

Excessieve en gekunstelde financiering van externe acquisities

Gat(en) gedicht of dweilen met de kraan open?

Naam student: A.Q.C. (Dries) van Vuuren
Studentnummer: 312396
Coördinator: R.C. de Smit MSc
Examinator: drs. M. Nieuweboer
Rotterdam 10 oktober 2013

Inhoud

EXCESSIEVE EN GEKUNSTELDE FINANCIERING VAN EXTERNE ACQUISITIES.....	1
VOORWOORD.....	ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.
LIJST VAN AFKORTINGEN.....	6
1. INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING.....	7
1.1 Aanleiding van het onderzoek	7
1.2 Onderwerp van het onderzoek	9
1.3 Probleemstelling en toetsingskader van het onderzoek	10
1.3.1 Onderwerp en doel van het onderzoek	10
1.3.2 Vraagstelling	10
1.4 Afbakening van het onderzoek	11
1.5 Opzet van het onderzoek	12
2. GEKUNSTELDE EN EXCESSIEVE FINANCIERING VAN EXTERNE ACQUISTIES.....	13
2.1 Inleiding.....	13
2.2 Historie grondslagerosie	13
2.2.1 Fraus legis	13
2.2.2 Codificatie	15
2.3 Art. 10a in vogelvlucht	16
2.3.1 Interne schulden	16
2.3.2 Besmette rechtshandelingen	18
2.3.3 Tegenbewijs	19
2.4 Art. 10a nader beschouwd	20
2.4.1 Externe acquisities.....	20
2.4.2 Externe schulden	23
2.5 Overnameholding	24
2.5.1 Berekeningssystematiek: drie stappen, twee toetsen, één beperking	26
2.6 Stap 1: art. 15ad lid 1, bepaling overnameschuld.....	26
2.6.1 Overeenkomst van geldlening	26
2.6.2 Of een daarmee vergelijkbare overeenkomst	27
2.6.4 De verwerving of uitbreiding van een belang	28
2.6.5 Verband houden met	29
2.6.6 Eén of meerdere maatschappijen.....	32
2.7 Stap 2: Winstallocatie, art. 15ad lid 1, slot.....	33
2.7.1 Voor verrekening beschikbare winst.....	34
2.7.2 Liquidatie, voeging en ontvoeging.....	35

2.8	Stap 3: Teveel aan overnamerente, art. 15ad lid 2 & 3	36
2.8.1	Franchise	36
2.8.2	Gezonde financieringsnorm	36
2.8.3	Niet aftrekbare rente	39
2.9	Flankerende bepalingen ex 14a lid 12-14 & 14b lid 9-12 Wet VPB.....	40
2.9.1	Juridische splitsing	40
2.9.2	Juridische fusie	41
2.9.3	Bedrijfsfusie & rechtstreekse activa/passiva transactie	43
2.10	Deelconclusie	43
3.	FINANCIERING VAN DEELNEMINGEN	46
3.1	Inleiding.....	46
3.1.1	Onderzoeksvraag	46
3.1.2	Opzet	46
3.2	Pre-Bosal tijdperk	47
3.3	Beoogde ‘misbruik’ situaties	48
3.4	Ratio van art. 13l	49
3.5	Berekeningssystematiek: per deelneming, twee uitzonderingen, drie beperkingen ..	50
3.6	Stap 1: verkrijgingsprijs deelnemingen, art. 13l lid 5 & 10	51
3.6.1	Verkrijgingsprijs deelneming	51
3.6.2	Uitgezonderde deelnemingen	51
3.6.3	Uitzondering 1: Operationele activiteiten, art. 13l lid 5.....	51
3.6.4	Uitzondering 2: Oude investeringen, art. 13l lid 10.....	54
3.7	Stap 2: uitgezonderde uitzonderingen, art. 13l lid 6.....	54
3.7.1	Double dip, art. 13 lid 6 onderdeel a	54
3.7.2	Hybride financiering, art. 13 lid 6 onderdeel b	56
3.7.3	Oogmerktoets, art. 13 lid 6, onderdeel c	57
3.8	Stap 3: bovenmatige deelnemingsrente, art. 13l lid 2 & 3	57
3.8.1	Bovenmatige deelnemingsrente	58
3.8.2	Actieve financieringsactiviteiten.....	59
3.9	Deelconclusie.....	60
4.	RECHTSVERGELIJK & ANALYSE.....	61
4.1	Inleiding.....	61
4.1.1	Onderzoeksvraag	61
4.1.2	Opzet	61
4.2	Bereik van de renteaftrekbepalingen	62
4.2.1	Ratio’s	62
4.2.2	Rechtshandeling	63

4.2.3	Gelieerdheid	64
4.2.4	Schulden	64
4.2.5	Causale versus mathematische toetsen	66
4.2.6	Drempel	67
4.2.7	Tegenbewijs	68
4.2.8	Niet aftrekbare rente	69
4.2.9	Vergelijking met houdsterverliesregeling art. 20 lid 4-6 Wet VPB 1969	70
4.3	Fiscale behandeling crediteur	71
4.3.1	Kwalificatieverschil: Hybride entiteit	72
4.3.2	Aftrek zonder of beperkte compenserende heffing in de financieringsschakel ..	74
4.3.3	Hybride financieringsvorm	74
4.3.4	Storting in laagbelaste jurisdictie	75
4.4	Grondslag van de renteaftrekbeperkingen	76
4.4.1	Totaalwinstbewakers	77
4.4.2	Grondslagbewakers	77
4.4.3	Systeembewaker	78
4.4.4	Buitenlandse systeembewaker	79
4.5	Deelconclusie	79
5.	TOETSING AAN STABIEL BELASTINGSTELSEL	82
5.1	Inleiding	82
5.2	Toetsingskader	83
5.2.1	Rechtvaardig	83
5.2.2	Effectief	84
5.2.3	Efficiënt	84
5.3	Rechtvaardig	85
5.3.1	Art. 10a	85
5.3.2	Art. 13l	90
5.3.3	Art. 15ad	93
5.4	Effectief	94
5.4.1	Art. 10a	95
5.4.2	Art. 13l	96
5.4.3	Art. 15ad	98
5.4.4	Art. 10a, art. 13l en art. 15ad tezamen	100
5.5	Efficiënt	101
5.4.4	Art. 10a, art. 13l en art. 15ad tezamen	101
5.6	Deelconclusie	102
5.6.1	Matrix criteria goed belastingstelsel	103

6.	ALLOCATIE VAN RENTEAFTREK: GOING DUTCH.....	106
6.1	Inleiding.....	106
6.1.1	<i>Onderzoeksvraag</i>	106
6.1.2	<i>Opzet</i>	106
6.2	Huidig systeem	107
6.2.1	<i>Subjectbenadering of objectbenadering</i>	107
6.2.2	Fiscaal onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen.....	110
6.2.3	Voordelen uit deelneming	113
6.2.4	<i>Tussenconclusie</i>	116
6.3	Welke jurisdictie komt heffingrecht toe?	117
6.3.1	Moedervernootschap	119
6.3.2	Dochtervernootschap	119
6.3.3	Beschouwing	120
6.5	Alternatieven in de literatuur	121
6.5.1	Consolidatie: grensoverschrijdende fiscale eenheid	121
6.5.2	Beschouwing	123
6.5.3	Imputatie van rente.....	124
6.5.4	Beschouwing	124
6.5.6	Deelnemingsvrijstelling met fiscale correctie deelnemingsrente.....	125
6.5.7	Beschouwing	125
6.6	Afweging	126
6.6.1	Uitgangspunten.....	126
6.6.2	Standaardsituatie 1: NL moedervernootschap houdt 100% belang in Nederlandse dochtervernootschap	130
6.6.3	Standaardsituatie 2: Buitenlandse moedervernootschap houdt 100% belang in NL dochtervernootschap.....	132
6.6.4	Standaardsituatie 3: NL moedervernootschap houdt controlerend <100% belang 133	
6.6.5	Andere aanpassingen.....	134
6.7	Conclusie	137
7.	CONCLUSIE	140
7.1	Systematiek en beoordeling art. 10a, 13l en 15ad	140
7.2	Alternatieve behandeling van renteaftrek op externe acquisities	144
8.	LITERATUUROVERZICHT	147

Lijst van afkortingen

A-G	Advocaat-generaal
Art.	Artikel
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
Bvdb 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
BW	Burgelijk Wetboek
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
MvT	Memorie van Toelichting
NnavV	Nota naar aanleiding van het Verslag
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NvT	Nota van Toelichting
NV	Nader Verlslag
Nr.	Nummer
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
V&O	Vennootschap & Onderneming
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

1. INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

1.1 Aanleiding van het onderzoek

Staten zijn soeverein in het heffen van belastingen, maar zijn daarbij beperkt tot hun eigen jurisdictie. Internationaal opererende ondernemingen nemen hun beslissingen op groepsniveau. Zij kunnen hun ondernemingsstructuur en financieringsstructuur naar eigen inzicht inrichten. Op deze wijze kunnen winsten worden gealloceerd aan de jurisdictie met de laagste belastingdruk. Een aspect daarvan is dat deze ondernemingen keuzemogelijkheden hebben bij het aantrekken en alloceren van financieringen in de verschillende jurisdicties waar zij actief zijn. Een ander aspect is dat zij bij het vaststellen van de fiscale winsten onder omstandigheden in kunnen spelen op kwalificatieverschillen tussen belastingstelsels van Nederland en het buitenland.¹ Deze aspecten zijn overigens niet specifiek voor Nederland.

