbelasting 1969, tenzij anders vermeld

<sup>2</sup> NTFR 2011-1593, *Het gat*, O.C.R. Marres

<sup>3</sup> HvJ EG 18 september 2003, nr. C-168/01, *BNB* 2003/344

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 1.

<sup>5</sup> Dr. J. van Strien, *De aftrekbeperking van bovenmatige deelnemingsrente*, Deventer: Kluwer 2013

<sup>6</sup> Dr. J. van Strien, *De aftrekbeperking van bovenmatige deelnemingsrente*, Deventer: Kluwer 2013

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33287, nr. 7, p. 26.

## **1.2. Probleemstelling**

Ondanks de invoering van artikel 10d is de wetgever tot de conclusie gekomen dat het zogenoemde *Bosal-gat* hiermee toch niet wordt gerepareerd. De maatregel was namelijk niet effectief om de excessieve aftrek van renten die niet in Nederland thuishoren aan banden te leggen<sup>8</sup>. Omdat het *Bosal-gat* echter nog steeds een groot budgettair probleem vormt, is artikel 13l ingevoerd. Artikel 13l betreft een aftrekbeperking van bovenmatige deelnemingsrente en beoogt het begrotingstekort van de overheid te verkleinen. De vraag is of de doelstelling om dit budgettair gat te dichten ook daadwerkelijk gehaald kan worden. Hiermee luidt mijn probleemstelling dan ook:

***Wordt met de invoering van een renteaftrekbeperking voor deelnemingsrente in artikel 13l het zogenoemde Bosal-gat gedicht?***

## **1.3. Verantwoording van de opzet**

Artikel 13l is ingevoerd om het zogenoemde *Bosal-gat* te dichten. Dit gat is ontstaan na de uitspraak van het arrest-*Bosal holding BV* in 2003. Omdat het *Bosal-arrest* een grote rol speelt omtrent de invoering van artikel 13l, zal ik allereerst ingaan op de wetgeving vóór het *Bosal-arrest* en daarnaast komt het arrest zelf aan de orde.

In hoofdstuk 3 zal ik de wetwijzigingen naar aanleiding van het *Bosal-arrest* in ogenschouw nemen. Dit zijn onder andere artikel 10d en artikel 20 lid 4.

In hoofdstuk 4 zal ik het nieuwe artikel 13l toelichten.

Hierbij zal ik ingaan op de werking en de opbouw van de leden. Tevens komt de afschaffing van artikel 10d aan de orde.

Vervolgens zal ik de totstandkoming en de gevolgen die de invoering van artikel 13l met zich meebrengt in hoofdstuk 5 behandelen.

Ter afsluiting volgt er een samenvatting, conclusie en een antwoord op mijn probleemstelling in hoofdstuk 6.

---

<sup>8</sup> Prof. Dr. Mr. E.J.W. Heithuis, dr. R.P. van den Dool, *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2010

## **2. Het ontstaan van het Bosal-gat**

Alvorens te kunnen bepalen of met de invoering van artikel 13l het budgettair gat gedicht wordt, moet er eerst bekeken worden waardoor dit artikel nou eigenlijk geïntroduceerd werd. De introductie van artikel 13l vindt zijn oorsprong in de uitspraak van het Hof van Justitie op 18 september 2003, te weten het arrest-Bosal Holding BV<sup>9</sup>.

Teneinde de wetgeving na de uitspraak van dit arrest in 2003 te repareren, heeft de wetgever diverse maatregelen getroffen door middel van de invoering van wetsartikelen. Zo is met de invoering van de thincap-regeling van artikel 10d met ingang van 1 januari 2004 en de verliesverrekening beperking van houdstermaatschappijen van artikel 20 lid 4 getracht om het budgettair gat te dichten. Alvorens het zogenoemde Bosal-gat verder te kunnen toelichten, volgt er een beschrijving van hoe de wetgeving in elkaar zat vóór het Bosal-arrest en vervolgens komt het arrest zelf aan de orde.

### **2.1. De wetgeving vóór het Bosal-arrest**

In het Bosal-arrest staat de renteaftrekbeperking van artikel 13 lid 1 (oud) centraal. De Nederlandse deelnemingsvrijstelling wordt geregeld in art 13. Bij het bepalen van de winst blijven de voordelen uit hoofde van een deelneming buiten aanmerking, alsook de kosten ten behoeve van het financieren van deelnemingen vallen onder de deelnemingsvrijstelling en zijn in beginsel niet aftrekbaar op grond van artikel 13 lid 1 (tekst tot 1 januari 2004). Bij de regeling van de deelnemingsvrijstelling is van belang te bepalen wanneer er nou sprake is van een deelneming. Hiervan is sprake wanneer een aandeelhouder ten minste 5% aandelen bezit in een andere vennootschap (uiteraard zijn er meerdere eisen, maar het is verder niet relevant voor mijn scriptie om hierop in te gaan)<sup>10</sup>.

Tot 2004 was er voor de deelnemingsvrijstelling een onderscheid tussen enerzijds buitenlandse deelnemingen en anderzijds binnenlandse deelnemingen. Er gold toen dat kosten die verband houden met het financieren van deelnemingen, alleen aftrekbaar waren indien en voor zover het deelnemingen betrof die direct of indirect in Nederland belastbare winst genoten<sup>11</sup>. Dus in het verleden maakte het voor de aftrekbaarheid van kosten ten behoeve van

---

<sup>9</sup> HvJ EG 18 september 2003, nr. C-168/01, *BNB* 2003/344

<sup>10</sup> Prof. Dr. Mr. E.J.W. Heithuis, dr. R.P. van den Dool, *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2010

<sup>11</sup> Mr. W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de wet vennootschapsbelasting 1969*, Deventer: Kluwer 2008

deelnemingen veel uit of een deelneming in Nederland dan wel in het buitenland werd gehouden. Dit onderscheid, zoals dit gold in artikel 13 lid 1 (oud), is tot stand gekomen vanuit het Besluit op de wet van de Vennootschapsbelasting 1942. Hierin werd namelijk besloten dat alle kosten ten behoeve van het financieren van deelnemingen niet in aftrek worden toegelaten. Dit bracht met zich mee dat objectieve vrijstellingen, waaronder de deelnemingsvrijstelling, als netto vrijstellingen gingen fungeren. Om dit op te lossen werd destijds besloten dat deelnemingskosten die dienstbaar waren aan in Nederland belastbare winst, in beginsel in aftrek konden worden gebracht<sup>12</sup>. Echter de aftrekbeperking van kosten voor buitenlandse deelnemingen bleef in stand. Dus destijds fungeerde de deelnemingsvrijstelling in binnenlandse verhoudingen als een bruto vrijstelling, terwijl het in internationale verhoudingen als een netto vrijstelling fungeerde.

Ook in de Europese Unie gevestigde deelnemingen waren onderhevig aan de renteaftrekbeperking van artikel 13 lid 1(oud). In dit artikel werd immers geen onderscheid gemaakt tussen in de Europese Unie gevestigde deelnemingen en deelnemingen die buiten de Europese Unie waren gevestigd. Als gevolg hiervan rees de vraag of de kostenaftrekbeperking van artikel 13 lid 1 (oud) niet in strijd was met de vrijheid van vestiging van het EG-Verdrag<sup>13</sup>. Uiteindelijk is deze vraag voorgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (hierna: HvJ EG), waarop het Hof deze vraag bevestigend heeft beantwoord. In de volgende paragraaf wordt er hierop verder ingegaan.

## **2.2. Het Bosal-arrest**

Op 18 september 2003 heeft het HvJ EG het Bosal-arrest gewezen<sup>14</sup>. In deze zaak draaide het om Bosal Holding BV (hierna: Bosal), een in Nederland gevestigde besloten vennootschap die houdster-, financierings- en licentie/royaltyactiviteiten verrichtte en als belastingplichtige is onderworpen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting<sup>15</sup>. Bosal heeft veel deelnemingen gevestigd buiten Nederland, waaronder ook binnen de Europese Gemeenschap. In 1993 wilde Bosal kosten ten bedrage van f 3.969.339 in verband met het financieren van deelnemingen gevestigd in negen andere lidstaten in aftrek brengen<sup>16</sup>. Dit verzoek werd echter geweigerd door de inspecteur op grond van artikel 13 lid 1 (oud). De deelnemingskosten waren immers

---

<sup>12</sup> J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2007

<sup>13</sup> Prof. Dr. Mr. E.J.W. Heithuis, dr. R.P. van den Dool, *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2010

<sup>14</sup> HvJ EG 18 september 2003, nr. C-168/01, *BNB* 2003/344

<sup>15</sup> WFR 2003/1844, *Het Bosal-Holding-arrest: analyse, kritiek en gevolgen*, Dr. D.M. Weber

<sup>16</sup> NTFR 2003-1594, *Beperking aftrek 13(1)-kosten in strijd met EG recht*, mr. Drs. M.M. Kors

niet dienstbaar aan in Nederland belastbare winst. De vraag of de aftrekbeperking van deelnemingskosten in strijd is met het EG-verdrag heeft zowel in de praktijk als in de literatuur veel rep en roer met zich meegebracht. Hieromtrent heeft de Hoge Raad in HR 11 april 2001, twee prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EG<sup>17</sup>.

Onderstaand volgt er een analyse van dit arrest door het HvJ EG en afsluitend een conclusie hierover.

### **2.2.1. Analyse van het arrest**

Allereerst benadert het HvJ EG de problematiek met een uitleg over de Moederdochterraichtlijn (hierna: M-D richtlijn). Volgens het HvJ EG bepaalt artikel 4 lid 2 van deze richtlijn dat iedere lidstaat vrij staat te bepalen dat lasten die betrekking hebben op deelnemingen niet aftrekbaar zijn van de belastbare winst van de moedermaatschappij<sup>18</sup>. Vervolgens stelt het HvJ EG dat aan de mogelijkheid tot aftrekweigering van artikel 4 lid 2 van de M-D richtlijn, geen verdere eisen en voorwaarden worden gesteld. Hiermee heeft het HvJ EG geconstateerd dat artikel 13 lid 1 (oud) verenigbaar is met artikel 4 lid 2 van de M-D richtlijn. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat de aftrekbeperking van deelnemingskosten enkel toegepast kan worden met inachtneming van de fundamentele verdragsbepalingen, aangaande de vrijheid van vestiging opgenomen in artikel 43 juncto artikel 48 EG-Verdrag.

Het HvJ EG heeft in het Bosal-arrest (par. 13) vastgesteld dat de mogelijkheid om kosten van deelnemingen af te trekken van de belastbare winst van de moedermaatschappij niet afhankelijk is van de vestigingsplaats, maar van de plaats waar de winst behaald wordt. Dus op grond van een winstjurisdictie criterium, waarbij er geen onderscheid wordt gemaakt naar nationaliteit. Er is in casu geen sprake van discriminatie op grond van nationaliteit, omdat de Nederlandse regeling alleen voor alle in Nederland gevestigde moederverenootschappen geldt<sup>19</sup>. In het Bosal-arrest stellen zowel de Hoge Raad als het HvJ EG dat er sprake is van een belemmering van de vrijheid van vestiging, onder verwijzing naar de arresten ICI<sup>20</sup> en Baars<sup>21</sup>, omdat de aftrekbeperking van artikel 13 lid 1 (oud) een remmende invloed kan hebben op de beslissing van een in Nederland gevestigde moederverenootschap om een op te

---

<sup>17</sup> HR 11 april 2001, nr. 35 729, *BNB* 2001/257

<sup>18</sup> WFR 2003/1844, *Het Bosal-Holding-arrest: analyse, kritiek en gevolgen*, Dr. D.M. Weber

<sup>19</sup> HvJ EG 18 september 2003, nr. C-168/01, *BNB* 2003/344

<sup>20</sup> HvJ 16 juli 1998, nr. C-264/96, *BNB* 1998/420

<sup>21</sup> HvJ EG 13 april 2000, nr. C-251/98, *BNB* 2000/242



richten dochtervennootschap werkzaam te doen zijn buiten Nederland<sup>22</sup>. Derhalve wordt de kostenaftrekbeperking door het HvJ EG aangemerkt als een maatregel die onderscheid maakt tussen binnen- en buitenlandse situaties en een inbreuk op het vrije vestigingsrecht tot gevolg heeft. Maatregelen die nationaliteit niet discrimineren maar wel het vrije verkeer belemmeren zijn immers verboden onder het Europees recht.