In 2011 kopt The Guardian met: *Dutch masters of tax avoidance*.² Internationale belastingontwijking heeft al langer de interesse van de media, maar vanaf dan komt het publieke debat in een stroomversnelling. Nederland wordt daarin in binnen- en buitenland afgeschilderd als fiscale draaischijf voor met name internationaal opererende ondernemingen.³

De kritiek richt zich enerzijds op de vriendelijke Nederlandse behandeling van dividend, interest- en royaltystromen binnen het (internationaal) belastingrecht.⁴ Deze discussie moet worden onderscheiden van het thema van dit onderzoek. Anderzijds rijst op nationaal niveau namelijk de vraag of deze multinationale ondernemingen hun *fair share* bijdragen aan de publieke voorzieningen in verhouding tot winsten die in Nederland worden gegenereerd. De invulling en omvang van hun bijdrage is een politieke keuze. Daarbij is van belang dat Nederland voor deze internationaal opererende ondernemingen zijn aantrekkelijke vestigingsklimaat behoudt. Deze ondernemingen hebben een positief effect op werkgelegenheid, innovatie en het Nederlandse midden- en kleinbedrijf. De internationaal opererende Nederlandse ondernemingen moeten met soortgelijke buitenlandse ondernemingen kunnen concurreren. Maatregelen die de effectieve belastingdruk verhogen kunnen dit klimaat ernstig schaden. De effectieve vennootschapsbelastingdruk in Nederland ligt iets boven het gemiddelde van de West Europese OECD landen.⁵ Desondanks kennen ondernemingen een natuurlijke bedrijfseconomische prikkel om hun eigen belastingdruk te verminderen. Multinationale ondernemingen zijn grensoverschrijdend actief en hun kapitaal is mobiel. Zij kunnen daarom op

¹ Notitie internationaal fiscaal (verdrags)beleid, *Kamerstukken II*, 2012/13, 25 087, nr. 1.

² 'Dutch masters of tax avoidance', Simon Goodley en Dan Milmo, *The Guardian*, 19 oktober 2011.

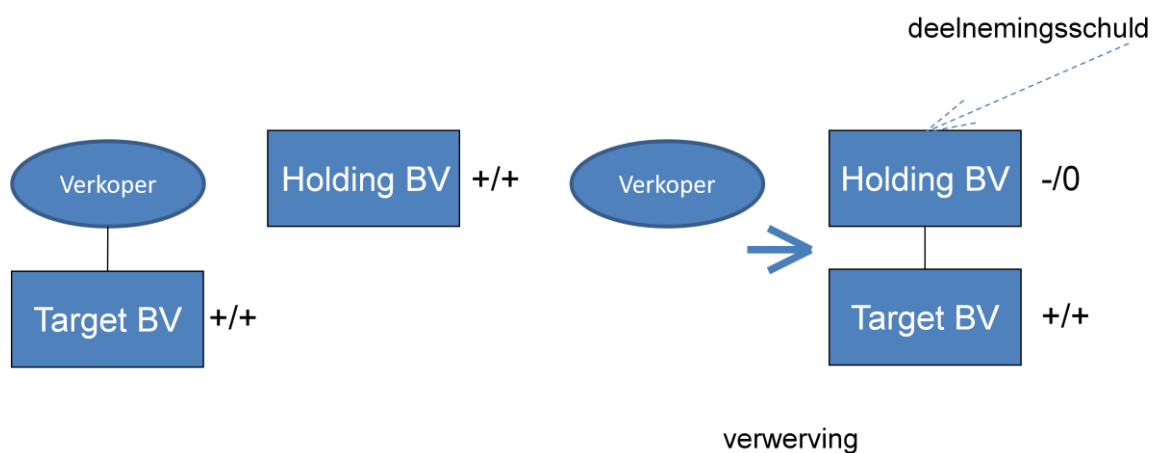
³ 'Concerns: fiscale vluchtroute Nederland', G. de Groot, S. Eikelenboom & R. Smit, *Het Financieele Dagblad*, 15 november 2012. Ook de Zembla documentaire Nederland belastingparadijs, uitgezonden door de VARA op 18 oktober 2009, gevolgd door 'ZDFzoom: Flugt in der Karibik', uitgezonden door ZDF op 6 maart 2013 en 'Tegenlicht: De Tax Free Tour', uitgezonden door de VPRO op 25 maart 2013 zijn tekenend voor het gevoel wat het publieke debat beheerst.

⁴ Motie, *Kamerstukken II*, 2012/13, 31 066, nr. 168.

⁵ Rapport van PricewaterhouseCoopers LLP, 'Assessing tax, 2013 tax rate benchmarking study for industrial products and automotive sectors', 2013, figure 4, gebaseerd op de OECD Tax Database, 2012. De effectieve druk is afhankelijk van de aard van de activiteiten en verschilt daardoor per branche.

legitieme dan wel gekunstelde – maar rechtmatige – wijze winsten te laten vloeien naar een jurisdictie met een aantrekkelijker fiscaal klimaat. Door de werking van internationale verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing reikt de Nederlandse heffingsbevoegdheid slechts tot haar landsgrenzen.

De financieringsproblematiek doet zich op twee vlakken voor. Dit zijn de excessieve financiering met schuld en de financiering van deelnemingen. In Nederland gevestigde moedervennootschappen⁶ mogen in beginsel rentelasten die samenhangen met de verwerving van een deelneming in zowel binnenlandse als buitenlandse entiteiten in mindering brengen op hun belastbare resultaat: ‘deelnemingsrente’. Nederland heft geen belasting over de voordelen uit deze (buitenlandse) deelnemingen, terwijl de rentelasten op de financiering wel aftrekbaar zijn. Vereenvoudigd geeft dit zich als volgt weer:



In de media of in de politiek roept dit soms het beeld op dat het Nederlandse belastingplichtigen hier onbedoeld van zou profiteren.⁷ De (excessieve) aftrek van deze ‘Bosal-rente’ gaat ten koste van de belastinggrondslag van de Nederlandse moedermaatschappij.

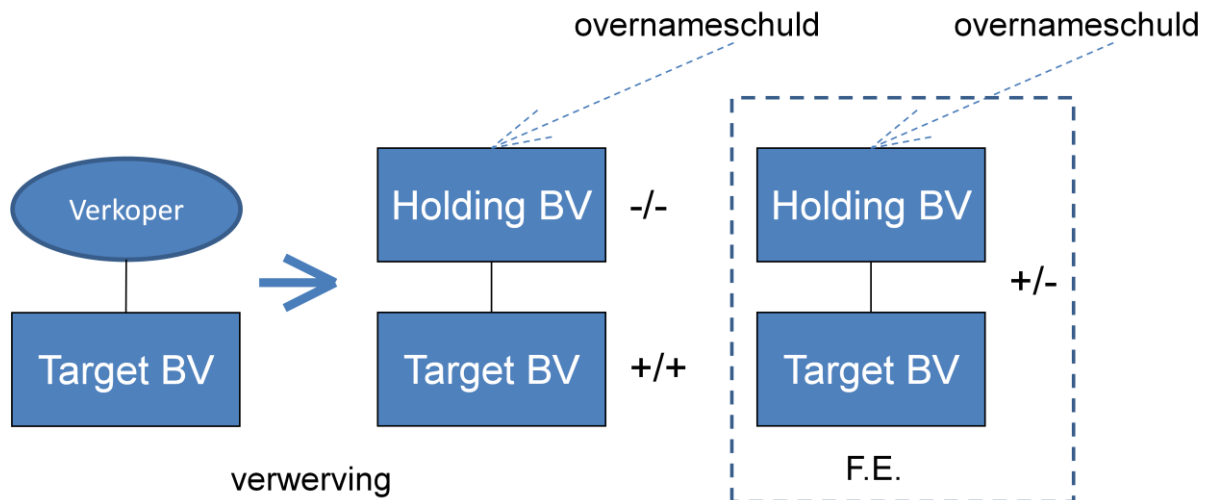
In spiegelbeeld is het ook mogelijk dat na de verwerving van een Nederlandse dochtervennootschap de rentelasten ter financiering van de acquisitie bij deze aangekochte dochtervennootschap zelf ten laste van haar winst worden gebracht. De Nederlandse onderneming financiert dan *de facto* haar eigen overname. In de standaardfiguur verwerft een (buitenlandse) moedervennootschap dan via een daartoe speciaal opgericht overnamevehikel⁸ de Nederlandse dochtervennootschap. Deze zogenoemde overnameholding gaat een lening aan ter financiering van de verwerving van een Nederlandse dochteronderneming en is daarover rente verschuldigd. Daarna wordt de overnameholding met de Nederlandse dochtermaatschappij samengevoegd in een fiscale eenheid. De rentelasten van de schuld

⁶ De Nederlandse vennootschapsbelasting wordt geheven ten laste van lichamen. De naar Nederlands opgerichte Besloten Vennootschap is daar een voorbeeld van. Ter wille van de eenvoud spreek ik in dit onderzoek van de moedervennootschap in relatie tot haar dochtervennootschap.

⁷ Motie, *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 800, nr. 17.

⁸ Dit kan een reguliere, naar Nederlands recht opgerichte BV zijn die ook feitelijk in Nederland is gevestigd.

komen daardoor samen met de winstbron van de dochtervennootschap. Deze figuur tekent zich als volgt uit:



In beginsel kan de overnameholding dan de verschuldigde rente in mindering brengen op het belastbare resultaat van de Nederlandse dochtermaatschappij. Wanneer deze ‘overnameconstructie’ wordt gefinancierd met relatief veel vreemd vermogen, wordt ook nu door (excessieve) renteaftrek de Nederlandse belastinggrondslag uitgehold. Ook dit roept in politiek en media soms het beeld op dat Nederlandse ondernemingen worden ingelijfd door buitenlandse partijen (‘sprinkhanen’)⁹ en hun winsten onbelast wegvloeien uit Nederland.

1.2 Onderwerp van het onderzoek

De wetgever tracht dit beeld met drie specifieke maatregelen te beantwoorden. Deze moeten de (internationale) uitholling¹⁰ van winsten van Nederlandse moeder- en dochtermaatschappijen bestrijden.¹¹ In het verleden werden kunstmatige constructies met wisselend succes bestreden met leerstukken uit de rechtspraak, zoals *fraus legis* en *richtige heffing*. De uitgangspunten van *fraus legis* zijn later verwerkt in artikel 10a van de Nederlandse Wet VPB 1969,¹² dat de gekunstelde financiering van onder andere externe overnames moet tegengaan. Per 1 januari 2012 moet artikel 15ad excessieve renteaftrek in overnameconstructies aan banden leggen.¹³ Op 1 januari van dit jaar is het artikel 13l in dezelfde wet van kracht gegaan. Dat artikel moet ongewenst gebruik van de deelnemingsvrijstelling tegengaan, door aftrek van bovenmatige deelnemingsrente bij de moedermaatschappij te beperken.

⁹ Dat heeft overigens niet (alleen) te maken met het feit dat zij de Nederlandse belastinggrondslag uithollen, maar (voornamelijk) vanwege de verwoestende werking die zij zouden hebben op de overgenomen bedrijven zelf, aldus F. van Horzen, ‘*Help, mijn aandeelhouder is een sprinkhaan!*’, *NtFR* 2011/1296.

¹⁰ Onder ‘uitholling’ versta ik het in aftrek brengen van kosten ten laste van de fiscale winst, terwijl die bestanddelen zonder belastingverrijdeling niet slechts op basis van bedrijfseconomische overwegingen ten laste van de winst zijn gebracht.

¹¹ “Voor deze Bosal-profiteurs gaat dit echt pijn doen”, aldus Staatssecretaris van Financiën Jan Kees de Jager, in ‘Renteaftrek voor bedrijven beperkt’, *Het Financieele Dagblad*, 19 juni 2009.

¹² De Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is het uitgangspunt van dit onderzoek. Waar ik zonder wetsaanduiding spreek, ga ik uit van deze wet.

¹³ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 15.

1.3 Probleemstelling en toetsingskader van het onderzoek

De wetgever heeft herhaaldelijk en met korte tussenpozen wijzigingen aangebracht in de behandeling van rente op overnamefinancieringen. De reparaties geven er blijk van dat de behandeling van renteaftrek niet het gewenste resultaat opleverde. Als gevolg is een lappendeken aan maatregelen ontstaan en een aanhoudende verwachting dat iedere ingreep weer niet de laatste zal zijn.¹⁴ Zeker in een moeilijke tijd voor fusies en overnames brengt deze grillige gedragslijn onzekerheid voor marktpartijen mee. En als investeerders ergens niet van houden is het onzekerheid.

1.3.1 Onderwerp en doel van het onderzoek

Het doel van het onderzoek is het zoeken naar een oplossing voor de huidige problematiek rond externe acquisities door middel van vreemd vermogen. Het is in het belang van het economische vestigingsklimaat van Nederland dat de maatregelen zo min mogelijk verstoren. Daartoe is het allereerst van belang te analyseren hoe het huidige systeem in elkaar zit. Deze analyse ziet op hun ratio, de uitwerking en de (onderlinge) interactie binnen de context van reeds bestaande renteaftrekbeperkingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting. In deze thesis wordt daarom een rechtsvergelijkend onderzoek verricht naar de uitwerking van deze maatregelen. De uitkomsten vormen de basis voor een voorstel om renteaftrekbeperkingen op korte termijn te verbeteren.

1.3.2 Vraagstelling

Het onderzoek richt zich op art. 10a en de nieuw ingevoerde art. 15ad en art. 13l voor zover de lichamen hieraan onderworpen zijn bij externe acquisities. Interne verhangingen van deelnemingen of gekunstelde kasronddjes, waar met name art. 10a ook op ziet, komen in onderhavige scriptie niet aan de orde. De hieruit voortvloeiende vraag – die de essentie vormt voor mijn onderzoek – is waar de fiscale pijnpunten op het gebied van overnamefinancieringen zitten. Daarmee is van belang of en in hoeverre het wettelijke systeem de kwaliteiten kent van een goed belastingstelsel en of een alternatieve behandeling van rente meer recht zou doen aan de doelstelling van de wetgever.

Met inachtneming van het bovenstaande luidt de probleemstelling van deze thesis:

Voldoen de huidige maatregelen voor financiering van externe acquisities aan de voorwaarden voor een goed belastingstelsel en zo niet, welke maatregelen moeten in de toekomst genomen worden?

Op basis van de volgende deelvragen zoek ik een antwoord op de probleemstelling:

- Hoe is de huidige behandeling van financiering van externe acquisities vormgegeven?
- Hoe verhouden de renteaftrekbeperkingen voor overnames zich tot elkaar en dragen deze maatregelen bij aan een goed belastingstelsel?
- Welke fundamentele keuzes liggen ten grondslag aan de huidige problematiek en hoe zien de maatregelen voor renteaftrek externe overnames er idealiter uit?

¹⁴ S.A.W.J. Strik, 'Lezingen Commissie Vaktechniek 2012', uitgave van de Jonge Orde van Belastingadviseurs, Den Haag: SDU 2013, blz. 58.

Ik toets art. 10a, 13l en 15ad aan drie hoofdcriteria van een goed belastingstelsel:¹⁵

1. Rechtvaardigheid; de aftrekbeperkingen moeten in het belastingstelsel passen binnen de rechtvaardigheidsopvattingen van de samenleving. Gelijke gevallen dienen gelijk te worden behandeld en ongelijke gevallen moeten naar mate van ongelijkheid ongelijk worden behandeld. Daar vloeit uit voort dat de aftrekbeperkingen geen overkill of willekeur mogen bevatten voor de belastingplichtige;
2. Effectiviteit; de uitgangspunten van de wetgever voor de maatregel dienen daadwerkelijk te worden gerealiseerd;
3. Efficiëntie; de uitgangspunten van de wetgever voor de maatregel dienen te worden verwezenlijkt met zo weinig mogelijk uitvoeringskosten.

Met de kennis van de eerste twee deelvragen kom ik toe aan de derde deelvraag. Deze is meer conceptueel van aard. Bij de inrichting van het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel zijn fundamentele keuzes gemaakt in de benadering van de belastbare grondslag. Deze keuzes werken door in de wijze waarop belastingplichtigen invulling geven aan hun financieringsbehoeften. Met specifieke en generieke antimisbruikmaatregelen tracht de wetgever dit met wisselend effect te corrigeren. Beperkende maatregelen creëren administratieve regeldruk en verstoren onnodig economische verhoudingen. Om met een alternatief te komen is het daarom noodzakelijk eerst terug te gaan naar de basis van deze fundamentele keuzes.

1.4 Afbakening van het onderzoek

Dit onderzoek richt zich allereerst specifiek op de nieuw geïntroduceerde wettelijke renteaftrekbeperkingen zoals bepaald in art. 15ad als wel in art. 13l. Art. 10a kan al enige jaren in zijn huidige vorm worden toegepast. Naar deze maatregel is ook al veel onderzoek verricht. Het volstaat derhalve om op hoofdlijnen bij dit artikel stil te staan bij de uiteenzetting. In de verdere analyse behandel ik art. 10a wel volledig. Ik beperk mij tot de invloed van financiering van externe acquisities op de belastingheffing van lichamen. Transacties tussen onafhankelijke derden zullen in de regel louter uit bedrijfseconomische overwegingen voortkomen, waardoor de werking van de bepalingen accuraat op eigen merites beoordeeld kunnen worden. Bij interne verhangingen kunnen deze worden gekruist door fiscale overwegingen vanuit het concernbelang. De overige renteaftrekbeperkingen en maatregelen om ander 'misbruik' binnen de sfeer van de vennootschapsbelasting tegen te gaan laat ik buiten beschouwing. Wel zal ik relevante raakvlakken van deze bepalingen aanstippen. Bij de alternatieve behandeling van overnamefinancieringen wil ik mij vooral richten op het conceptuele denkkader. Evenals in de rest van dit onderzoek blijven daarbij de verdragsrechtelijke, Europeesrechtelijke en formeelrechtelijke aspecten zoveel mogelijk buiten beschouwing.

¹⁵ Ontleend aan L.G.M. Stevens, *Elementair belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2013, blz. 9; criteria voor een goed belastingstelsel.

1.5 Opzet van het onderzoek

Deze thesis is opgebouwd uit drie elementen. Voor de beantwoording van de probleemstelling is het onder andere van belang hoe de wetssystematiek in elkaar steekt. Daarvoor is het van belang om te weten op welke figuren art. 10a, art. 13l en art. 15ad zich richten en hoe de systematieken van deze bepalingen in elkaar steken. Dit wordt in het tweede en derde hoofdstuk uiteengezet. Art. 15ad hangt sterk samen met art. 10a. Ik vang daarom in hoofdstuk twee aan met de bepalingen van art. 10a en art. 15ad. Art. 13l is als laatste ingevoerd en behandel ik in hoofdstuk drie.