### **2.2.2. Conclusie van het arrest**

Op 18 september 2003 heeft het Hof geoordeeld dat het onderscheid tussen binnenlandse- en buitenlandse deelnemingen in strijd is met het Europees recht, derhalve een belemmering van de vrijheid van vestiging. Dit komt erop neer dat Bosal en iedere andere vennootschap in Nederland kosten in verband met het houden van deelnemingen, in zowel binnen- als buitenland, in aftrek kunnen brengen van de winst van de in Nederland gevestigde moedermaatschappij. Dit heeft geleid tot het ontstaan van het zogenoemde Bosal-gat. Naar aanleiding hiervan heeft de wetgever wetswijzigingen doorgevoerd. Hierna wordt het Bosal-gat nader toegelicht.

### **2.3. Het Bosal-gat**

Het HvJ EG heeft op 18 september 2003 in het Bosal-arrest geconcludeerd dat de aftrekbeperking van artikel 13 lid 1 strijdig is met het Europees recht. Er moest een wetswijziging doorgevoerd worden om de wet op de vennootschapsbelasting 1969 weer in overeenstemming te brengen met het Europees recht. Zodoende heeft de wetgever besloten om de aftrekbeperking van artikel 13 lid 1 weg te schrappen. De aftrek van renten en kosten in verband met de financiering van buitenlandse, zowel binnen als buiten de Europese Unie gevestigde, deelnemingen werd in Nederland toegestaan, terwijl de voordelen uit die deelnemingen vrijgesteld waren onder de deelnemingsvrijstelling. Dit arrest bracht dus een grote budgettaire derving voor de Nederlandse staat met zich mee. Deze mismatch in de vennootschapsbelasting wordt het zogenoemde Bosal-gat genoemd. Ook de vrees van de wetgever is hiermee uitgekomen<sup>23</sup>. Door het aftrekbaar maken van financieringsrenten en kosten van buitenlandse deelnemingen zou de Nederlandse heffingsgrondslag worden uitgehold en bovenmatige financiering met vreemd vermogen gestimuleerd worden.

---

<sup>22</sup> WFR 2003/1844, *Het Bosal-Holding-arrest: analyse, kritiek en gevolgen*, Dr. D.M. Weber

<sup>23</sup> NvW, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 8, p. 9.

Maatschappijen die het meeste profijt van dit arrest zullen hebben zijn de in Nederland gevestigde houdster- en tussenhoudstermaatschappijen met buitenlandse deelnemingen<sup>24</sup>. Deze vennootschappen worden enkel opgericht om deelnemingen te houden en maken derhalve weinig winst. Doordat de kosten voor het houden van deelnemingen nu volledig in aftrek gebracht kunnen worden, zullen in de meeste gevallen compensabele verliezen ontstaan. Deze vennootschappen hebben namelijk weinig belastbare winst door de deelnemingsvrijstelling.

De budgettaire derving als gevolg van het Bosal-arrest werd bij het belastingplan 2004<sup>25</sup> geraamd op €950 miljoen. Derhalve acht de wetgever het treffen van tegenmaatregelen van groot belang. Een deel van het budgettaire verlies, te noemen €400 miljoen, werd gedekt met de invoering van wetwijzigingen na het Bosal-arrest. Er is bewust gekozen om het restant, c.q. €550 miljoen, niet te verhalen op het bedrijfsleven<sup>26</sup>. Naar mijn mening kan gesteld worden dat het zogenoemde Bosal-gat gepaard gaat met een verlies van €400 miljoen.

#### **2.4. Conclusie**

De oorsprong van het nieuwe artikel 13l is in dit hoofdstuk aan de orde gekomen. Na de uitspraak van het HvJ EG in het arrest Bosal-Holding BV op 18 september 2003 werd de tot 1 januari 2004 in artikel 13 lid 1 opgenomen kostenaftrekbeperking afgeschaft. Hierdoor ontstond er een aanzienlijke budgettaire derving, genaamd het Bosal-gat. Maatregelen om dit gat te repareren achtte de wetgever van groot belang.

Zodoende heeft de wetgever na dit arrest gekozen voor twee reparaties door middel van wetwijzigingen. De vraag is of deze wetwijzigingen ook tot de gewenste reparatie zullen leiden. In het volgend hoofdstuk komen deze uitgebreid aan de orde.

---

<sup>24</sup> NvW, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 8, p. 12.

<sup>25</sup> NNV, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 25, p. 21.

<sup>26</sup> WFR 2011/1008, *Bosal-Mania*, Prof. mr. J.W. Bellingwout

### **3. Wetswijzigingen naar aanleiding van het Bosal-arrest**

In het vorige hoofdstuk is de reden voor de invoering van artikel 13l aan bod gekomen. Alvorens dit artikel te kunnen beschrijven, komen de wetswijzigingen na de uitspraak van het Bosal-arrest uitvoerig aan de orde. Zoals in het voorgaande al vermeld, heeft de wetgever als eerste reactie op de uitspraak van het Bosal-arrest in 2003 de kostenaftrekbeperking van artikel 13 lid 1 (oud) met ingang van 1 januari 2004 afgeschaft, zodat voortaan de kosten die verband houden met buitenlandse deelnemingen ook aftrekbaar zijn. Deze eerste wijziging heeft geleid tot het ontstaan van het Bosal-gat. Ter oplossing hiervoor heeft de wetgever voor twee reparatiemaatregelen gekozen.

Zo werd met ingang van 1 januari 2004 een renteaftrekbeperkingsmaatregel ingevoerd in art 10d (oud), de zogenoemde thincap-regeling, gevolgd door een beperking van de verliesverrekening voor houdstermaatschappijen in artikel 20 lid 4.

#### **3.1. De invoering van artikel 20 lid 4**

In het vorige hoofdstuk is beschreven dat houdster- en tussenhoudstermaatschappijen met buitenlandse deelnemingen het meeste profijt zullen hebben van het Bosal-arrest. Als gevolg van dit arrest zouden zij hun compensabele verliezen kunnen verrekenen met activiteiten die reeds aan de Nederlandse heffingsgrondslag zijn onderworpen of door het inbrengen van nieuwe winstgevende activiteiten<sup>27</sup>. Teneinde een uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag tegen te gaan heeft de wetgever per 1 januari 2004 artikel 20 lid 4 in het leven geroepen.

##### **3.1.1. Werking artikel 20 lid 4**

Een beperking van de verliesverrekening voor houdstermaatschappijen, zoals verwoord in artikel 20 lid 4, was cruciaal om de ongewenste uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag te vermijden. Ingevolge artikel 20 lid 4 zijn verliezen die hun oorsprong vinden in jaren waarin sprake is van een houdster- of financieringsmaatschappij slechts beperkt verrekenbaar. Aan twee vereisten moet namelijk voldaan worden voor de verrekening van dergelijke verliezen. Ten eerste moet de belastingplichtige eveneens kwalificeren als een houdster- of financieringsmaatschappij (“werkzaamhedeneis”) en ten tweede moet de

---

<sup>27</sup> Prof. Dr. Mr. E.J.W. Heithuis, dr. R.P. van den Dool, *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2010

boekwaarde van vorderingen op en schulden aan met de belastingplichtige verbonden lichamen niet uitgaan boven de boekwaarde van soortgelijke vorderingen en schulden aan het einde van het jaar waarin het verlies is geleden (“vorderingeneis”)<sup>28</sup>. De invoering van dit artikel bracht echter ook de nodige vragen met zich mee. In de volgende paragraaf wordt hierop ingegaan, gevolgd door een conclusie.

### 3.1.2. Problematiek omtrent artikel 20 lid 4

Zoals in de vorige paragraaf beschreven, geldt de beperking van verliesverrekening enkel voor belastingplichtigen die als houdster- of financieringsmaatschappij kwalificeren. De vraag is dan ook wanneer een belastingplichtige als zodanig aangemerkt moet worden. In het wetsartikel staat omschreven dat de feitelijke werkzaamheden van de belastingplichtige uitsluitend of nagenoeg uitsluitend moeten bestaan uit het houden van deelnemingen óf het financieren van verbonden lichamen. Het woordje “of” bracht veel onduidelijkheid met zich mee. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het woordje “of” niet uitsluit dat beide situaties zich tegelijk kunnen voordoen<sup>29</sup>. Met andere woorden heeft het woordje “of” in dit artikel de betekenis van en/of. Daarnaast rees de vraag wat er precies bedoeld wordt met de term “nagenoeg uitsluitend”. Aangenomen kan worden dat hiermee 90% of meer bedoeld wordt<sup>30</sup>. De Staatssecretaris heeft aangegeven dat niet alleen de tijdsbesteding van de werknemers hierbij een rol speelt, maar ook de samenstelling van de commerciële winst en de samenstelling van de activa en passiva van de commerciële balans<sup>31</sup>.

Opmerkelijk is de reikwijdte van artikel 20 lid 4. Het Bosal-arrest is de aanleiding geweest voor deze verliesverrekeningsbeperkingsmaatregel. Dit arrest had niets te maken met financieringsmaatschappijen, maar toch worden ook vennootschappen die zich enkel bezighouden met het verstrekken van financieringen door deze maatregel getroffen. Financieringsactiviteiten staan namelijk los van het houden van buitenlandse deelnemingen en dus los van het Bosal-arrest<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> WFR 2003/1929, *Beperking verliesverrekening: de “echte” Bosal-reparatie*, Mr. S.R. Pancham en prof. dr. mr. G.W.J.M. Kampschöer RA

<sup>29</sup> HR 24 juni 2011, nr. 09/05115, *BNB* 2011/244

<sup>30</sup> Besluit Staatssecretaris van Financiën 11 augustus 2003, nr. CPP2003/1611, V-N 2003/46.12, vraag 10.1.1.

<sup>31</sup> NvW, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 8, p. 23.

<sup>32</sup> WFR 2003/1929, *Beperking verliesverrekening: de “echte” Bosal-reparatie*, Mr. S.R. Pancham en prof. dr. mr. G.W.J.M. Kampschöer RA

Ten slotte bestaan er weinig mogelijkheden voor belastingplichtigen om tegenbewijs te leveren ingeval er niet voldaan wordt aan de twee vereisten in onderdeel a en b van artikel 20 lid 4. Enkel voor de vorderingeneis is namelijk tegenbewijs mogelijk op grond van artikel 20 lid 5. Volgens de literatuur moet ook in het kader van de werkzaamhedeneis een tegenbewijsregeling opgenomen worden, aangezien de maatregel gericht is op het tegengaan van uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag<sup>33</sup>. Een wijziging van de feitelijke werkzaamheden hoeft immers niet gericht te zijn op een grondslaguitholling. Door een tegenbewijsregeling voor de werkzaamhedeneis op te nemen, zouden bepaalde gevallen eventueel nog uitgezonderd kunnen worden van de regeling.

### **3.1.3. Conclusie**

Uit de literatuur blijkt artikel 20 lid 4 onevenwichtig te zijn, omdat de reikwijdte van deze maatregel het gestelde doel ver voorbij schiet. Niet alleen de verrekening van Bosal-verliezen wordt bemoeilijkt, maar ook de verliesverrekening in verband met financieringsactiviteiten wordt aan banden gelegd. Dus ook vennootschappen die geen voordeel hadden bij de wetwijzigingen omtrent artikel 13 lid 1 (oud) worden benadeeld door deze maatregel. Daarnaast is gelet op het doel van de regeling, namelijk het tegengaan van uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag, een tegenbewijsregeling voor de werkzaamhedeneis zeer gewenst.

## **3.2. De invoering van artikel 10d**

Naast de invoering van artikel 20 lid 4 heeft de wetgever tegelijkertijd een algemene renteaftrekbeperkingsmaatregel ingevoerd in artikel 10d, de thincap-regeling. Ook dit artikel werd ingevoerd met het oog op het tegengaan van uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag. De invoering van dit artikel dient de bovenmatige financiering met vreemd vermogen te vermijden<sup>34</sup>.

### **3.2.1. Werking artikel 10d**

Door de afschaffing van de aftrekbeperking van renten en kosten in verband met buitenlandse deelnemingen dreigen Nederlandse vennootschappen meer met vreemd vermogen te gaan

---

<sup>33</sup> WFR 2003/1929, *Beperking verliesverrekening: de "echte" Bosal-reparatie*, Mr. S.R. Pancham en prof. dr. mr. G.W.J.M. Kampschöer RA

<sup>34</sup> Prof. Dr. Mr. E.J.W. Heithuis, dr. R.P. van den Dool, *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2010

financieringen, dan voorheen het geval was<sup>35</sup>. Derhalve beoogt de thincap-regeling opgenomen in artikel 10d de rente op het bovenmatige gefinancierde deel met vreemd vermogen van een belastingplichtige binnen concernverband van aftrek uit te sluiten<sup>36</sup>. Hierbij gaat het om rente verschuldigd aan verbonden lichamen. Het bovenmatige vreemd vermogen wordt berekend aan de hand van twee ratio's, te noemen de vaste ratio en de concernratio. Bij de vaste ratio is sprake van een teveel aan vreemd vermogen indien en voor zover het vreemd vermogen ten opzichte van het eigen vermogen op de fiscale balans meer bedraagt dan de vaste ratio van 3:1 en dit surplus tevens een franchise van €500000 te boven gaat. Bij de concernratio wordt de verhouding tussen het vreemd vermogen en het eigen vermogen op de commerciële balans van de belastingplichtige afgezet tegen die van de groep als geheel waartoe de belastingplichtige behoort<sup>37</sup>. Voor beide ratio's geldt tevens dat de belastingplichtige deel moet uitmaken van een groep. Belastingplichtigen zijn vrij in hun keuze en zullen uiteraard kiezen voor de ratio die hun het meest gunstig uitkomt. Indien de belastingplichtige getroffen wordt door een renteaftrekbeperking op basis van de vaste ratio, bestaat er nog de ontsnappingsclausule van de concernratio.