In het daaropvolgende vierde hoofdstuk wordt kort een kader geschetst waarbinnen de bepalingen zijn ontstaan. Daarnaast wordt uitgewerkt hoe deze bepalingen zich verhouden ten opzichte van elkaar en de overige maatregelen om aftrek van rente in ongewenste situaties uit te sluiten. Dit hoofdstuk zal van rechtsvergelijkende aard zijn. Hoofdstuk vijf beoordeelt of en in hoeverre art. 10a, art. 13l en art. 15ad voldoen aan voornoemde criteria van een goed belastingstelsel. Tot slot ziet hoofdstuk zes op de fundamentele keuzes die de wetgever heeft gemaakt die tot de huidige financieringsproblematiek rond externe overnames leiden. Op basis van deze kennis werk ik een alternatief concept uit voor de behandeling van met schuld gefinancierde acquisities. Hoofdstuk zeven sluit deze thesis af met een samenvatting, conclusie en enkele aanbevelingen rondom deze problematiek van renteaftrek en de overnamepraktijk.

Deze thesis is afgesloten op 10 oktober 2013 en houdt geen rekening met ontwikkelingen nadien.

2. GEKUNSTELDE EN EXCESSIEVE FINANCIERING VAN EXTERNE ACQUISTIES

2.1 Inleiding

De Nederlandse vennootschapsbelasting kent voor belastingplichtigen een subjectbenadering. Dat betekent dat van een lichaam wordt geheven onafhankelijk van de aandeelhouders.¹⁶ Daarnaast zijn kosten van vreemd vermogen aftrekbaar van de belastbare grondslag. De vergoeding op eigen vermogen is dat niet.¹⁷ Dit fiscale verschil in behandeling stimuleert financiering van investeringen met schuld ten opzichte van eigen vermogen.¹⁸ De verschillende fiscale behandeling van de financiering speelt bij externe overnames dan ook een belangrijke rol. Op zichzelf zal de externe overname gestoeld zijn op zakelijke, niet-fiscale motieven. De financiering van de overname daarentegen zal wel door fiscale overwegingen worden beïnvloed en zal (daarmee) een belangrijke invloed hebben op de belastbare grondslag van de overnemende vennootschap.

Onderzoeksvraag

In dit hoofdstuk analyseer ik art. 10a en art. 15ad. Deze bepalingen beogen gekunstelde of excessieve renteaftrek bij overnamefinanciering te bestrijden. Dit hoofdstuk ziet dus specifiek op het al dan niet geforceerd samenbrengen van een schuldbron met een Nederlandse winstbron. De analyse doe ik aan de hand van het de volgende vraag: *Hoe is de huidige behandeling van financiering van externe acquisities vormgegeven?* Deze basiskennis is van belang om later de uitwerking te kunnen toetsen.

Opzet

Ik begin met een korte beschrijving van de geschiedenis en totstandkoming van beide maatregelen. Vervolgens bespreek ik art. 10a op hoofdlijnen. Daarna kom ik toe aan art. 15ad. Ik werk de systematiek van het bepalen van niet aftrekbare rente op overnamefinancieringen uit. De begrippen ‘zakelijkheid’ en bovenmatig vormen de scharnierpunten van art. 10a respectievelijk art. 15ad, daarom zal ik daar extra aandacht aan besteden. Ten slotte kom ik tot een conclusie. Later in dit onderzoek kan deze conclusie in een breder perspectief worden geplaatst.

2.2 Historie grondslagerosie

2.2.1 Fraus legis

Het uitgangspunt van belastingheffing is dat de ondernemer vrij is in zijn keuze van financiering. De vrijheid reikt totdat sprake is van misbruik ten aanzien art. 8 Wet VPB 1969 juncto art. 3.8 Wet IB 2001. Voor 1996 bestreed de belastingdienst misbruik van deze financieringsvrijheid alleen via

¹⁶ Zie ook O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek: (artikel 10a Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 na renteaftrek na ‘Werken aan winst’)*, hoofdstuk 5, blz. 89, Kluwer: Deventer 2008.

¹⁷ De bestemming van de winst wordt in dit concept niet gezien als winstbepaling maar als winstuitdeling, de vergoeding op vreemd vermogen kent dat karakter niet. J. van Strien, Proefschrift *‘Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting’*, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006.

¹⁸ R.A. de Mooij, Proefschrift *‘Heeft de vennootschapsbelasting een toekomst?’*, blz. 11, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2003.

rechtspraak. De *richtige heffing* en het leerstuk van *fraus legis* (wetsontduiking) worden toegepast om de oneigenlijke rente in aftrek te beperken.¹⁹ *Fraus legis* komt in jurisprudentie aan de orde bij een samenstel van rechtshandelingen die geen zakelijk (bedrijfseconomisch) doel dienen. Met betrekking tot winstdrainage wordt het rechtsmiddel *fraus legis* met name ingezet tegen kunstmatig opgeroepen financieringsstromen. Daarmee wordt een rentelast gecreëerd die kan worden afgezet tegen een Nederlandse winstbron. De hoofdsom van de financiering wordt in de vrijgestelde sfeer gebracht door rechtshandelingen als een dividenduitkering of een kapitaalstorting. De horizontale verliesverrekening binnen de fiscale eenheid biedt ook de mogelijkheid om een rentelast samen te brengen met een winstbron. In deze figuur wordt een overnameholding met zijn schuld samengevoegd met een winstgevende operationele dochter in een fiscale eenheid. Later in het hoofdstuk ga ik daar nog uitgebreid op in. Ook deze standaardfiguur maakte deel uit van de stroom aan *fraus legis* jurisprudentie. Deze jurisprudentie is sterk casuïstisch van aard.²⁰ De vereisten voor het leerstuk *fraus legis* zijn echter universeel en worden gevormd door het motiefvereiste en het normvereiste.

Door belastingplichtige beoogde wetstoepassing zou door *fraus legis* leiden tot vrijdeling van belastingheffing (motiefvereiste). Of hiervan sprake is, hangt onder meer af van het karakter van een schuld en de daarmee gefinancierde rechtshandeling. Wanneer belastingvrijdeling het doorslaggevend motief is voor de vormgeving van de rechtshandeling, is aan het motiefvereiste van *fraus legis* voldaan. De rechtspraak over *fraus legis* is ontstaan rondom personen en lichamen die in groepsverband financieringen aangaan en rechtshandelingen verrichten. De vraag doet zich voor of een externe acquisitie in overwegende mate uit belastingvrijdeling gedaan kan worden. Een externe overname is immers geen ‘papieren’ wijziging, maar een transactie met een onafhankelijke derde die een werkelijke verandering van de groepsstructuur tot gevolg heeft. Het antwoord op deze vraag is genuanceerd. Hier ga ik in onderdeel 2.4.1op in.²¹ In dit verband is ook de *verschillende wegenleer* van de Hoge Raad vermeldenswaardig.²² Het Hof had in deze geoordeeld dat de betreffende rechtshandeling zakelijk gefundeerd was. De Hoge Raad liet dit feitelijke oordeel in stand maar overwoog dat de belastingplichtige met de transactie een zakelijk doel voor ogen kan staan, maar de rechtshandelingen zodanig vormgeven dat uiteindelijk alsnog sprake is van willekeurige belastingvrijdeling.

Daarnaast moet voor *fraus legis* wetstoepassing in strijd komen met doel en strekking van de wet (normvereiste).²³ De gevolgen van de renteaftrek moeten stroken met de bedoeling van wetgever. De

¹⁹ *Fraus legis* is in deze het belangrijkste rechtsmiddel. De *richtige heffing* laat ik verder achterwege.

²⁰ Zie voetnoot 8.

²¹ Vooruitlopend zijn HR 27 september 1995, nr. 30 400, *BNB* 1996/6. HR 17 december 2004, nr. 39 080, *BNB* 2005/169 en 1 maart 2013, nr. 11/00675, *V-N* 2013/12.19 representatief voor dit vraagstuk.

²² HR 11 juli 1990, nr. 26 306, *BNB* 1990/293, r.o. 4.7 en toepassing van de *verschillende wegenleer* is herbevestigd in HR 6 september 1995, nr. 27 927, *BNB* 1996/4, r.o. 3.2.4.

²³ NV, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, blz. 28.

bedoeling van wetgever blijkt onder meer uit de wetshistorie. In de standaardfiguur is de ontvanger van de rente in de regel een laagbelaste groepsvennootschap. *Fraus legis* kan daarom niet van toepassing zijn indien de vergoeding bij de ontvanger naar Nederlandse maatstaven redelijk wordt belast.^{24,25}

Wanneer aan het motiefvereiste en normvereiste van *fraus legis* is voldaan, kan de renteaftrek buiten aanmerking worden gelaten bij de vaststelling van de Nederlandse grondslag.

2.2.2 Codificatie

Per 1 januari 1997 heeft de wetgever deze jurisprudentie gecodificeerd²⁶ (en naar eigen inzicht gemodificeerd) in art. 10a en art. 15 lid 4 en lid 5.²⁷ Met de invoering van art. 10a zijn wettelijke maatregelen getroffen tegen de kunstmatige omzetting van eigen in vreemd vermogen en de kunstmatige balansverlenging. De verwerving van fiscaal vrijgestelde activa die wordt gefinancierd met een belaste interne schuld, wordt ook wel ‘balansverlenging genoemd’.^{28,29} Tegelijkertijd zijn destijds art. 15 lid 4 en lid 5 in het leven geroepen tegen (fiscaal) onbedoeld gebruik van overnameholdings. Het toenmalige regime van de fiscale eenheid is daartoe aangescherpt. In tegenstelling tot het toenmalige art. 10a bleef rente verschuldigd aan onafhankelijke derden buiten schot. In de loop der jaren zijn zowel art. 10a als de maatregel tegen overnameholdings aangepast. De laatste is in 2004 verplaatst naar art. 15ad(oud). Beide maatregelen zijn meerdere malen ingrijpend gewijzigd. Art. 15ad(oud) is in 2007 afgeschaft. Hun toenmalige redactie en inhoud vind ik daarom niet relevant om nader te bespreken.