Uiteraard zijn met de invoering van artikel 10d weer de nodige vragen gerezen. Meer hierover in de volgende paragraaf, gevolgd door een conclusie.

### **3.2.2. Problematiek omtrent artikel 10d**

Allereerst dient opgemerkt te worden dat naast de reeds bestaande renteaftrekbeperkingsmaatregelen in de wet vennootschapsbelasting, er met artikel 10d wederom een nieuwe specifieke renteaftrekbeperkingsmaatregel werd ingevoerd. Ook Prof. Heithuis heeft dit naar voren gebracht in zijn artikel<sup>38</sup>. Heithuis stelde namelijk dat de Staatssecretaris van Financiën in tegenstelling tot het advies van de Raad van State, de problematiek omtrent renteaftrek in de wet vennootschapsbelasting niet heeft verholpen, maar juist gecompliceerd. Want alvorens de nieuwe wetgeving te kunnen toepassen moet men eerst door de regels omtrent de hybride-leningswetgeving van artikel 10, eerste lid, onderdeel d, vervolgens door de winstdrainagewetgeving van artikel 10a en ten slotte door de thincap-regels van artikel 10d<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> NvW, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 8, p. 9.

<sup>36</sup> Prof. dr. J.N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2009

<sup>37</sup> J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2007

<sup>38</sup> WFR 2003/1869, *De reparatiewetgeving naar aanleiding van het Bosal-arrest: een gemiste kans!*, Prof. dr. E.J.W. Heithuis

<sup>39</sup> NvW, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 8, p. 12.

Er was ook nog een vraag of de renteaftrekbepanking van artikel 10d niet discriminatoir is. Hierop heeft de Hoge Raad ontkennend beantwoord. Volgens de Hoge Raad zou de regeling in strijd komen met artikel 43 van het EG-Verdrag, indien de wetgever had gekozen om de regeling enkel te laten gelden voor vennootschappen behorend tot buitenlandse concerns<sup>40</sup>. Omdat de wetgever geen onderscheid heeft gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse concerns, is volgens de Hoge Raad geen sprake van discriminatie. Hierbij kan er dan ook gesteld worden dat vanuit het Europees rechtelijk oogpunt bezien dit een correct artikel is.

Daarnaast is er ook een belangrijke vereiste opgenomen in artikel 10d lid 2. De thincap-regeling is namelijk enkel van toepassing op belastingplichtigen die samen met andere lichamen in een groep zijn verbonden, zoals opgenomen in artikel 24b van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Deze groepsrelatie wordt geacht aanwezig te zijn indien er een geconsolideerde jaarrekening bestaat. Deze groepsrelatie is in een besluit van de Staatssecretaris van Financiën verder toegelicht<sup>41</sup>. In dit besluit werd geconstateerd dat het ontbreken van een geconsolideerde jaarrekening, de aanwezigheid van een groepsrelatie niet verhindert.

Ten aanzien van het groepsbegrip is er een afwijking te constateren. De wetgever heeft namelijk voor het groepsbegrip aangesloten bij artikel 24b van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en niet bij het fiscale concernbegrip opgenomen in artikel 10a lid 4. In dit kader is aangegeven dat de wetgever mede hiervoor heeft gekozen vanwege de uitvoerbaarheid van artikel 10d<sup>42</sup>. Op deze manier kunnen belastingplichtigen die gebruik willen maken van de concernratio in plaats van de vaste ratio, aansluiten bij de geconsolideerde jaarrekening van de groep.

In binnenlandse situaties kunnen belastingplichtigen de renteaftrekbepanking van artikel 10d ontlopen door een fiscale eenheid op grond van artikel 15 aan te gaan, mits er voldaan wordt aan de wettelijke vereisten. In beginsel is er dan geen sprake meer van een groep, omdat binnen de fiscale eenheid wordt geacht één belastingplichtige te zijn. Indien de fiscale eenheid van de belastingplichtige samenvalt met de groep, blijft artikel 10d buiten toepassing<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> NTFR 2011/252, HR 04 februari 2011, nr. 09/05126, Wettelijke beperking aftrek rente in het kader van onderkapitalisatieregeling is niet discriminatoir, D.R. Post

<sup>41</sup> NTFR 2007/1331, Staatssecretaris van Financiën 05 juli 2007, nr. CPP2006/2514M, Besluit over groepsvereiste art. 10d Wet VPB 1969, De redactie.

<sup>42</sup> NNV, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 25, p. 13.

<sup>43</sup> NvW, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 8, p. 16.

De franchise van € 500000 is in het leven geroepen om vooral het midden- en kleinbedrijf (hierna: MKB) te sparen voor toepassing van artikel 10d. Er is echter gebleken dat de thincap-regeling ook belastingplichtigen uit het MKB raakt, voor wie deze regeling helemaal niet bedoeld was<sup>44</sup>. Het MKB had immers niets te maken met buitenlandse deelnemingen en derhalve geen voordeel bij de afschaffing van artikel 13 lid 1 (oud).

Ten slotte is op 1 januari 2013 artikel 10d weer vervallen om plaats te maken voor het nieuwe artikel 13l.

### 3.2.3. Conclusie

Teneinde een uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag als gevolg van het verstrekken van concernfinancieringen te vermijden, is artikel 10d in het leven geroepen. Hoewel de thincap-regeling de problematiek omtrent de renteaftrek nog gecompliceerder maakt, kan vastgesteld worden dat deze regeling correct is ingevoerd. Ook in jurisprudentie is immers vastgesteld dat deze regeling niet in strijd is met het EG-Verdrag<sup>45</sup>.

Bij nadere beschouwing is echter gebleken dat de regeling niet goed past bij de aanpak van excessieve renteaftrek, omdat zij een generieke werking heeft<sup>46</sup>. Daarnaast werden niet enkel de vennootschappen waarvoor de regeling bedoeld was getroffen, maar ook het MKB. Mede hierdoor kan geconcludeerd worden dat deze regeling niet effectief is gebleken. Het kabinet was dan ook voorstaander van de afschaffing van artikel 10d<sup>47</sup>. Zodoende heeft de Staatssecretaris van Financiën de afschaffing van artikel 10d bij het Belastingplan 2013 als een wetsvoorstel gestuurd naar de Tweede Kamer<sup>48</sup>. De benodigde dekking hiervoor is gevonden met de invoering van het nieuwe artikel 13l, dat in het volgend hoofdstuk aan de orde zal komen.

---

<sup>44</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 11.

<sup>45</sup> HR 04 februari 2011, nr. 09/05126, *BNB* 2011/164

<sup>46</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 11.

<sup>47</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 11.

<sup>48</sup> Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 1.



#### **4. Het nieuwe artikel 13l**

Per 1 januari 2013, dus ongeveer negen jaar na de eerste wetwijzigingen naar aanleiding van het Bosal-arrest, is het renteaftreklandschap in de wet vennootschapsbelasting ingrijpend veranderd met de invoering van een nieuwe wetwijziging<sup>49</sup>. Het betreft een aftrekbeperkingsmaatregel van deelnemingsrente opgenomen in artikel 13l. De opbrengst van deze maatregel wordt geraamd op €150 miljoen en zal aangewend worden om het begrotingstekort te verkleinen<sup>50</sup>.

##### **4.1. Het wetsvoorstel**

Het zogenoemde Bosal-gat vormt nog steeds een groot budgettair probleem. Met het oog hierop heeft de Staatssecretaris van Financiën op 4 juni 2012 een wetsvoorstel met de fiscale maatregelen uit het Begrotingsakkoord 2013<sup>51</sup> naar de Tweede kamer gestuurd. In dit Begrotingsakkoord is onder andere besloten om de aftrek van deelnemingsrente te beperken. Met deze maatregel geeft het kabinet zoveel mogelijk uitvoering aan de motie van de Tweede kamer om het zogenoemde Bosal-gat in de vennootschapsbelasting te dichten<sup>52</sup>. Teneinde de overheidsfinanciën weer gezond te maken is artikel 13l in het leven geroepen<sup>53</sup>.

##### **4.2. Introductie artikel 13l**

Ingevolge artikel 13l wordt de aftrek van renten en kosten ter zake van geldleningen ten behoeve van de financiering van deelnemingen beperkt. Met deze maatregel wordt de motie-Bashir/Van Vliet<sup>54</sup> niet onverkort uitgevoerd. De leden Bashir en Van Vliet hebben op 30 juni 2011 een motie ingediend, waarin de regering verzocht werd met maatregelen te komen om het Bosal-gat te dichten. Bashir en Van Vliet constateerden namelijk dat door het Bosal-arrest de kosten die verband houden met de verwerving van deelnemingen in aftrek worden toegelaten van de winst van de moedermaatschappij, waardoor bij buitenlandse deelnemingen een gat in de belastingheffing is ontstaan dat de Nederlandse schatkist onnodig veel geld kost. De motie was slechts gericht op het beperken van de renteaftrek voor zover sprake is van buitenlandse deelnemingen en is derhalve in strijd met het Bosal-arrest<sup>55</sup>. Op grond van het Bosal-arrest mocht namelijk geen onderscheid gemaakt worden tussen binnen- en

---

<sup>49</sup> Dr. J. van Strien, *De aftrekbeperking van bovenmatige deelnemingsrente*, Deventer: Kluwer 2013

<sup>50</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 10.

<sup>51</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 1.

<sup>52</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32800, nr. 17.

<sup>53</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 10.

<sup>54</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32800, nr. 17.

<sup>55</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 10.

buitenlandse deelnemingen. Hierdoor heeft de staatssecretaris de motie niet onverkort uitgevoerd. Ter oplossing hiervan heeft de staatssecretaris in het eerste lid van artikel 13l een aftrekbeperking van deelnemingsrente opgenomen zonder een onderscheid te maken tussen een deelneming in een binnen- dan wel een buitenlandse dochtermaatschappij<sup>56</sup>. Artikel 13l beoogt de aftrekmogelijkheid in te perken voor zover sprake is van een bovenmatige en onwenselijke financiering van deelnemingen met geldleningen<sup>57</sup>. Het bedrag aan geldleningen dat verband houdt met de financiering van deelnemingen wordt volgens een rekenregel bepaald<sup>58</sup>. Deze rekenregel houdt in dat het eigen vermogen primair gebruikt wordt voor de financiering van deelnemingen en is daarmee ook gunstig voor belastingplichtigen<sup>59</sup>. Van de verkrijgingsprijs van de deelnemingen wordt het fiscaal eigen vermogen afgetrokken en het saldo wat hier uitrolt wordt gedefinieerd als de deelnemingsschuld. De rente op de bovenmatige deelnemingsrente wordt van aftrek uitgesloten voor zover het een drempel van €750.000 te boven gaat. Door deze drempel en de rekenregel waarmee de deelnemingsschuld wordt bepaald kan gesteld worden dat de maatregel goed uitvoerbaar is, omdat slechts een beperkte groep belastingplichtigen hiermee geconfronteerd zal worden, namelijk grote ondernemingen met deelnemingen, veel schulden en weinig eigen vermogen<sup>60</sup>.

### **4.3. Afschaffing artikel 10d**

Met de invoering van het nieuwe artikel 13l per 1 januari 2013 is tegelijkertijd een aftrek beperkende maatregel uit de wet vennootschapsbelasting verdwenen, namelijk de thincap-regeling van artikel 10d. Zoals in het vorig hoofdstuk beschreven, is bij nadere beschouwing gebleken dat de thincap-regeling niet goed past bij de aanpak van excessieve renteaftrek, doordat zij een generieke werking heeft<sup>61</sup>. Tevens is gebleken dat deze regeling ook belastingplichtigen uit het MKB raakt, voor wie de regeling helemaal niet bedoeld was. De afschaffing van artikel 10d gaat echter gepaard met een budgettaire derving van €30 miljoen, waarvoor het kabinet eerst nog de nodige dekking voor wenste te vinden<sup>62</sup>. De Raad van State (hierna: RvS) was ook van mening dat de generieke werking van artikel 10d niet past bij een aanpak in de vorm van specifieke renteaftrekbeperkingen en daarom afgeschaft moest worden. Alleen de argumentatie van het kabinet dat eerst de benodigde dekking gevonden

---

<sup>56</sup> NTFR 2012-1416, *Bovenmatige deelnemingsrente*, dr. J. Vleggeert

<sup>57</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 10.

<sup>58</sup> NTFR 2012-1420, Wet uitwerking fiscale maatregelen Begrotingsakkoord 2013 naar de Tweede kamer.

<sup>59</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 11.

<sup>60</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 11.

<sup>61</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 11.

<sup>62</sup> MvT, Kamerstukken I,I 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 12.

moest worden, vond de RvS niet toereikend om de regeling in stand te houden<sup>63</sup>. Het kabinet heeft toen benadrukt dat het voornemen om artikel 10d af te schaffen nog niet geconcretiseerd was, omdat in geval de benodigde dekking niet wordt gevonden de budgettaire doelstelling van de nieuwe renteaftrek beperkende maatregel, ad €150 miljoen niet gehaald zou worden<sup>64</sup>. In het Begrotingsakkoord 2013 was uiteindelijk aangekondigd dat artikel 10d zou worden afgeschaft en dat de benodigde dekking hiervoor binnen het totaal pakket aan maatregelen beschikbaar was<sup>65</sup>.

#### 4.4. Systematiek artikel 13l

Hierna volgt een toelichting op alle leden van artikel 13l.

**Lid 1:** Het bedrag aan renten en kosten ter zake van geldleningen dat geacht wordt verband te houden met de financiering van deelnemingen komt niet in aftrek, de bovenmatige deelnemingsrente. Aanvankelijk werd het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente enkel van aftrek uitgesloten indien een drempel van €1 miljoen wordt overschreden, maar het werd later verlaagd tot €750.000<sup>66</sup>. De hiermee behaalde budgettaire opbrengst wordt aangewend om versoepelingen aan te brengen in de regeling<sup>67</sup>. De drempel werd ingevoerd om de administratieve lasten te beperken en om het MKB zoveel mogelijk te ontzien<sup>68</sup>. Deze drempel is naar mijn mening positief, omdat het eventuele negatieve gevolgen voor het MKB beperkt.

**Lid 2:** Het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente wordt naar evenredigheid berekend<sup>69</sup>. Hierbij wordt de in een boekjaar verschuldigde rente vermenigvuldigd met de verhouding tussen de gemiddelde deelnemingsschulden en het gemiddelde totale bedrag aan geldleningen. Deze gemiddelden worden, overeenkomstig artikel 10d lid 8, berekend door de stand aan het begin en het einde van het jaar te middelen. Anders dan artikel 10d blijven tijdelijke mutaties rond die tijdstippen buiten aanmerking voor zover deze plaatsvinden met het oog op de toepassing van dit artikel. Het doel van deze volzin is om het kunstmatig manipuleren van de

---

<sup>63</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33287, nr. 4, p. 15.

<sup>64</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33287, nr. 4, p. 16/17.

<sup>65</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33402, nr. 3, p. 14.

<sup>66</sup> 4<sup>e</sup> nota van wijziging, Kamertstukken II, 2011/12, 33287, nr. 22, p. 1.

<sup>67</sup> 4<sup>e</sup> nota van wijziging, Kamertstukken II, 2011/12, 33287, nr. 22, p. 2.

<sup>68</sup> Dr. J. van Strien, *De aftrekbeperking van bovenmatige deelnemingsrente*, Deventer: Kluwer 2013

<sup>69</sup> WFR 2012-1426, *Deelnemingsrente*, Prof. mr. O.C.R. Marres

uitkomst van de berekening te voorkomen<sup>70</sup>. De begrippen “tijdelijk” en “rond die tijdstippen” zijn bewust niet geconcretiseerd, omdat het afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het concrete geval of er sprake is van een tijdelijke mutatie met het oog op toepassing van dit artikel<sup>71</sup>. Van groot belang bij deze berekening is het begrip deelnemingsschuld. Alvorens het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente te kunnen berekenen, moet allereerst vastgesteld worden of er sprake is van een deelnemingsschuld.

**Lid 3:** Voor de berekening van de deelnemingsschuld wordt een rekenregel gehanteerd, waarbij het eigen vermogen geacht wordt primair te zijn aangewend voor de financiering van deelnemingen<sup>72</sup>. Indien de verkrijgingsprijs van de deelnemingen het fiscaal eigen vermogen overschrijdt, is sprake van een deelnemingsschuld. Voor het begrip fiscaal eigen vermogen kan worden aangesloten bij de bestaande wetgeving en jurisprudentie<sup>73</sup>. Dit houdt in dat ook fiscale reserves en hybride leningen op grond van artikel 10, eerste lid, onderdeel d tot het eigen vermogen behoren. Onder verkrijgingsprijs van een deelneming wordt verstaan de tegenprestatie bij de verwerving of de uitbreiding van de deelneming vermeerderd met de ten laste van de verkrijger gekomen kosten. Ook transacties in de kapitaalsfeer beïnvloeden de verkrijgingsprijs van deelnemingen en is hiermee een dynamisch begrip<sup>74</sup>. Kapitaalstortingen verhogen de verkrijgingsprijs, terwijl terugbetalingen van kapitaal deze verlagen. Daarnaast wordt de deelnemingsschuld gemaximeerd tot het gezamenlijke bedrag van de geldleningen en dat van de verkrijgingsprijs van de deelnemingen<sup>75</sup>. De laatst gestelde maximum voorkomt dat een negatief eigen vermogen een extra nadelig effect heeft. Derhalve wordt het eigen vermogen voor de berekening van de deelnemingsschuld tenminste op nihil gesteld. Tenslotte regelt de tweede volzin dat de deelnemingsschuld verminderd wordt met het bedrag van schulden waarop artikel 10a en 10b van toepassing zijn, voor zover deze rechtshandelingen de deelnemingsschuld vergroten. De rekenregel is naar mijn mening niet zo effectief. Belastingplichtigen kunnen namelijk door het eigen vermogen zodanig te wijzigen, de niet aftrekbare bovenmatige deelnemingsrente beïnvloeden.

**Lid 4:** Dit lid betreft een correctie op het eigen vermogen. In geval een belastingplichtige zijn deelnemingen anders waardeert dan op de verkrijgingsprijs, zal het eigen vermogen

---

<sup>70</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 24.

<sup>71</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 24. en nr. 7, p. 42.

<sup>72</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 24.

<sup>73</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 24.

<sup>74</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 24.

<sup>75</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 25.

gecorrigeerd moeten worden ten behoeve van de vaststelling van de deelnemingsschuld. Een herwaardering van een deelneming leidt immers tot een wijziging van de omvang van het eigen vermogen<sup>76</sup>. Bij een deelneming met een boekwaarde hoger/lager dan de verkrijgingsprijs neemt het eigen vermogen toe/af met als gevolg dat de deelnemingsschuld te laag/hoog wordt vastgesteld. Ingevolge lid 4 wordt het eigen vermogen dan verlaagd/verhoogd met het verschil tussen de boekwaarde en de verkrijgingsprijs van de deelneming. Bovendien geldt deze correctie op het eigen vermogen alleen voor de toepassing van artikel 131<sup>77</sup>. Marres is van mening dat dit lid overbodig is<sup>78</sup>. Als er bij de bepaling van de deelnemingsschuld de boekwaarde, die al bekend is, van een deelneming gehanteerd wordt in plaats van de verkrijgingsprijs, zou de verkrijgingsprijs niet vastgesteld hoeven te worden en deze correctie helemaal niet nodig zijn geweest. Naar mijn mening moet dit lid ook in stand blijven als bijvoorbeeld de boekwaarde van een deelneming gehanteerd zou worden. Want de boekwaarde van een deelneming kan jaarlijks wijzigen en daarmee ook de rekenregel. Dit kan dus moeilijkheden opleveren. Het voordeel is wel dat bij een opwaardering/afwaardering zowel de boekwaarde als het eigen vermogen toenemen/afnemen, waardoor dit geen gevolgen heeft voor de deelnemingsschuld.

**Lid 5:** Om het ondernemings- en vestigingsklimaat zoveel mogelijk te ontzien is een uitzondering opgenomen op de hoofdregel<sup>79</sup>. Deze uitzondering houdt in dat indien sprake is van een uitbreiding van operationele activiteiten, de verkrijgingsprijs *voor zover* deze toe te rekenen is aan die uitbreiding van operationele activiteiten, buiten aanmerking blijft bij het bepalen van de deelnemingsschuld. Hierdoor verlaagt de deelnemingsschuld en daarmee de niet aftrekbare bovenmatige deelnemingsrente. Er is geen definitie in de wet opgenomen voor het begrip operationele activiteiten. In dit kader heeft de staatssecretaris vastgesteld dat het afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het concrete geval<sup>80</sup>. Op deze manier wordt ruimte geboden aan de praktijk om tot een afbakening te komen tussen wat operationeel is en wat niet<sup>81</sup>. Het onderscheid tussen operationele en niet-operationele activiteiten is dus niet duidelijk, maar het valt in ieder geval niet samen met het onderscheid tussen ondernemen en beleggen<sup>82</sup>. Het groepsniveau is van belang om te toetsen of er sprake is van een

---

<sup>76</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 29.

<sup>77</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 29.

<sup>78</sup> WFR 2012-1426, *Deelnemingsrente*, Prof. mr. O.C.R. Marres

<sup>79</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 30.

<sup>80</sup> Kamerstukken I, 2011/12, 33 287, nr. D, p. 27.

<sup>81</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 30.

<sup>82</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33287, nr. 4, p. 17.

uitbreiding van operationele activiteiten. Hiervoor wordt aangesloten bij het begrip verbonden lichaam. Naar mijn mening vormt dit lid dan ook de kern van artikel 13l, aangezien belastingplichtigen de deelnemingsschuld kunnen verlagen en daarmee ook de niet aftrekbare deelnemingsrente.

**Lid 6:** In dit lid worden drie situaties beschreven waarbij de uitzondering van het vijfde en tiende lid achterwege blijft. De verkrijgingsprijs van de deelneming telt namelijk toch mee bij de bepaling van de deelnemingsschuld. Er moet continue getoetst worden of er sprake is van een situatie als omschreven in de onderdelen a, b, en c<sup>83</sup>. In de wetsgeschiedenis is bepaald dat de belastingplichtige aannemelijk moet maken dat dit lid niet van toepassing is<sup>84</sup>.

Onderdeel a: Onderdeel a is gericht op situaties waarbij er sprake is van een dubbele aftrek van dezelfde rente binnen concernverband (doubledipstructuren)<sup>85</sup>. De term “verband” duidt op een causaal verband<sup>86</sup>. Daarnaast moet de rente in aftrek gebracht kunnen worden door een met de belastingplichtige verbonden lichaam. Dit kan het beste toegelicht worden aan de hand van het voorbeeld gegeven in de memorie van toelichting<sup>87</sup>. In dit voorbeeld wordt dezelfde rente twee keer in aftrek gebracht, zowel in het buitenland als in Nederland. In Nederland door coöperatie (C) en in het buitenland door een lid van de coöperatie, doordat C naar buitenlandse maatstaven als transparant behandeld wordt. Met als gevolg dat de verkrijgingsprijs van deelneming (T) wél meetelt voor het bepalen van de deelnemingsschuld. In de wetsgeschiedenis<sup>88</sup> is opgemerkt dat indien de lening toegerekend kan worden aan een Nederlandse vaste inrichting, de vaste inrichting de moedermaatschappij vormt van de fiscale eenheid en daardoor tevens renteaftrek plaatsvindt in de woonstaat van de buitenlandse belastingplichtige dat onderdeel a ook van toepassing is. Volgens Marres<sup>89</sup> is onderdeel a hier niet van toepassing, omdat de vaste inrichting niet een met de belastingplichtige verbonden lichaam is, waar de wettekst op ziet. Ik ben het hier niet mee eens. Naar mijn mening gaat het puur om gevallen waarin er sprake is van een dubbele aftrek van de dezelfde rente binnen de groep, dit is immers de strekking van de bepaling.

---

<sup>83</sup> WFR 2012-1426, *Deelnemingsrente*, Prof. mr. O.C.R. Marres

<sup>84</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 7, p. 40; Kamerstukken I, 2011/12, 33 287, nr. D, p. 28.

<sup>85</sup> Dr. J. van Strien, *De aftrekbeperking van bovenmatige deelnemingsrente*, Deventer: Kluwer 2013

<sup>86</sup> WFR 2012-1426, *Deelnemingsrente*, Prof. mr. O.C.R. Marres

<sup>87</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 33-34.

<sup>88</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 7, p. 30.