Bovenstaande codificatie neemt formeel niet weg dat *fraus legis* niet meer kan worden toegepast tegen vormen van winstdrainage. *Fraus legis* is een rechtsmiddel dat de feiten en omstandigheden van het individuele geval (i.c. renteaftrek) afweegt tegen doel en strekking van de wet. De rechtspraak heeft daarmee enige speelruimte in de invulling van geoorloofde en niet geoorloofde renteaftrek. Met de invoering van antimisbruikwetgeving heeft de wetgever de contouren van deze lijn duidelijker geschetst. De bedoeling van de wetgever ligt nu vast in wettekst.

²⁴ HR 10 maart 1993, nr. 27 295, *BNB* 1993/194. Deze vraag speelt ook in HR 10 maart 1993, nr. 27 992, *BNB* 1993/195, HR 10 maart 1993, nr. 28 139, *BNB* 1993/196 en HR 23 augustus 1995, nr. 29 521, *BNB* 1996/5. In HR 10 maart 1993, nr. 28 484, *BNB* 1993/197 was in eerste instantie sprake van een compenserende heffing bij de ontvanger, maar door de ontvangen rente kon met gekochte verliezen verrekend worden.

²⁵ In HR 10 maart 1993, nr. 28 484, *BNB* 1993/197, werd de verrekening van ontvangen rente met meegekochte verliezen niet als compenserende heffing aangemerkt. In geval van operationele verliezen, tax credits en speciale regimes moet dit anders liggen.

²⁶ Zie voor een uitgebreide analyse van de voorgeschiedenis en totstandkoming van deze bepaling, O.C.R. Marres, ‘*Winstdrainage door renteaftrek (Artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 na ‘Werken aan winst’*’, Kluwer, Deventer 2008, hoofdstuk 3.

²⁷ MvT, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 696, nr. 3, blz. 11.

²⁸ Zie O.C.R. Marres, ‘*Winstdrainage door renteaftrek (Artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 na ‘Werken aan winst’*’, Kluwer, Deventer 2008, onderdeel 8.4.3.

²⁹ In de regel zal op de voordelen uit dergelijke belangen de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn. Zie hoofdstuk 3.

Interessant is ook de vraag of zolang ontgaansmogelijkheden niet worden bestreken door een antimisbruikmaatregel, deze mogelijk moeten worden toegestaan. De rechtspraak zal in de praktijk *fraus legis* minder snel kunnen toepassen met een beroep op de bedoeling van de wetgever. Deze ligt immers vast in de wettekst. In recente arresten heeft de Hoge Raad laten zien dat misbruik van renteaftrek met behulp van *fraus legis* ruimer kan worden uitgelegd dan de tekst van art. 10a omvat.^{30,31} In een arrest over de overdrachtsbelasting heeft de Hoge Raad zich hier expliciet over uitgelaten.³² Wanneer een constructie wordt opgezet om (antimisbruik-)wetgeving te ontgaan en de wetgever laat na deze ontgaansmogelijkheid te repareren, kan *fraus legis* nog steeds toepassing vinden. Er wordt immers nog steeds in strijd gehandeld met doel en strekking van de wet. Hiervan is geen sprake indien bij de parlementaire behandeling uitdrukkelijk is besloten deze ontgaansmogelijkheden open te laten. In dat geval heeft de wetgever deze overweging bewust gemaakt.³³

2.3 Art. 10a in vogelvlucht

De individuele belastingplichtige is het uitgangspunt voor belastingheffing. De wet schrijft voor dat zijn belastbare grondslag wordt bepaald op basis van de totaalwinstgedachte. De totaalwinst omvat alle voor- en nadelen die voortkomen uit de uitoefening van de onderneming. Het kunstmatig creëren van een rentelast vindt plaats uit rendementsoverwegingen van de groep. Vanwege de inwisselbaarheid van intern eigen en vreemd vermogen kunnen door middel van rentestromen winsten worden overgeheveld naar willekeurige jurisdicties binnen het concern. Deze jurisdicties zullen in de regel de renteontvangsten vriendelijker behandelen. Het verlagen van de belastinggrondslag van de Nederlandse vennootschap ten faveure van de belastinggrondslag van een groepsvennootschap in een laagbelastende jurisdictie kan zo het groepsrendement na belastingen verhogen, ten koste van de Nederlandse belastinggrondslag. Voor leningen in groepsverhoudingen geldt daarom een afwijkende behandeling. Art. 10a moet de ongewenste uitwerking van het systeem van de wet (aftrekbaarheid van interest en subjectbenadering) op de totaalwinst corrigeren. Volgens de staatssecretaris staan doel en strekking van de wet daarbij voorop. Daarom tracht art. 10a vanuit de totaalwinstgedachte deze kunstmatige rentestromen te elimineren in de berekening van de fiscale winst.

2.3.1 Interne schulden

Art. 10a richt zich tegen financieringsstromen die langs verbonden partijen worden geleid.³⁴ Kort gezegd zijn dat partijen tussen wie (indirect) een kwalificerende aandeelhoudersrelatie bestaat. Dit kunnen natuurlijk personen en lichamen zijn. Hierna zal ik spreken over verbonden partijen. Deze relatie wordt blijkens de parlementaire toelichting beoordeeld aan de hand van het belang. Wanneer direct of indirect sprake is van minimaal een derde 'belang' dan mag gesproken worden van verbondenheid.

³⁰ HR 11 juli 2008, nr. 43 376, *BNB* 2008/266.

³¹ HR 1 juni 2012, nr. 00009, *BNB* 2012/213.

³² HR 10 juli 2009, nr. 43 363, r.o. 3.3.3, *BNB* 2009/237.

³³ R.L.H. IJzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, FM54, Kluwer, Deventer 1991, blz. 162.

³⁴ Niet te verwarren met het begrip 'verbonden partijen' in de zin van RJ 330.105.

Het begrip ‘belang’ is tijdens de parlementaire behandeling van art. 10a als volgt omschreven:³⁵

“Het zei opgemerkt dat (...) ook het aandeel in het geplaatste kapitaal een rol speelt. Het laatste impliceert dat niet alleen het financiële belang doorslaggevend behoeft te zijn. Het stemrecht wordt immers vooral bepaald door het aandeel in het geplaatste kapitaal en door de aard van de aandelen (...), terwijl het financiële belang vooral wordt bepaald door het aandeel in het gestorte kapitaal.”

Belang omvat dus zowel het aandeel in het gestorte kapitaal (financiële belang) als het geplaatste kapitaal (stemrecht).^{36,37} In de parlementaire behandeling van de ‘Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht’ heeft de staatssecretaris nog eens onderstreept dat de definitie ‘belang’ materieel moet worden ingevuld.³⁸ De exacte invulling van een ‘belang’ wordt dus overgelaten aan de rechtspraak.³⁹

De term ‘belang’ heeft daarmee een bredere lading dan de term ‘aandeel’. De wetgever wenst hiermee ook middellijke ‘participaties’ onder bereik van antimisbruikwetgeving te brengen, waar het begrip ‘aandeel’ alleen strikt het aandelenbelang zou hebben omvat.⁴⁰ Het verkrijgen van een winstbewijs, uitgeven van een winstdelende lening of sluiten van een optieovereenkomst (of een warrant⁴¹) kwalificeert ‘*afhankelijk van de inhoud daarvan, ertoe dat sprake is van de verwerving of uitbreiding van een belang*’.⁴² De wetgever doelt hiermee op vormen die in sfeer liggen van het financiële belang. Voorbeelden zijn het verkrijgen van een calloptie, vervreemden van een putoptie of hybride financieringsvormen.⁴³

Recent heeft de staatssecretaris zich in een beleidsbesluit bij art. 10a uitgelaten over de sfeer van invloed op de ondernemingsbeslissingen. Hij meent dat ook bijzondere stemrechten op aandelen en stemrechten en schulden die bijzondere invloed geven voor *vergroting* van het belang kunnen zorgen. Uit dit besluit volgt niet wat nu de onderlinge verhouding tussen financieel belang en zeggenschap is.

³⁵ NnavV, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 696, nr. 5, blz. 35.

³⁶ MvT, *Kamerstukken II* 1986/87, 19 968, nr. 3, blz. 11.

³⁷ *Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013*, nr. BLKB 2013/110M, onderdeel 5.1.

³⁸ NnavV, *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 426, nr. 7, blz. 9.

³⁹ De term ‘belang’ wordt ook gebezigd op andere gebieden van belastingheffing, zoals in art. 40 lid 4 Invorderingswet 1990 en art. 5b lid 2 Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer 1971. Deze bepalingen kennen een zelfstandige status. De wijze waarop zij invulling geven aan de term belang is dus geen aanknopingspunt.

⁴⁰ NnavV, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 10, blz. 25.

⁴¹ Een warrant wordt door een onderneming zelf, of een financieel instituut, uitgegeven en treedt daarbij zelf op als tegenpartij, tegenover een optie waar verschillende marktspelers als partij- en wederpartij optreden in het optiecontract.

⁴² NnavV, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 10, blz. 89.

⁴³ Een vermogensverstrekking met zowel eigenschappen van eigen vermogen als van vreemd vermogen. Internationale kwalificatieverschillen in belastingstelsels kunnen daardoor een verschil in kwalificatie veroorzaken. Gevolg is dat de vermogensverstrekking door een van de contractpartijen als eigen vermogen en door de andere partij als vreemd vermogen wordt beschouwd.