<sup>89</sup> WFR 2012-1426, *Deelnemingsrente*, Prof. mr. O.C.R. Marres

Onderdeel b: Dit onderdeel betreft situaties waarin een adequate corresponderende heffing achterwege blijft<sup>90</sup>. De term “per saldo” geeft aan dat er zowel naar het lichaam dat de vergoeding in aftrek brengt als naar het lichaam dat de vergoeding ontvangt moet worden gekeken, waarbij sprake moet zijn van een adequate heffing over de vergoeding<sup>91</sup>. In de memorie van toelichting is hiervan een voorbeeld gegeven<sup>92</sup>. In dit voorbeeld wordt de geldverstrekking in Nederland gezien als een kapitaalstorting (oftewel een toename van de verkrijgingsprijs van de deelneming), terwijl het buitenland een geldlening ziet. Onderdeel b rekent daarom de kapitaalstorting in de dochter tot de deelnemingsschuld, voor zover deze gefinancierd is met de geldlening. Indien over de vergoeding een winstbelasting wordt geheven, maar niet naar Nederlandse maatstaven redelijk is, zoals bedoeld in artikel 10a, derde lid, onderdeel b, is onderdeel b van toepassing. Hier is tegenbewijs mogelijk, namelijk een uitzondering op een uitzondering. De belastingplichtige moet dan aannemelijk maken dat de financieringsvorm in overwegende mate is ingegeven door zakelijke overwegingen<sup>93</sup>. Deze tegenbewijsregeling is opgenomen in de tweede volzin van lid 6.

Onderdeel c: Dit onderdeel betreft een oogmerktoets en probeert de verwerving of uitbreiding van de deelneming tegen te gaan die (mede) als doel heeft, het creëren van een fiscale aftrekpost<sup>94</sup>. Dus het richt zich op de situatie dat een deelneming wordt verworven door een concern en deze deelneming met het oog op de renteaftrek onder een Nederlandse werkmaatschappij wordt gehangen<sup>95</sup>. Dus als de renteaftrek buiten beschouwing wordt gelaten, zijn er vanuit de belastingplichtige gezien geen redenen om de deelneming te verwerven. In de wetsgeschiedenis wordt gedacht aan gevallen waarin er in Nederland geen sprake is van een aansturende functie<sup>96</sup>. Met een aansturende functie wordt bedoeld dat de belastingplichtige een hoofdkantoorfunctie moet hebben ten aanzien van de dochtervennootschap<sup>97</sup>. Hierbij kan gedacht worden aan de beslissende rol die de belastingplichtige heeft bij en na de overname. De belastingplichtige heeft echter geen zekerheid dat, wanneer er wel sprake is van een aansturende functie, onderdeel c buiten toepassing blijft. Volgens Marres zal deze bepaling dan ook grote rechtsonzekerheid met zich

---

<sup>90</sup> Dr. J. van Strien, *De aftrekbeperking van bovenmatige deelnemingsrente*, Deventer: Kluwer 2013

<sup>91</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 34.

<sup>92</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 35-36.

<sup>93</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 35.

<sup>94</sup> Kamerstukken I, 2011/12, 33 287, nr. D, p. 23.

<sup>95</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 38.

<sup>96</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 38.

<sup>97</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 7, p. 31.

meebrengen<sup>98</sup>. In dit verband ben ik het eens met Marres, aangezien er geen zekerheid bestaat omtrent onderdeel c, ondanks er bijvoorbeeld wel sprake zou zijn van een aansturende functie.

**Lid 7:** Dit lid beoogt de werking van artikel 13l te beperken tot vermogensbestanddelen die niet vallen onder de objectvrijstelling voor buitenlandse winst, zoals omschreven in artikel 15e. Dit houdt in dat indien een belastingplichtige één of meer buitenlandse vaste inrichtingen bezit ten aanzien waarop de objectvrijstelling van artikel 15e van toepassing is, de werking van artikel 13l beperkt wordt tot het Nederlandse hoofdhuis<sup>99</sup>. Hierdoor worden bij de berekening van de deelnemingsschuld de geldleningen, deelnemingen en eigen vermogen die tot het vermogen van een buitenlandse vaste inrichting behoren buiten beschouwing gelaten<sup>100</sup>.

**Lid 8:** In dit lid worden definities die van belang zijn voor de werking van artikel 13l toegelicht. In onderdeel a wordt beschreven wat onder geldlening moet worden verstaan. Het gaat hierbij om schulden waarbij rente in aanmerking wordt genomen bij het bepalen van de winst. Hierdoor worden schulden waarop artikel 10a en 10b van toepassing zijn niet als geldleningen beschouwd<sup>101</sup>. Krachtens onderdeel b moet onder een deelneming worden verstaan een bezit waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Het gaat hierbij niet enkel om aandelenbelangen van 5%, maar ook om meegesleepte en meegetrokken belangen in de zin van artikel 13, vierde respectievelijk vijfde lid<sup>102</sup>. Tenslotte bepaalt onderdeel c dat de resultaten van afdekkingsinstrumenten voor zowel de renterisico's op geldleningen als voor valutarisico's op de rente onder het kostenbegrip van artikel 13l vallen.

**Lid 9:** Bij nota van wijziging is een versoepeling in de wet opgenomen, welke gefinancierd is met de verlaging van de franchise opgenomen in lid 1<sup>103</sup>. Dit betreft een tegemoetkoming voor actieve financieringsactiviteiten binnen het concern<sup>104</sup>. Deze worden derhalve niet geraakt door de aftrekbeperking van deelnemingsrente. Deze bepaling komt erop neer dat bij de berekening van de bovenmatige deelnemingsrente geldleningen buiten aanmerking worden gelaten, voor zover deze verband houden met geldvorderingen die in het kader van actieve

---

<sup>98</sup> NTFR 2012-1682, *Het gat gedicht*, prof. mr. O.C.R. Marres.

<sup>99</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 38.

<sup>100</sup> WFR 2012-1426, *Deelnemingsrente*, Prof. mr. O.C.R. Marres.

<sup>101</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 38-39.

<sup>102</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 39.

<sup>103</sup> Kamerstukken I, 2011/12, 33 287. nr. B, p. 2.

<sup>104</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 22, p. 2.



financieringsactiviteiten binnen het concern worden aangehouden. Dit geldt tevens voor de renten en kosten ter zake van dergelijke geldleningen.

**Lid 10:** Dit lid betreft een 90%-forfait voor oude deelnemingen. Dit forfait houdt in, dat in afwijking van lid 5, 90% van de verkrijgingsprijs van een deelneming buiten aanmerking kan worden gelaten voor zover de deelneming is verworven of uitgebreid of waarin eigen vermogen is ingebracht in een boekjaar dat is aangevangen voor of op 1 januari 2006<sup>105</sup>. Dit is eveneens van toepassing voor kapitaalstortingen van voor of op die datum. Er wordt aangesloten bij die datum, omdat belastingplichtigen een bewaarplicht van zeven jaar hebben. Dit forfait is niet verplicht, maar betreft een keuzemogelijkheid voor belastingplichtigen<sup>106</sup>. Naar mijn mening zal het voor belastingplichtigen moeilijk zijn om te bewijzen dat er sprake is van een uitbreiding van operationele activiteiten, aangezien de deelnemingen jaren geleden zijn verworven of uitgebreid.

**Lid 11:** Dit lid bevat de mogelijkheid om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels te stellen voor de toepassing van de aftrekbeperking ingeval de belastingplichtige of de deelneming is betrokken bij een reorganisatie of deel gaat uitmaken van een fiscale eenheid<sup>107</sup>. De kwalificatie van een deelneming als uitbreidingsinvestering, in de zin van lid 5, kan namelijk verloren gaan door een reorganisatie (bijvoorbeeld ingeval van een fusie of splitsing) of- bij voeging binnen een fiscale eenheid. Dit geldt tevens als de moeder is betrokken bij een fusie<sup>108</sup>. Door de verschillende mogelijkheden op het gebied van fusies, splitsingen en reorganisaties is besloten om een gedetailleerde regelgeving op te nemen in een lagere regelgeving. Ik denk dat een dergelijke verandering naar een lagere regelgeving positief is, want op deze manier kan de overheid sneller en buiten de kamer om wijzigingen doorvoeren.

---

<sup>105</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 22, p. 3.

<sup>106</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 22, p. 4.

<sup>107</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 39.

<sup>108</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 40.

## 5. Is artikel 13l de oplossing?

In het vorig hoofdstuk is de inhoud van artikel 13l uitvoerig aan de orde geweest. De aftrekbeperking van deelnemingsrente is in het leven geroepen om uitvoering te geven aan de motie-Bashir/Van Vliet<sup>109</sup> en om het Bosal-gat te dichten. Dit gat was ontstaan als gevolg van de eerste wetwijzigingen naar aanleiding van het Bosal-arrest. De vraag is of de invoering van artikel 13l de gewenste oplossing biedt voor het Bosal-gat. Alvorens hierop een antwoord te kunnen geven zal aandacht besteed worden aan de totstandkoming van artikel 13l en vervolgens volgt een nadere beschouwing van zaken die ik van belang acht.

### 5.1. De totstandkoming van artikel 13l

De totstandkoming van artikel 13l verdient ook enige aandacht. In de fiscale agenda 2011 was aangekondigd dat het kabinet de afweging inzake de deelnemingsrente zou afronden<sup>110</sup>. In dit kader heeft de Staatssecretaris van Financiën de opinie gevraagd van de voorzitter van het Topteam Hoofdkantoren inzake de aftrekbaarheid van deelnemingsrente<sup>111</sup>. Het Topteam bepleit het behoud van een stabiel en aantrekkelijk vestigingsklimaat alsmede het behoud van een generieke aftrek voor deelnemingsrente, behoudens in situaties van misbruik. In de brief van S. van Keulen aan minister Verhagen geeft het Topteam een drietal zakelijke gevallen aan waarbij de deelnemingsaftrek in ieder geval onverkort van toepassing moet blijven<sup>112</sup>, te noemen:

1. Bosalrente die samenhangt met externe overnames;
2. Bosalrente die samenhangt met kapitaalstortingen in dochtermaatschappijen die rechtstreeks worden aangewend voor de uitbreiding van de operationele activiteiten van het concern en
3. Bosalrente die samenhangt met kapitaalstortingen die nodig zijn om buitenlandse verliezen aan te zuiveren.

De wetgever heeft zich bij de vormgeving van de aftrekbeperking van deelnemingsrente laten leiden door het advies van het Topteam Hoofdkantoren<sup>113</sup>. Zo heeft de wetgever bij het opstellen van artikel 13l van groot belang geacht dat de maatregel te verenigen moet zijn met een goed ondernemings- en vestigingsklimaat, dat het niet in strijd mag komen met de

---

<sup>109</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32800, nr. 17.

<sup>110</sup> WFR 2012-1426, *Deelnemingsrente*, Prof. mr. O.C.R. Marres.

<sup>111</sup> Brief van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 17 juni 2011, Kamerstukken II, 2011/12, 32 637, nr. 14, p. 2.

<sup>112</sup> Brief van 17 juni 2011 van S. van Keulen, voorzitter Topteam Hoofdkantoren, aan minister Verhagen en staatssecretaris Weekers, inzake de fiscale behandeling van deelnemingsrente

<sup>113</sup> Kamerstukken II, 2011/12, 32 637, nr. 14, p. 2.

vestigingsvrijheid en tenslotte dat de maatregel eenvoudig en goed uitvoerbaar moet zijn<sup>114</sup>. Maar er bestaan wel verschillen tussen het advies van het Topteam en de uiteindelijke benadering waarvoor de staatssecretaris heeft gekozen. Het advies om de aftrekbaarheid van deelnemingsrente te behouden werd in ieder geval niet gevolgd en het laatst genoemde punt heeft de staatssecretaris genegeerd. In de memorie van toelichting heeft de staatssecretaris namelijk aangegeven dat kapitaalstortingen in een operationele dochtervennootschap die ter compensatie van de verliezen van die dochter dienen niet aangemerkt kunnen worden als een uitbreiding van operationele activiteiten<sup>115</sup>. Dergelijke stortingen worden derhalve uitgezonderd bij de bepaling van de deelnemingsschuld.

## **5.2. De drempel**

Zoals al beschreven, richt artikel 13l zich niet op alle deelnemingsrente, maar slechts op situaties waarbij sprake is van excessieve aftrek van deelnemingsrente<sup>116</sup>. In het eerste lid is een drempel van €750.000 opgenomen. Door deze drempel en de rekenregel waarmee de deelnemingsschuld wordt bepaald kan gesteld worden dat de maatregel goed uitvoerbaar is, omdat slechts een beperkte groep belastingplichtigen hiermee geconfronteerd zal worden, namelijk grote ondernemingen met deelnemingen, veel schulden en weinig eigen vermogen<sup>117</sup>. Naar mijn mening worden op deze manier veel belastingplichtigen van de maatregel uitgesloten, waardoor de benodigde budgettaire opbrengst niet behaald zou kunnen worden.

## **5.3. Is de term verkrijgingsprijs wel een goede keuze?**

De verkrijgingsprijs van een deelneming is van groot belang voor de rekenregel opgenomen in artikel 13l, derde lid. De term verkrijgingsprijs kent geen wettelijke definitie<sup>118</sup>. Onder verkrijgingsprijs van een deelneming wordt in ieder geval verstaan de tegenprestatie bij de verwerving of de uitbreiding van de deelneming vermeerderd met de ten laste van de verkrijger gekomen kosten. Ook transacties in de kapitaalsfeer beïnvloeden de verkrijgingsprijs van deelnemingen en de ‘verkrijgingsprijs’ is hiermee een dynamisch begrip<sup>119</sup>. Kapitaalstortingen verhogen de verkrijgingsprijs, terwijl terugbetalingen van

---

<sup>114</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 10.

<sup>115</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 30.

<sup>116</sup> Dr. J. van Strien, *De aftrekbeperking van bovenmatige deelnemingsrente*, Deventer: Kluwer 2013

<sup>117</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 11.

<sup>118</sup> WFR 2012-1426, *Deelnemingsrente*, Prof. mr. O.C.R. Marres.

<sup>119</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 24.

kapitaal deze verlagen. In de wetsgeschiedenis is de vraag gerezen waarom er niet gekozen is voor het begrip opgeofferd bedrag in plaats van het begrip verkrijgingsprijs. In dit kader heeft de wetgever aangegeven dat de begrippen verkrijgingsprijs en opgeofferd bedrag niet ver uit elkaar liggen<sup>120</sup>. Het begrip opgeofferd bedrag komt enkel naar voren indien er sprake is van een liquidatieverlies op grond van artikel 13d. Dit bedrag kan dan vermeerderd worden, zoals ingevolge artikel 13e, en verminderd worden met een aantal bedragen, zoals dividenduitdelingen. Bij de bepaling van de verkrijgingsprijs zijn deze vermeerderingen en verminderingen volstrekt irrelevant. Om verwarring te voorkomen heeft de wetgever aangesloten bij het begrip verkrijgingsprijs, zoals ook gehanteerd wordt met betrekking tot overnameholdings in de zin van artikel 15ad. Daarnaast is in de wetsgeschiedenis aangegeven dat er ook niet gekozen is om aan te sluiten bij de boekwaarde van een deelneming, omdat anders de omvang van de deelnemingsschuld beïnvloed kan worden door het waarderingstelsel van de belastingplichtige, wat de wetgever ongewenst acht<sup>121</sup>. Naar mijn mening zou het hanteren van de boekwaarde van de deelneming ook moeilijkheden opleveren. Want de boekwaarde van een deelneming kan jaarlijks wijzigen en daarmee ook de rekenregel. Het voordeel is wel dat bij een opwaardering/afwaardering zowel de boekwaarde als het eigen vermogen toenemen/afnemen, waardoor dit geen gevolgen heeft voor de deelnemingsschuld. Dus ondanks dat de begrippen opgeofferd bedrag en verkrijgingsprijs niet ver uit elkaar liggen, zoals door de wetgever aangegeven, is er toch gekozen voor het begrip verkrijgingsprijs. Zoals hierboven al beschreven, beïnvloeden transacties in de kapitaalsfeer de verkrijgingsprijs van een deelneming. Belastingplichtigen kunnen door bijvoorbeeld een terugbetaling van kapitaal de deelnemingen als het ware “lichter maken”, waardoor de deelnemingsschuld verlaagt en daarmee de niet aftrekbare bovenmatige deelnemingsrente. Zodoende hebben belastingplichtigen de mogelijkheid om de nadelige gevolgen van artikel 13l te verzachten<sup>122</sup>. Of het begrip verkrijgingsprijs wel de goede keuze is geweest zal de toekomst moeten uitwijzen. Aangezien de verkrijgingsprijs gemanipuleerd kan worden en daarmee de niet aftrekbare bovenmatige deelnemingsrente verlaagd kan worden, lijkt deze keuze mij niet effectief met het oog op het dichten van het Bosal-gat.

#### **5.4. De operationele activiteiten; de uitzondering op de hoofdregel**

Het begrip operationele activiteiten verdient naar mijn mening ook enige aandacht, aangezien

---

<sup>120</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 7, p. 26.

<sup>121</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 7, p. 26.

<sup>122</sup> Dr. J. van Strien, *De aftrekbeperking van bovenmatige deelnemingsrente*, Deventer: Kluwer 2013

er geen definitie in de wet is opgenomen voor dit begrip. In dit kader heeft de staatssecretaris vastgesteld dat het afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het concrete geval<sup>123</sup>. Op deze manier wordt ruimte geboden aan de praktijk om tot een afbakening te komen tussen wat operationeel is en wat niet<sup>124</sup>. In de wetsgeschiedenis worden een aantal voorbeelden van operationele activiteiten vermeld, te noemen productie-, distributie-, verkoop- en tevens “research & development” activiteiten<sup>125</sup>. Daarnaast is beleggen in beginsel geen operationele activiteit, tenzij beleggingen noodzakelijk zijn in het kader van de ondernemingsactiviteiten. Het onderscheid tussen operationele en niet-operationele activiteiten is dus niet duidelijk, maar het valt in ieder geval niet samen met het onderscheid tussen ondernemen en beleggen<sup>126</sup>. Het groepsniveau is van belang om te toetsen of er sprake is van een uitbreiding van operationele activiteiten. Een groep bestaat uit de belastingplichtige samen met de met hem verbonden lichamen, waarbij voor verbondenheid wordt aangesloten bij artikel 10a, vierde lid<sup>127</sup>. In dit kader heeft de staatssecretaris vastgesteld dat dit lid ook van toepassing is indien voorafgaande aan de uitbreiding nog geen sprake is van een groep<sup>128</sup>. Bovendien wordt diversificatie van operationele activiteiten ook aangemerkt als het uitbreiden van operationele activiteiten<sup>129</sup>. Al met al kan gesteld worden dat door de enorme diversiteit van de praktijk er bewust geen definitie is opgenomen voor het begrip operationele activiteiten. Dit biedt ruimte aan belastingplichtigen om zelf tot een afbakening te komen tussen wat operationeel is en wat niet. Het nadeel van zo’n ruim begrip is, naar mijn mening, dat het veel procedures met zich mee kan brengen van wat wel en niet als operationeel kan worden aangemerkt. Of er wel of geen sprake is van operationele activiteiten is dan puur afhankelijk van wat belastingplichtigen zelf aangeven. Derhalve moeten de feiten en omstandigheden van het concrete geval onder de loep worden genomen.

### **5.5. De voor-zover benadering**

De “voor zover-benadering” opgenomen in het vijfde lid van artikel 13l is cruciaal voor toepassing van de uitzondering. Voor zover de verkrijgingsprijs van een deelneming toe te rekenen is aan de uitbreiding van operationele activiteiten, blijft deze bij het bepalen van de deelnemingsschuld buiten aanmerking. Dit betekent dat indien een deelneming in een lichaam

---

<sup>123</sup> Kamerstukken I, 2011/12, 33 287, nr. D, p. 27.

<sup>124</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 30.

<sup>125</sup> Kamerstukken I, 2011/12, 33 287, nr. D, p. 27.

<sup>126</sup> Kamertstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 4, p. 17.

<sup>127</sup> WFR 2012-1426, *Deelnemingsrente*, Prof. mr. O.C.R. Marres.

<sup>128</sup> Kamerstukken I, 2011/12, 33 287, nr. D, p. 27.

<sup>129</sup> Kamerstukken I, 2011/12, 33 287, nr. D, p. 28.

zowel operationele als niet-operationele activiteiten heeft er bepaald moet worden in welke mate de verkrijgingsprijs verband houdt met de operationele activiteiten van dat lichaam<sup>130</sup>. Daarnaast kan de belastingplichtige ook deelnemingen houden via een tussenhoudster. In dat geval moet er door de tussenhoudster heen worden gekeken in hoeverre er sprake is van een uitbreiding van operationele activiteiten. Volgens de wetsgeschiedenis zal de balans van elke afzonderlijke dochtervennootschap beoordeeld moeten worden, wat betekent dat er gedeconsolideerd moet worden<sup>131</sup>. In de wetsgeschiedenis is gesuggereerd om de “rotte-appel benadering” toe te passen, zoals toegepast wordt in de deelnemingsvrijstelling in de zin van artikel 13, elfde lid, onderdeel b<sup>132</sup>. Dit betekent dat indien de bezittingen van het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden een bepaald percentage vrije beleggingen zou hebben, de volledige verkrijgingsprijs van de deelneming buiten aanmerking blijft bij de bepaling van de deelnemingsschuld. Dit zou een versoepeling zijn vergeleken met het huidige voorstel. Maar gelet op de benodigde budgettaire opbrengst heeft de staatssecretaris een dergelijke versoepeling ongewenst geacht. Ook in de literatuur is de voorkeur gegeven voor de toepassing van de rotte-appel benadering<sup>133</sup>. Het valt namelijk te voorspellen dat zich vergelijkbare problemen in de advisering zullen voordoen als tussen 2007-2010 met betrekking tot de deelnemingsvrijstelling. Belastingplichtigen willen vooral bij overnames zo snel mogelijk antwoord op de vraag of de rente aftrekbaar is in Nederland. Met het huidige voorstel zullen belastingadviseurs hierop niet snel antwoord kunnen geven, wat niet ten goede komt aan het Nederlandse vestigingsklimaat. Een belangrijke randvoorwaarde bij het opstellen van artikel 13l was dat de maatregel te verenigen moet zijn met een goed ondernemings- en vestigingsklimaat<sup>134</sup>. Naar mijn mening zou de rotte-appel benadering dan ook beter in lijn zijn met de wens van de wetgever in vergelijking met het huidige voorstel waar per activum bepaald moet worden of het wel of niet operationeel is.

## 5.6. De eenvoud en uitvoerbaarheid van artikel 13l

Zoals al beschreven, heeft de wetgever bij het opstellen van artikel 13l van groot belang geacht dat de maatregel eenvoudig en goed uitvoerbaar moet zijn voor zoveel mogelijk belastingplichtigen<sup>135</sup>. Dit komt naar mijn mening wel naar voren met de rekenregel voor de

---

<sup>130</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 31.

<sup>131</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 7, p. 39.

<sup>132</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 7, p. 27.

<sup>133</sup> WFR 2012/1178, *Gelukkig, de renteaftrekproblemen in de vennootschapsbelasting zijn eens en voor altijd uit de wereld...*, Simon Strik.

<sup>134</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 10.

<sup>135</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 10.

berekening van de deelnemingsschuld opgenomen in artikel 13l, derde lid. Echter kan de eenvoud van deze rekenregel wel misbruikt worden. Belastingplichtigen kunnen namelijk door het eigen vermogen zodanig te wijzigen, de niet aftrekbare bovenmatige deelnemingsrente beïnvloeden. Aan de eenvoud en uitvoerbaarheid van artikel 13l valt wel te twisten met betrekking tot de leden 5 en 6. Naar mijn inzicht maken deze leden de werking van artikel 13l nogal ingewikkeld. Lid 5 vormt een uitzondering op de hoofdregel ingeval er sprake is van een uitbreiding van operationele activiteiten. Voor het begrip operationele activiteiten is geen wettelijke definitie opgenomen, wat onduidelijkheid met zich meebrengt over wanneer er wel of geen sprake is van operationele activiteiten. Lid 6 vormt een uitzondering op lid 5, waardoor lid 5 dan weer niet van toepassing is. Derhalve een uitzondering op een uitzondering. Daarnaast volgt nog dat indien belastingplichtigen een beroep doen op de tegenbewijsregeling opgenomen in de tweede volzin van lid 6, dat lid 6 onderdeel b niet van toepassing is en dus lid 5 weer toepassing kan vinden. De tegenbewijsregeling vormt dan als het ware een uitzondering op de uitzondering (lid 6) op de uitzondering op de hoofdregel (lid 5). Naar mijn mening kan dan niet gesteld worden dat de maatregel eenvoudig is.

### **5.7. Vrijheid van vestiging: EU-recht**

Zoals al beschreven, acht de wetgever het niet gewenst dat de maatregel in strijd komt met de vrijheid van vestiging. Met het oog op deze randvoorwaarde heeft de staatssecretaris in het eerste lid van artikel 13l een aftrekbepanking van deelnemingsrente opgenomen *zonder* een onderscheid te maken tussen een deelneming in een binnen- dan wel een buitenlandse dochtermaatschappij<sup>136</sup>. Marres heeft echter wel enkele elementen van de maatregel genoemd die in strijd kunnen zijn met het Europees recht<sup>137</sup>. Allereerst kan de aftrekbepanking van artikel 13l worden ontlopen door in binnenlandse verhoudingen de deelneming te voegen in een fiscale eenheid. Het HvJ EG heeft uit het arrest X Holding BV<sup>138</sup> geoordeeld dat het niet kunnen vormen van een fiscale eenheid met een niet in Nederland gevestigde dochtervennootschap die niet aan de Nederlandse vennootschapsbelasting is onderworpen, niet in strijd is met het Europees recht. Derhalve is Nederland niet verplicht om een grensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan.