Met deze materiële benadering zijn diverse combinaties van verschillende aandelen en stemrechten denkbaar waar men zou kunnen spreken van belang.⁴⁴ Daarom moet volgens hetzelfde besluit kwantificering plaatsvinden van winst- en stemrechten, om uiteindelijk tot maximaal drie belangen komen waar van verbondenheid gesproken kan worden. In 2011 heeft de Hoge Raad arrest gewezen over verbondenheid.⁴⁵ Dit arrest was strikt toegespitst op de onderhavige casus en daarom geen breed uitstralingseffect. Toch is interessant dat de Hoge Raad overwoog dat een derde deel financieel belang op zichzelf voldoende is om te spreken van verbondenheid. Daaruit volgt dat voor verbondenheid niet ook minimaal een derde van de stemrechten hoeft te worden gehouden. Het stemrecht criterium vervult voorlopig dus een aanvullende rol.

2.3.2 Besmette rechtshandelingen

Het staat de ondernemer in beginsel vrij te kiezen op welke wijze hij zijn activa financiert, maar rente en kosten op schulden aan verbonden lichamen worden in specifieke situaties uitgesloten van aftrek. Die specifieke situaties ontstaan wanneer de lening wordt aangewend voor een ‘besmette’ rechtshandeling. Zowel de belastingplichtige als een verbonden partij kan de besmette rechtshandeling verrichten. Besmette rechtshandelingen zijn in eerste instantie de winstuitdeling en teruggaaf van gestort kapitaal. Art. 10a richt zich dus niet tegen groepsfinancieringen in het algemeen.

In feite betreft het dus de klassieke omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen. Daarnaast is ook de uitbreiding of verwerving van een belang in een verbonden partij een besmette interne transactie, zoals onderstaand weergegeven.⁴⁶

Deze toevoeging van fiscaal vrijgestelde activa in combinatie met een belaste interne schuld, wordt ook wel ‘balansverlenging genoemd’.^{47,48} Het totale vermogen van de belastingplichtige neemt dan toe met het bedrag van het schuldig gebleven kapitaal. De verkrijgingsprijs van het belang wordt verhoogd aan de activazijde. De schuld verhoogt het vreemd vermogen aan passivazijde. Het gevolg is

⁴⁴ In de literatuur gaan stemmen om het belang formeel te benaderen, waarbij wordt aangesloten bij het aandeel in het gestorte kapitaal. Hierdoor zou het Een enge benadering op basis van het formele aandeel in het gestort kapitaal is een alternatief. Dat maakt het belang beter meetbaar (dus zekerder) en maakt de wet uitvoerbaarder. Zie o.a. J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Rotterdam: Proefschrift Erasmus Universiteit, 2006, Hoofdstuk 6: (anti-)winstdrainagebepalingen.

⁴⁵ HR 8 april 2011, nr. 10/00651, *BNB* 2011/156

⁴⁶ In geval van kapitaalstortingen kunnen dit alleen verbonden lichamen zijn.

⁴⁷ Zie O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek (Artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 na ‘Werken aan winst’*, Kluwer, Deventer 2008, onderdeel 8.4.3.

⁴⁸ In de regel zal op de voordelen uit dergelijke belangen de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn. Zie hoofdstuk 3.

dat de belastingplichtige wordt geconfronteerd met een rentelast, waar in de regel geen belaste opbrengst tegenover staat.

Per 2007 is met de ‘Wet werken aan winst’ art. 15ad(oud) deels geïntegreerd in art. 10a. Vanaf dat moment worden ook de verwerving en uitbreiding van een belang in een lichaam dat na deze transactie als verbonden lichaam kwalificeert, als besmet aangemerkt. Daarnaast worden maatschappijen die deel uitmaken van een fiscale eenheid ook als onderling verbonden aangemerkt. De externe acquisitie is daarmee onder het bereik van art. 10a gebracht.

Voorbeeld 3 – externe acquisitie (vanuit belastingplichtige)

Verkrijgingsprijs belang	€ 1.000
(a) schulden aan groepsmaatschappijen	€ 1.000

In wezen zijn op de externe acquisitie dezelfde journaalposten van toepassing als bij de interne balansverlenging. De karakters van de transactie verschillen echter.

2.3.3 Tegenbewijs

Vervolgens is aan de belastingplichtige de gelegenheid aannemelijk te maken dat geen sprake is van een kunstmatige rentestroom (lees: misbruik). *Wattel* omschrijft dit treffend als “*U bent erbij als u onder de tekst van lid 2 valt; u kunt er alleen onderuit als u u met behulp van lid 3 weet te bevrijden.*”⁴⁹ Deze tegenbewijsregeling vormt het zwaartepunt van art. 10a. Tegenbewijs kan geleverd worden door een dubbele zakelijkheidstoets of compenserende heffingstoets.

De dubbele zakelijkheidstoets oordeelt of aan de besmette transactie en de verband houdende schuld op zichzelf in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De Hoge Raad heeft recent geoordeeld dat zakelijkheid van de rechtshandeling nog geen zakelijkheid van de schuld impliceert en vice versa.⁵⁰ Het gaat de wetgever zowel om de motieven als het uiteindelijke resultaat van het samenstel van handelingen.⁵¹ De compenserende heffingstoets bepaalt of bij de crediteur over de rente per saldo een belasting naar de winst wordt geheven die naar Nederlandse maatstaven redelijk is en of die rentebate niet wordt verrekend met verliezen.⁵² De compenserende heffingstoets is geen *safe harbour* bepaling (meer). Wanneer de belastinginspecteur aannemelijk maakt dat de rechtshandeling of financiering overwegend onzakelijk is, wordt niet aan de compenserende heffingstoets voldaan.

⁴⁹ Conclusie A-G *Wattel*, 30 november 2010, nr. 10/00075, onderdeel 8.17, *V-N* 2011/3.19.

⁵⁰ HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, (Belgisch coördinatiecentrum) overweging 4.2.3.1, *V-N* 2013/12.19.

⁵¹ A-G *Wattel* redeneert op eenzelfde wijze als de HR in zijn conclusie van 30 november 2010, nr. 10/00075, onderdeel 9.15, *V-N* 2011/3.19.

⁵² Wat een redelijke heffing is hangt af van de grondslag en het tarief. De wetgever heeft een voormalige ‘safe harbour’ bepaling geschrapt. Deze bepaling vereiste een minimale effectieve druk van 10% op de ontvangen rente. Bij invoering van de huidige regel heft de wetgever zich niet uitgelaten over een specifiek tarief. Wel heeft de HR bepaald dat onder het toenmalige regime voor International Financial Services Companies (CFM’s) ex art. 15b Wet VPB 1969, een heffing van 7% als redelijke beschouwd kan worden, 8 februari 2002, nr. 11/00675 *BNB* 2002/118, overweging 3.10.

Indien de belastingplichtige niet aannemelijk maakt dat de rentebetaling voldoet aan de compenserende heffingstoets of aan de dubbele zakelijkheidstoets, wordt de rente uitgesloten van aftrek. Voor zover een korte toelichting op art. 10a. Hierna ga ik dieper in op twee aspecten van art. 10a die een belangrijke rol spelen binnen mijn onderzoek. Dit zijn de externe acquisitie van een belang en financiering met externe schuld.

2.4 Art. 10a nader beschouwd

De interne schulden aan en interne transacties met verbonden partijen hebben de aandacht van de wetgever. Deze bijzondere onderlinge relaties lenen zich voor fiscaal geïnitieerde ‘opzetjes’. Derde partijen worden geacht hun beslissingen te nemen onder de bedrijfseconomische tucht van de markt. Het betrekken van schulden aan of transacties met derden geeft daarmee een nieuwe dimensie aan antimisbruik-maatregel van art. 10a.

2.4.1 Externe acquisities

De toepassing van het rechtsmiddel *fraus legis* en daarmee de zakelijkheid van externe acquisities is lange tijd onduidelijk geweest. Drie arresten spelen hier een hoofdrol in. Per 1 januari 2007 is met de uitbreiding van art 10a lid 1 onderdeel c ook de externe acquisitie onder de antimisbruikwetgeving gebracht. De externe verwerving of uitbreiding van een belang worden ook als besmette rechtshandeling aangemerkt, omdat deze kunnen worden gefinancierd met een fiscaal geïnitieerde schuld.

HR 27 september 1995, BNB 1996/6

Het eerste arrest zag kortgezegd op een Noorse moedervenootschap welke in 1981 een Nederlandse BV aankocht van derde.⁵³ Deze externe acquisitie werd volledig gefinancierd met lening van een bank. In 1984 kocht de belanghebbende op haar beurt de aandelen in deze Nederlandse BV naar belanghebbende. Belanghebbende bleef de koopsom schuldig aan haar Noorse moeder en vormde een fiscale eenheid met haar geacquireerde dochtervenootschap. Het eindresultaat was dat de rentevergoeding op de schuldigerkenning ten laste van de grondslag van de fiscale eenheid kon worden gebracht. De rechtsvraag die hier voorlag was of voor het bestaan van *fraus legis* deze rechtshandelingen als een geheel of individueel moesten worden gezien. Het Hof oordeelde dat door de interne verhangings heen moest worden gekeken. In die optiek waren de aandelen drie jaar eerder extern aangekocht en uiteindelijk gefinancierd met een (ook zakelijke) externe lening. De zakelijkheid van de rechtshandeling en de lening waren daarmee gegeven. De Hoge Raad beschouwde het ‘tussenschuiven’ van belanghebbende wel als mogelijke vrijdeling van belastingheffing. Omdat de rente uiteindelijk is verschuldigd aan een derde partij werd de schuld alsnog als zakelijk aangemerkt.

⁵³ HR 27 september 1995, nr. 30 400, *BNB* 1996/6.