---

<sup>136</sup> NTFR 2012-1416, *Bovenmatige deelnemingsrente*, dr. J. Vleggeert

<sup>137</sup> WFR 2012-1426, *Deelnemingsrente*, Prof. mr. O.C.R. Marres.

<sup>138</sup> HvJ EG 25 februari 2010, nr. C-337/08, *BNB* 2010/166.

Volgens Marres is het niet geheel zeker dat de fiscale eenheid als dekmantel kan dienen voor de verschillende behandeling met betrekking tot artikel 13l. Ik ben het in dit opzicht niet eens met Marres. Bij het opstellen van artikel 13l is juist gekozen om geen onderscheid te maken tussen binnen- en buitenlandse verhoudingen. Dat een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet toegestaan is, is al vóór de invoering van artikel 13l vastgesteld. Dus volgens mij kan de fiscale eenheid wel als dekmantel dienen voor deze verschillende behandeling. Daarnaast stelt Marres<sup>139</sup> dat onderdeel a van het zesde lid grensoverschrijdende situaties belemmert, omdat met name in deze situaties mismatches ontstaan. Voor onderdeel b geldt dit met mindere mate, doordat hiervoor tegenbewijs mogelijk is. Ook onderdeel c treft met name grensoverschrijdende situaties, omdat in dergelijke situaties minder snel sprake zal zijn van een aansturende functie. In dit kader heeft het kabinet vastgesteld dat het niet geven van een tegenbewijsregeling in de onderdelen a en c, niet in strijd is met het Europees recht<sup>140</sup>. Aangezien in de situaties onder onderdeel a geheel geen heffing plaatsvindt en onderdeel c geen onderscheid maakt tussen binnen- en buitenlandse deelnemingen, is een tegenbewijsregeling ook niet nodig. Naar mijn mening worden de door Marres gestelde belemmeringen in grensoverschrijdende situaties dan ook gerechtvaardigd. Bovendien treden er, naar mijns inziens, geen Europees rechtelijke belemmeringen op. In onderdeel a van het zesde lid gaat het immers puur om situaties waarbij sprake is van een dubbele aftrek van dezelfde rente binnen de groep en onderdeel c maakt geen onderscheid tussen binnen- en buitenlandse deelnemingen. Tenslotte wijst Marres op het effect van het zevende lid, dat de vermogensbestanddelen die toegerekend kunnen worden aan een buitenlandse vaste inrichting niet in aanmerking worden genomen bij de bepaling van de deelnemingsschuld. Dit wordt volgens hem gerechtvaardigd op grond van de verdeling van de heffingsbevoegdheid. Ik vind dat het zevende lid in strijd is met de vrijheid van vestiging, aangezien de wetgever slechts het Nederlandse hoofdhuis meeneemt bij de bepaling van de deelnemingsschuld. Derhalve is het bezitten van een buitenlandse vaste inrichting nadelig.

### **5.8. Ontgaansmogelijkheden van artikel 13l**

Het is maar de vraag of de benodigde budgettaire opbrengst ten bedrage van €150 miljoen van artikel 13l gehaald zal worden. In dit kader zijn er twee budgettair belastende mogelijkheden

---

<sup>139</sup> WFR 2012-1426, *Deelnemingsrente*, Prof. mr. O.C.R. Marres.

<sup>140</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 7, p. 40.



te onderscheiden<sup>141</sup>. Allereerst kan de antimisbruikbepaling opgenomen in onderdeel b van het zesde lid ontlopen worden. Dit onderdeel betreft situaties waarin een adequate corresponderende heffing achterwege blijft. Belastingplichtigen kunnen dan nog steeds een double-dip constructie creëren en onderdeel b ontlopen, zolang er een adequate heffing tegenover staat. Dit betreft een heffing die naar Nederlandse maatstaven redelijk is (meer dan 10%), zoals in de zin van artikel 10a, derde lid, onderdeel b. In dat geval vindt onderdeel b geen toepassing en kan de verkrijgingsprijs van de deelneming buiten aanmerking gelaten worden bij de bepaling van de deelnemingsschuld. Ten tweede kan de tak van het concern met goede deelnemingen (deelnemingen die verband houden met operationele activiteiten) ingeleend worden. Na een dividenduitkering aan de niet-gevoegde moeder, kan deze de foute deelnemingen (deelnemingen die verband houden met niet-operationele activiteiten) verwerven zonder dat de leningen onder de strekking van artikel 13l komen. De tak van het concern met de goede deelnemingen kan door toepassing van artikel 13l, vijfde lid de verkrijgingsprijs van de deelneming buiten aanmerking laten bij de bepaling van de deelnemingsschuld. In de beide genoemde situaties zal de deelnemingsschuld verlagen en daarmee tevens de niet aftrekbare bovenmatige deelnemingsrente, waardoor de benodigde budgettaire opbrengst niet gehaald zou kunnen worden.

Naar mijn mening kunnen de situaties beschreven in lid 6, onderdelen a, b en c niet onder de strekking van artikel 13l komen in gevallen waarin na toepassing van de hoofdregel geen sprake is van een renteaftrekbeperking. Bijvoorbeeld in gevallen waarin de drempel van €750.000 niet overschreden wordt. Want als alle renten en kosten in aftrek gebracht kunnen worden, kan door toepassing van lid 5 of 6 geen renteaftrekbeperking meer plaatsvinden. Belastingplichtigen zullen dergelijke situaties waarin sprake is van een “agressieve tax planning” gewoon kunnen creëren zonder daarbij te leiden onder de gevolgen van artikel 13l.

---

<sup>141</sup> WFR 2012/1178, *Gelukkig, de renteaftrekproblemen in de vennootschapsbelasting zijn eens en voor altijd uit de wereld...*, Simon Strik.

## 6. Conclusie

### 6.1. Samenvatting

Al jaren heerst er binnen de wet vennootschapsbelasting onrust door de voortdurende wetswijzigingen op het gebied van rente(aftrek). Na de uitspraak van het HvJ EG in het arrest Bosal-Holding BV op 18 september 2003 werd de tot 1 januari 2004 in artikel 13 lid 1 (oud) opgenomen kostenaftrekbeperking afgeschaft, vanwege de strijdigheid met het Europees recht. Hierdoor moesten de renten en kosten ten behoeve van buitenlandse deelnemingen in aftrek toegelaten worden, terwijl de voordelen uit die deelnemingen vrijgesteld waren onder de deelnemingsvrijstelling. Dit bracht een aanzienlijke budgettaire derving met zich mee, genaamd het Bosal-gat. Maatregelen om dit gat te repareren achtte de wetgever van groot belang. Teneinde een uitholling van de Nederlandse heffingsgrondslag tegen te gaan zijn de artikelen; 10d en 20 lid 4, geïntroduceerd. Er is echter gebleken dat artikel 10d niet goed past bij de aanpak van excessieve renteaftrek; omdat zij een generieke werking heeft en daarnaast werd ook het MKB getroffen, voor wie de regeling helemaal niet bedoeld was. Hierdoor is artikel 10d weer vervallen om plaats te maken voor een nieuwe renteaftrekbeperkingsmaatregel in de wet vennootschapsbelasting.

Het Bosal-gat bleef een groot budgettair probleem. In dit kader heeft de Staatssecretaris van Financiën op 4 juni 2012 een wetsvoorstel met de fiscale maatregelen uit het Begrotingsakkoord 2013<sup>142</sup> naar de Tweede kamer gestuurd. Zo is per 1 januari 2013, dus ongeveer negen jaar na de eerste wetswijzigingen naar aanleiding van het Bosal-arrest, een nieuwe wetswijziging in het leven geroepen. Het betreft een aftrekbeperkingsmaatregel van deelnemingsrente opgenomen in artikel 13l. Het kabinet verwacht dat na de invoering van artikel 13l het Nederlandse systeem van renteaftrek definitief zal vaststaan en dat er rust zal komen op dit gebied<sup>143</sup>. De opbrengst van deze maatregel wordt geraamd op €150 miljoen en zal aangewend worden om het begrotingstekort te verkleinen. De vraag is of deze maatregel ook daadwerkelijk de gewenste oplossing zal bieden voor het Bosal-gat. Hiermee heb ik in de inleiding van deze scriptie de volgende probleemstelling geformuleerd:

***Wordt met de invoering van een renteaftrekbeperking voor deelnemingsrente in artikel 13l het zogenoemde Bosal-gat gedicht?***

---

<sup>142</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 1.

<sup>143</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33287, nr. 7, p. 26.

Artikel 13l richt zich niet op alle deelnemingsrente, maar slechts op situaties waarbij sprake is van excessieve aftrek van deelnemingsrente. Deze maatregel houdt kort gezegd in dat het bedrag aan renten en kosten op de bovenmatige deelnemingsrente van aftrek wordt uitgesloten, voor zover deze een drempel van €750.000 overschrijdt. Aan de hand van een rekenregel wordt de deelnemingsschuld bepaald. Op de hoofdregel is een belangrijke uitzondering opgenomen in lid 5. Ingeval er sprake is van een uitbreiding van operationele activiteiten kan de verkrijgingsprijs van een deelneming achterwege blijven bij de bepaling van de deelnemingsschuld, waardoor de deelnemingsschuld verlaagt en daarmee tevens de niet aftrekbare bovenmatige deelnemingsrente. Op grond van lid 6 kan deze uitzondering weer vervallen ingeval er sprake is van “agressieve tax planning” constructies. Bij het opstellen van artikel 13l heeft de wetgever van groot belang geacht dat de maatregel te verenigen moet zijn met een goed ondernemings- en vestigingsklimaat, dat het niet in strijd mag komen met de vestigingsvrijheid en tenslotte dat de maatregel eenvoudig en goed uitvoerbaar moet zijn<sup>144</sup>.

## **6.2. Conclusie**

De ingevoerde drempel en de rekenregel brengen wel de eenvoud en uitvoerbaarheid van de maatregel naar voren, omdat slechts een beperkte groep belastingplichtigen hiermee geconfronteerd zal worden. Maar aangezien veel belastingplichtigen door deze drempel uitgesloten kunnen worden van de maatregel en het feit dat de maatregel slechts de excessieve renteaftrek aan banden legt, zal naar mijn mening de beoogde budgettaire opbrengst niet behaald kunnen worden. Voor wat het MKB betreft kan gesteld worden dat de ingevoerde drempel een voordeel met zich meebrengt. Deze drempel beperkt namelijk wel de negatieve gevolgen voor het MKB in vergelijking met de tot 1 januari 2013 geldende thincap-regeling. Daarnaast kan de eenvoud van deze rekenregel echter misbruikt worden. Belastingplichtigen kunnen namelijk door het eigen vermogen zodanig te wijzigen, de niet aftrekbare bovenmatige deelnemingsrente beïnvloeden. Naar mijn mening brengt de eenvoud van de rekenregel de oplossing voor het Bosal-gat juist verder weg.

Aan de andere kant vind ik dat de eenvoud en uitvoerbaarheid van de maatregel vervaagd is door de in de leden 5 en 6 opgenomen bepalingen, die artikel 13l nogal ingewikkeld maken.

---

<sup>144</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 10.

Bij het bepalen van de deelnemingsschuld wordt de verkrijgingsprijs van een deelneming gehanteerd. Aangezien de verkrijgingsprijs gemanipuleerd kan worden en daarmee de niet aftrekbare bovenmatige deelnemingsrente verlaagd kan worden, lijkt deze keuze mij niet effectief met het oog op het dichten van het Bosal-gat.

Daarnaast is de “voor zover-benadering” opgenomen in het vijfde lid van artikel 13l cruciaal voor toepassing van de uitzondering. De uitzondering is weliswaar opgenomen om het ondernemings- en vestigingsklimaat zoveel mogelijk te ontzien, maar de voor-zover benadering komt juist niet ten goede aan het Nederlandse vestigingsklimaat. Naar mijn mening zou de wetgever de rotte-appel benadering moeten hanteren wat ten goede komt aan het Nederlandse vestigingsklimaat en de eenvoud van de regeling.