De wijze van redeneren van Hoge Raad riep de vraag op of toepassing van *fraus legis* ook mogelijk was op de externe acquisitie. Dit leverde in de literatuur een levendige discussie op.⁵⁴ Onder meer *Van Strien*⁵⁵ en *Niekel*⁵⁶ stellen dat *fraus legis* van toepassing kan zijn op een zakelijk gefundeerde rechtshandeling, doordat de financiering in overwegende mate is vormgegeven met het oog op belastingverrijdeling. Ook *Heithuis* meent dat vanuit de verschillende wegenleer ook externe acquisities kunnen bijdragen aan een eindresultaat dat niet zakelijk gemotiveerd kan worden en tot voortdurende belastingverrijdeling leidt.⁵⁷ *Wattel* is daarentegen van mening dat de externe acquisities meer dan een aftrekcreërende functie hebben, omdat zij niet intraconcern plaatsheeft.⁵⁸ Hij houdt vast aan de wezenlijke verandering die plaatsvindt binnen het concern. Verder stelt hij dat *fraus legis* zicht daarentegen zich richt op misbruik binnen dat concern.

HR 17 december 2004, BNB 2005/169

In 2004 bood dit 'Ierse grootmoeder-arrest' meer duidelijkheid over de mogelijke toepassing van *fraus legis* op externe acquisities.⁵⁹ Belanghebbende verricht in deze casuspositie een externe acquisitie in het boekjaar 1993/1994. Deze acquisitie wordt door beide procespartijen als zakelijk verondersteld. De belanghebbende financiert deze acquisitie bij haar Ierse grootmoedervenootschap. De lening was renteloos en daarover werd bij de Ierse grootmoeder dan ook geen rente in aanmerking genomen, maar op basis van het eerdere jurisprudentie mocht belanghebbende een fictieve rente imputeren. De Hoge Raad heeft in deze geoordeeld dat uit een evident zakelijke externe acquisitie volgt dat dit tot een zakelijk gemotiveerd eindresultaat leidt. De zakelijkheid van de financiering hoeft derhalve niet meer te worden getoetst.

Per 1 januari 2007 is met de uitbreiding van art 10a lid 1 onderdeel c ook de externe acquisitie onder de antimisbruikwetgeving gebracht. De externe verwerving of uitbreiding van een belang worden ook als besmette rechtshandeling aangemerkt, omdat deze kunnen worden gefinancierd met een fiscaal geïnitieerde schuld. In het bovenstaande arrest kwam een transactie tot stand tussen twee niet verbonden partijen. De verbondenheid met het verworven belang werd niet getoetst door de Hoge Raad. In art. 10a lid 1 onderdeel c wordt niet getoetst of de vervreemder een verbonden partij is, maar of het *verkregen belang* (na verkrijging) een verbonden partij is. De Hoge Raad toetste in het bovenstaande arrest juist op de verbondenheid tussen koper en verkoper. Deze toets lijkt mij ook meer gepast voor art. 10a lid 1 onderdeel c, omdat juist belastingplichtigen die onderling verbonden zijn juist eerder geneigd zullen zijn tot fiscale opzetjes. De 'koopwaar' zelf heeft geen invloed op het opzetje. Het is dan enigszins opmerkelijk dat transactie dan daar op getoetst wordt.

⁵⁴ Zie voor een selectie Conclusie A-G Overgaauw, 17 december 2004, nr. 39 080, *BNB 2005/169c*, onderdeel 4.15 e.v.

⁵⁵ Destijds in J. van Strien, 'Aspecten van renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting', NOB/LOF serie, Kluwer, 2002. Later heeft hij zijn standpunt enigszins genuanceerd herhaald in J. van Strien, 'Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting', Rotterdam: Proefschrift Erasmus Universiteit, 2006, onderdeel 6.10.2.

⁵⁶ S.F.M. Niekel, 'Fraus legis en renteaftrek in de vennootschapsbelasting', *TFO 2003/169*.

⁵⁷ E.J.W. Heithuis, 'Winstdrainage, externe acquisities en de 'verschillende wegen'-leer', *WFR 1996/573*, onderdeel 4.

⁵⁸ Conclusie A-G Wattel, 26 juni 2003, nr. 38 258, *BNB 2004/142*, onderdeel 5.16.

⁵⁹ HR 17 december 2004, nr. 39 080, *BNB 2005/169*.

HR 1 maart 2013, V-N 2013-12.19

De gebeurtenissen binnen dit recente arrest speelden zich af in de context van een verkoop van belanghebbende en een deel van zijn industriële ondernemingsactiviteiten.⁶⁰ Ten behoeve van het ‘verkoopklaar maken’ van belanghebbende werd middels een aantal rechtshandelingen een portefeuille met consumentenvorderingen van een Belgisch coördinatiecentrum overgedragen aan een Finse groepsvennootschap. De zakelijkheid van het einddoel is daarmee gegeven. Voor dit onderzoek ligt de essentie bij de vraag of de wijze waarop dit ‘lichter maken’ van de te verkopen activiteiten op zakelijke wijze plaatsvindt.⁶¹ Een van deze stappen is dat belanghebbende, de Nederlandse tussenhouder, het debiteurenpakket koopt van een groepsmaatschappij en de koopsom schuldig blijft. Daarna wordt het debiteurenpakket als dividend uitgekeerd aan de Finse moedervenootschap. Deze overdracht wordt uiteindelijk gefinancierd door de Nederlandse belanghebbende.

Het gaat de wetgever zowel om de motieven als het uiteindelijke resultaat van het samenstel van handelingen.⁶² De Hoge Raad heeft daarom geoordeeld dat de zakelijkheid van de rechtshandeling nog geen zakelijkheid van de schuld impliceert en vice versa.⁶³

Evenals is in *BNB 2005/169* dient de dividenduitkering een uiteindelijk zakelijk gefundeerd doel. Maar de wijze waarop het zakelijk gefundeerde doel tot stand wordt gebracht, kan zijn ingegeven door het oogmerk van belastingverrijdeling. In *BNB 2005/169* was de zakelijkheid van de schuld gegeven omdat de externe acquisitie per definitie als zakelijk wordt verondersteld. Deze transactie verliep rechttoe-rechtaan, in de zin dat een externe acquisitie rechtstreeks werd gefinancierd. De financieringsbehoefte was daarmee gegeven.

Onderhavige verkoop van de industriële activiteiten is echter gecompliceerder vormgegeven. De inspecteur heeft aangedragen dat juridische splitsing van het Belgisch coördinatiecentrum ook mogelijk was om de industriële activiteiten verkoopklaar te maken, zonder dat de Nederlandse vennootschap met een financieringslast op te zadelen. De Hoge Raad oordeelt daarom dat de financiering op zodanige wijze is vormgegeven dat hier niet in overwegende mate zakelijke overwegingen aan ten grondslag liggen, maar fiscale motieven de boventoon voeren.

BNB 2005/169 heeft betrekking op een jaar waar nog geen codificatie van *fraus legis* jurisprudentie op van toepassing is, in tegenstelling tot het onderhavige arrest wat toepassing had op art. 10a (oud) zoals

⁶⁰ HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, (Belgisch coördinatiecentrum) *V-N 2013/12.19*.

⁶¹ Daarnaast heeft de Hoge Raad zich gebogen over de vraag of de tegenbewijsregeling van art. 10a (oud) strijdig is met de communautaire vrijheden.

⁶² A-G Wattel redeneert op eenzelfde wijze als de Hoge Raad in zijn conclusie van 30 november 2010, nr. 10/00075, onderdeel 9.15, *V-N 2011/3.19*.

⁶³ *Ibid*, r.o. 4.2.3.1.

dat in 2004 gold.⁶⁴ De *Redactie Vakstudie-Nieuws* is van mening dat dit arrest in het verlengde van *BNB* 2005/169 ligt. Laatstgenoemd arrest heeft zijn betekenis behouden voor gevallen waarin daadwerkelijk een reële financieringsbehoefte bestaat.

2.4.2 Externe schulden

Volgens de letterlijke wettekst vallen alleen schulden (rechtens dan in wel in feite direct of indirect) aan verbonden partijen onder het bereik van art. 10a. Uit parlementaire historie en jurisprudentie volgt dat wanneer formeel extern of feitelijk intern wordt ingeleend, dit genuanceerder ligt.

2.4.2.1 In feite indirect: garantie

De schuld die een belastingplichtige aangaat jegens een niet-verbonden partij (dan wel een derde) zou in eerste instantie niet onder de werking van art. 10a vallen. Dit is anders wanneer de belastingplichtige niet op eigen kracht had kunnen lenen, maar door een verbonden partij in staat wordt gesteld 'een dergelijke lening' voor dit bedrag te ontvangen.⁶⁵ In dat geval ligt er een reële financieringsbehoefte aan ten grondslag.⁶⁶ Hier kan sprake van zijn als een verbonden partij garanties geeft ten gunste van de leencapaciteit van de belastingplichtige.⁶⁷ De belastingplichtige trekt zelf de hoofdsom aan, maar de verbonden partij draagt vanaf dat moment de crediteurrisico's. Materieel is sprake van een indirecte schuld aan een verbonden partij,⁶⁸ gezien deze het debiteurenrisico loopt. De lening is dan partieel besmet voor zover de belastingplichtige meer heeft kunnen lenen dan zonder de garantie.⁶⁹ In de wetsgeschiedenis is als tegenbewijs mogelijk dat de schuld uiteindelijk afkomstig van buiten de groep van verbonden personen en daarmee als een echte derdenlening moet worden beschouwd.^{70,71}

2.4.2.2 Indirect geleend van een derde: parallelle

Andersom is het mogelijk dat de belastingplichtige formeel leent van een verbonden partij, die op zijn beurt het bedrag heeft geleend van een niet-verbonden (dan wel een derde) partij. De schuld valt in eerste instantie onder het bereik van art. 10a. Dit strookt niet met doel en strekking van art. 10a om reële vermogensuitbreiding van het concern onder de aftrekbeperking te brengen. De staatssecretaris heeft daarom goedgekeurd dat wanneer voldoende parallelle bestaat tussen de externe en de interne lening, op basis van de zakelijkheidstoets van lid 3, onderdeel a een beroep kan worden gedaan op de tegenbewijsregeling.⁷² Parallelle in looptijd en aflossingsschema kan duiden op een verband tussen de

⁶⁴ Aantekening bij HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, (Belgisch coördinatiecentrum) *V-N* 2013/12.19.