Naar mijn mening is de beoogde budgettaire opbrengst ook niet haalbaar met de invoering van de in het vijfde lid opgenomen uitzondering en de tegemoetkoming hiervoor in het tiende lid. Door deze leden kan de verkrijgingsprijs geheel of nagenoeg geheel (90%) buiten aanmerking worden gelaten bij de bepaling van de deelnemingsschuld, waardoor de deelnemingsschuld verlaagt en daarmee tevens de niet aftrekbare bovenmatige deelnemingsrente. Derhalve wordt de aftrekbepanking gematigd. Daarnaast worden in het elfde lid regels gesteld voor de toepassing van artikel 13l ingeval de belastingplichtige of de deelneming is betrokken bij een reorganisatie of deel gaat uitmaken van een fiscale eenheid. De kwalificatie van een deelneming als uitbreidingsinvestering zal daarom niet verloren gaan<sup>145</sup>. Ook de aanwezigheid van ontgaansmogelijkheden kan de beoogde budgettaire opbrengst in de weg staan. Daarnaast kunnen belastingplichtigen de “agressieve tax planning” constructies opgenomen in lid 6 gewoon creëren zonder daarbij te leiden onder de gevolgen van artikel 13l, mits na toepassing van de hoofdregel de renteaftrekbepanking achterwege blijft.

Hiermee kom ik tot de conclusie dat het Bosal-gat niet helemaal gedicht zal worden met de invoering van artikel 13l. Naar mijn mening kan de regeling eenvoudiger gemaakt worden door de uitzondering op de hoofdregel opgenomen in het vijfde lid te schrappen. Bovendien zou het zesde lid, de uitzondering op de uitzondering op de hoofdregel, dan ook niet nodig zijn, behoudens in situaties van misbruik. Op deze manier zou de aftrekbepanking kunnen toenemen en daarmee tevens de kans om de beoogde budgettaire opbrengst te halen.

---

<sup>145</sup> MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 39.

## Bijlage

### Wettekst artikel 13l van de wet op de vennootschapsbelasting 1969

#### Artikel 13l<sup>146</sup>.

1. Bij het bepalen van de in een jaar genoten winst komt niet in aftrek het op de voet van dit artikel bepaalde bedrag aan renten en kosten ter zake van geldleningen dat geacht wordt verband te houden met de financiering van deelnemingen (bovenmatige deelnemingsrente), voor zover het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente € 750 000 te boven gaat.
2. De bovenmatige deelnemingsrente van een jaar wordt gesteld op het gedeelte van het totale bedrag aan renten en kosten ter zake van geldleningen van het jaar, dat evenredig is aan de verhouding tussen het gemiddelde bedrag aan deelnemingsschulden in het jaar en het gemiddelde totale bedrag aan geldleningen in het jaar. De in de eerste volzin bedoelde gemiddelden worden bepaald naar de stand bij het begin en het einde van het jaar, waarbij tijdelijke mutaties rond die tijdstippen worden genegeerd voor zover deze plaatsvinden met het oog op de toepassing van dit artikel.
3. Van een deelnemingsschuld als bedoeld in het tweede lid is sprake voor zover het gezamenlijke bedrag van de verkrijgingsprijs van de deelnemingen uitgaat boven het eigen vermogen, met dien verstande dat een deelnemingsschuld nooit meer bedraagt dan het gezamenlijke bedrag van de geldleningen en nooit meer bedraagt dan het gezamenlijke bedrag van de verkrijgingsprijs van de deelnemingen. Een op de voet van de eerste volzin bepaalde deelnemingsschuld wordt verminderd met het bedrag van de schulden waarop artikel 10a, eerste lid, of artikel 10b van toepassing is, doch niet verder dan tot nihil, voor zover de rechtshandelingen waarmee die schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden de deelnemingsschuld zoals berekend volgens de eerste volzin vergroten.
4. Voor zover de belastingplichtige een deelneming anders waardeert dan op verkrijgingsprijs, wordt voor de bepaling van de deelnemingsschuld ingevolge het derde lid de boekwaarde van het eigen vermogen verminderd met het bedrag van de boekwaarde van die deelneming verminderd met de verkrijgingsprijs van die deelneming.
5. Voor de toepassing van het derde lid blijft de verkrijgingsprijs van een deelneming buiten aanmerking voor zover het belang in het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden is verworven of uitgebreid of daarin eigen vermogen is gebracht in verband met een uitbreiding op dat moment dan wel in de daaraan voorafgaande of daarop volgende periode van twaalf

---

<sup>146</sup> Wetten.overheid.nl

maanden van de operationele activiteiten van de groep bestaande uit de belastingplichtige tezamen met de met hem verbonden lichamen en de verkrijgingsprijs is toe te rekenen aan de hiervoor bedoelde uitbreiding van operationele activiteiten.

6. De toepassing van het vijfde en tiende lid met betrekking tot een deelneming blijft in een jaar achterwege voor zover:

a. de in het jaar in verband met de financiering van die deelneming verschuldigde renten en kosten naast de belastingplichtige door een met de belastingplichtige verbonden lichaam rechtens dan wel in feite in aftrek kunnen worden gebracht op de grondslag van een naar de winst geheven belasting;

b. de in het jaar in verband met de financiering van die deelneming verschuldigde renten en kosten rechtens dan wel in feite direct of indirect staan tegenover een vergoeding voor verstrekking van vermogen aan het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden of aan een met de belastingplichtige verbonden lichaam, waarbij de voldoening van de vergoeding rechtens dan wel in feite direct of indirect in aftrek kan worden gebracht op de grondslag van een naar de winst geheven belasting terwijl over de ontvangst van de vergoeding per saldo geen belasting naar de winst wordt geheven of geen belasting naar de winst wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is als bedoeld in artikel 10a, derde lid, onderdeel b, of

c. de verwerving of de uitbreiding van de deelneming, dan wel de inbreng van eigen vermogen in het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden, niet door de belastingplichtige zou hebben plaatsgevonden, of de deelneming niet door de belastingplichtige zou zijn gehouden, ingeval de aftrek van rente buiten beschouwing zou worden gelaten. De eerste volzin, onderdeel b, vindt geen toepassing indien over de vergoeding een belasting naar de winst wordt geheven en de wijze waarop de financiering is vormgegeven in overwegende mate is ingegeven door zakelijke overwegingen.

7. Dit artikel is slechts van toepassing op bestanddelen van de winst die geen deel uitmaken van winst uit een andere staat als bedoeld in artikel 15e waarop de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten van toepassing is en op bestanddelen van het vermogen welke niet dienstbaar zijn aan het behalen van dergelijke winst uit een andere staat.

8. Voor de toepassing van dit artikel:

a. wordt onder geldlening verstaan een schuld die voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening of uit een daarmee vergelijkbare overeenkomst, waarbij zonder toepassing van dit artikel rente in aanmerking wordt genomen bij het bepalen van de winst;

b. wordt onder een deelneming verstaan een bezit waarop de deelnemingsvrijstelling van

toepassing is;

c. worden onder renten en kosten ter zake van geldleningen mede begrepen kosten en resultaten ter zake van rechtshandelingen die strekken tot het afdekken van renterisico's op geldleningen of van valutarisico's op de rente ter zake van geldleningen.

9. Indien de belastingplichtige actieve financieringsactiviteiten binnen het concern verricht, blijven voor de toepassing van het tweede en derde lid buiten aanmerking geldleningen voor zover deze verband houden met geldvorderingen welke in het kader van die actieve financieringsactiviteiten binnen het concern worden aangehouden, evenals de renten en kosten ter zake van dergelijke geldleningen. Onder actieve financieringsactiviteiten binnen het concern als bedoeld in de eerste volzin worden verstaan werkzaamheden die door de belastingplichtige anders dan incidenteel worden verricht in verband met het arrangeren en uitvoeren van financiële transacties via eigen bankrekeningen ten behoeve van de belastingplichtige tezamen met de met hem verbonden lichamen, waarbij het aantal personen in dienstbetrekking bij de belastingplichtige, hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden in overeenstemming zijn met de aard en functie van de belastingplichtige en de belastingplichtige voorts beschikt over een kantoor dat is voorzien van in de financiële sector gebruikelijke faciliteiten. Onder geldvordering als bedoeld in de eerste volzin wordt verstaan een vordering die voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening of uit een daarmee vergelijkbare overeenkomst.

10. In afwijking van het vijfde lid kan de belastingplichtige voor de toepassing van het derde lid 90% van de verkrijgingsprijs van een deelneming buiten aanmerking laten voor zover het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden is verworven of uitgebreid of in dat lichaam eigen vermogen is ingebracht in een boekjaar dat is aangevangen voor of op 1 januari 2006.

11. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld voor de toepassing van dit artikel ingeval de belastingplichtige, de deelneming of het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden onmiddellijk of middellijk is betrokken bij een reorganisatie of deel gaat uitmaken van een fiscale eenheid. Onder die regels kunnen mede regels worden begrepen met betrekking tot de verkrijgingprijs van de deelneming en de aan de deelneming toe te rekenen financiering. De voordracht voor een algemene maatregel van bestuur als bedoeld in de eerste volzin wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd.

## **Literatuurlijst**

### **Literatuur**

#### **Heithuis 2012**

Prof. Dr. Mr. E.J.W. Heithuis, dr. R.P. van den Dool, *Compendium vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2010

#### **Bouwman 2009**

Prof. dr. J.N. Bouwman, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2009

#### **Strien 2007**

J. van Strien, *Renteaftrekbeperingen in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2007

#### **Strien 2013**

Dr. J. van Strien, *De aftrekbepering van bovenmatige deelnemingsrente*, Deventer: Kluwer 2013

#### **Martens 2008**

Mr. W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de wet vennootschapsbelasting 1969*, Deventer: Kluwer 2008

### **Jurisprudentie**

HvJ 16 juli 1998, nr. C-264/96, *BNB* 1998/420

HvJ EG 13 april 2000, nr. C-251/98, *BNB* 2000/242

HR 11 april 2001, nr. 35 729, *BNB* 2001/257

HvJ EG 18 september 2003, nr. C-168/01, *BNB* 2003/344

HvJ EG 25 februari 2010, nr. C-337/08, *BNB* 2010/166.

HR 04 februari 2011, nr. 09/05126, *BNB* 2011/164

HR 24 juni 2011, nr. 09/05115, *BNB* 2011/244

### **Artikelen**

- NTFR 2003-1594, Beperking aftrek 13(1)-kosten in strijd met EG recht, mr. Drs. M.M. Kors.

- NTFR 2007-1331, Staatssecretaris van Financiën 05 juli 2007, nr. CPP2006/2514M, Besluit over groepsvereiste art. 10d Wet VPB 1969, De redactie.

- NTFR 2011-252, HR 04 februari 2011, nr. 09/05126, Wettelijke beperking aftrek rente in het kader van onderkapitalisatieregeling is niet discriminatoir, D.R. Post.



- NTFR 2011-1593, Het gat, O.C.R. Marres.
- NTFR 2012-1416, Bovenmatige deelnemingsrente, dr. J. Vleggeert.
- NTFR 2012-1420, Wet uitwerking fiscale maatregelen Begrotingsakkoord 2013 naar de Tweede kamer.
- NTFR 2012-1682, Het gat gedicht, prof. mr. O.C.R. Marres.
- WFR 2003-1869, De reparatiewetgeving naar aanleiding van het Bosal-arrest: een gemiste kans!, Prof. dr. E.J.W. Heithuis.
- WFR 2003-1929, Beperking verliesverrekening: de “echte” Bosal-reparatie, Mr. S.R. Pancham en prof. dr. mr. G.W.J.M. Kampschöer RA.
- WFR 2011-1008, Bosal-Mania, Prof. mr. J.W. Bellingwout.
- WFR 2012-1178, Gelukkig, de renteaftrekproblemen in de vennootschapsbelasting zijn eens en voor altijd uit de wereld..., Simon Strik.
- WFR 2012-1426, Deelnemingsrente, Prof. mr. O.C.R. Marres.

### **Overige stukken**

Besluit Staatssecretaris van Financiën 11 augustus 2003, nr. CPP2003/1611, V-N 2003/46.12, vraag 10.1.1.

Brief van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 17 juni 2011.

Brief van 17 juni 2011 van S. van Keulen, voorzitter Topteam Hoofdkantoren, aan minister Verhagen en staatssecretaris Weekers, inzake de fiscale behandeling van deelnemingsrente.

NvW, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 8.

NNV, Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 25.

Kamerstukken II, 2011/12, 32 637, nr. 14.

Kamerstukken II 2010/11, 32800, nr. 17.

Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 1.

MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 287, nr. 3.

Kamerstukken II 2011/12, 33287, nr. 4.

Kamerstukken II 2011/12, 33287, nr. 7.

4e nota van wijziging, Kamertstukken II, 2011/12, 33287, nr. 22

Kamerstukken I, 2011/12, 33 287. nr. B.

Kamerstukken I, 2011/12, 33 287, nr. D.

MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33402, nr. 3.