⁶⁵ NnavV, *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 696, nr. 5, blz. 30.

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem 1 december 2009, nr. 08/00618 en nr. 08/00619, *V-N* 2010/6.26.

⁶⁷ Het betreft de hoofdsom van 'een dergelijke lening', de garantstelling die slechts betere voorwaarden oplevert valt hier volgens de staatssecretaris buiten. NnavV, *Kamerstukken II*, 1995/96, 29696, nr. 8, blz. 18.

⁶⁸ MvA, *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 572, nr. C, blz. 22.

⁶⁹ J. van Strien, Proefschrift 'Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting', Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006.

⁷⁰ MvA, *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 572, nr. C, blz. 23.

⁷¹ Zie O.C.R. Marres, 'Winstdrainage door renteaftrek (Artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 na 'Werken aan winst', Kluwer, Deventer 2008, onderdeel 5.12.5.6.

⁷² Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M, Stcrt. 2013, 8768, onderdeel 4.2.2. In deze casuspositie ontstond de interne schuld 3 jaar later dan de externe schuld.

interne besmette en externe lening.⁷³ Mits zakelijk, zijn verschillen in rentevoet niet relevant. Naast het parallelliebeleid volgt uit jurisprudentie dat wanneer de interestbetalingen aan een verbonden lichaam worden aangewend voor voldoening van interest van een externe lening sprake is van in overwegende mate zakelijke overwegingen.⁷⁴ Recent goedkeurend beleid blijft beperkt tot externe acquisities.⁷⁵ Dit doet er niet aan af dat in de parlementaire geschiedenis parallellie ook als zakelijke overweging wordt aangemerkt bij andere dan externe acquisities.⁷⁶

2.4.2.3 Onzakelijke omleiding

Ten slotte is de ‘onzakelijke omleiding’ van vermogen met een zakelijk doel een aparte figuur. Tijdens de herziening van art. 10a hanteert de staatsecretaris deze term om gevallen waar het vermogen ‘geen logische maar fiscaal ingegeven route’ (omweg) heeft afgelegd als aan te duiden.⁷⁷ Dit voorbeeld ziet op de situatie waarin een externe acquisitie met een interne lening wordt gefinancierd. Een schuld die wordt aangetrokken vanuit een ‘taxhaven’, maar daartoe als eigen vermogen is gestort door een verbonden partij. Deze fiscaal ingegeven route wordt als onzakelijke omleiding aangemerkt.⁷⁸ Ongeacht of de geldverstrekking uiteindelijk van buiten de groep wordt ingeleend, voldoet deze schuld niet aan de zakelijkheidstoets. Recent heeft de staatssecretaris in het nieuwe 10a besluit aangegeven dat onder het begrip ‘onzakelijke omleiding’ meer verstaan moet worden dan in de parlementaire historie is besproken.⁷⁹ Hij stelt dat gevallen waarin een *mismatch* bestaat, door een dispariteit in fiscale kwalificatie van een hybride rechtsvorm dan wel hybride financieringsvorm, ook onder het begrip onzakelijke omleiding vallen. Ook stelt hij dat bij kwalificatieverschillen door een hybride tussenschakel de parallelliteit en dus de vereiste zakelijkheid van de schuld weg neemt.⁸⁰ Besmette leningen zouden op die wijze niet meer kunnen voldoen aan de dubbele zakelijkheidstoets dan wel aan de compenserende heffingstoets, omdat de inspecteur nu het standpunt in kan nemen dat de schuld onzakelijk is.

2.5 Overnameholding

Art. 15ad ziet op de figuur waar onder het regime van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting gebruik wordt gemaakt van een overnameholdingconstructie. Indirect wordt in de bepalingen voor juridische fusie en juridische splitsing van rechtspersonen ook verwezen naar de systematiek van art. 15ad. Hier ga ik in onderdeel 2.9 op in. Door het vormen van een fiscale eenheid kunnen eventuele verliezen horizontaal verrekend worden. De schuldbron van de overnameholding kan dan worden samengevoegd met de winstbron van de dochter.

⁷³ MvT, *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 696, nr. 3, blz. 21.

⁷⁴ HR 27 september 1995, nr. 30 400, *BNB* 1996/6, overweging 3.6.

⁷⁵ *Ibid.* In tegenstelling tot het vorige besluit waar ook andere besmette rechtshandelingen werden goedgekeurd onder het parallelliebeleid, MvA, *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 572, nr. C, blz. 22, onder verwijzing naar Besluit Staatssecretaris van Financiën van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M, onderdeel 2.1.4.

⁷⁶ MvA, *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 572, nr. C, blz. 23.

⁷⁷ Brief van de Minister van Financiën, *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 572, nr. F, blz. 4.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M, *Stcrt.* 2013, 8768, onderdeel 4.2.3.

⁸⁰ *Ibid.*, onderdeel 4.2.2.

Art. 15ad moet grondslaguitholling door excessieve aftrek van rente, specifiek op overnameschulden, voorkomen. In de parlementaire behandeling van deze bepaling werd deze overnameholdingconstructie op treffende wijze omschreven⁸¹:

“Dat is een constructie waarbij bijvoorbeeld een buitenlandse groep (ten minste 95% van) de aandelen in een Nederlandse BV overneemt en daarna verkoopt aan een door de groep opgerichte Nederlandse overnameholding die de koopsom schuldig blijft. Daarna wordt een fiscale eenheid gevormd tussen de overnameholding en de BV. De door de overnameholding betaalde rente over de schuldig gebleven koopsom kan dan binnen de fiscale eenheid worden verrekend met de winst van de bv. Daarmee verdwijnt de winst van de bv (grotendeels) uit de Nederlandse heffingsgrondslag.”

Deze basisfiguur ziet er als volgt uit:

Binnen een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting⁸² kunnen de opbrengsten en kosten van werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij(en) worden geconsolideerd met die van de moedermaatschappij. De overnameholding heeft meestal⁸³ geen andere activiteiten, waardoor geen of onvoldoende baten tegenover de rentelasten van de overnameschuld staan. De overnameholding zou op zichzelf fiscaal verlieslijdend zijn. Door het vormen van de fiscale eenheid worden deze rentelasten van de moeder bij gebrek aan ‘eigen winst’ afgezet tegen de baten van de dochter. In feite werkt dit als horizontale verrekening van verliezen. Onder de ‘eigen winst’ wordt dus Nederlandse winst verstaan die kan worden opgenomen in de belastinggrondslag van de fiscale eenheid. Het kan voor de overnemende groep dus aantrekkelijk zijn om de overname te financieren met een (interne) schuld die

⁸¹ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 14

⁸² Art. 15 Wet VPB 1969.

⁸³ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 98, dit is een aanname van de minister van Financiën, hij onderbouwt zijn standpunt niet.

ongezonde proporties aanneemt. Het gebruik van de regeling strookt op deze manier niet met de doelstelling van de fiscale eenheid. Volgens de wetgever gaat de rente op deze (besmette) overnameschulden op die manier ten koste van de solide opbrengst voor de schatkist.⁸⁴ Om deze ongewenste uitwas van het systeem van de vennootschapsbelasting te neutraliseren, is art. 15ad opnieuw ingevoerd.

2.5.1 Berekeningssystematiek: drie stappen, twee toetsen, één beperking

De maatregel tegen overnameholdings moet voorkomen dat een overgenomen Nederlandse vennootschap door middel van een fiscale eenheid haar eigen overname financiert.⁸⁵ Art. 15ad is daartoe opgebouwd uit drie stappen.⁸⁶ Het eerste onderdeel vormt de toegangspoort tot de aftrekbepaling. Hier wordt getoetst of sprake is van een kwalificerende schuld en bijbehorende rente. Ter aanduiding van deze rente en schuld worden zij overnamerente en overnameschuld genoemd. Het tweede onderdeel bepaalt de ruimte voor renteaftrek binnen de fiscale eenheid en alloceert daarvoor de winsten binnen de fiscale eenheid tussen de moeder- en dochtervennootschap(pen). Op basis van deze winsten en schulden wordt in het derde onderdeel de (excessieve) niet aftrekbare rente vastgesteld.

2.6 Stap 1: art. 15ad lid 1, bepaling overnameschuld

Art. 15ad is uitsluitend van toepassing op overnameschulden binnen een fiscale eenheid. Vanuit de wetssystematiek worden eerst de overnameschulden en bijbehorende overnamerenten bepaald. Het ligt voor de hand⁸⁷ om aan te sluiten bij de oude overnameholdingbepaling zoals deze gold tot 1 januari 2007. Volgens lid 1 van art. 15ad moet sprake zijn van schulden die voortvloeien uit een overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst. Daarnaast moet sprake zijn van causaliteit tussen de rente op de overnameschuld en de verwerving of uitbreiding van een belang. De vennootschap waar dit belang op ziet moet daarna ook deel uitmaken van de fiscale eenheid zijn opgenomen. In zowel in lid 1 als later in lid 5 komt dit naar voren. Lid 1 van art. 15ad omschrijft overnameschulden als volgt:

„schulden die voortvloeien uit een overeenkomst van geldlening of een daarmee vergelijkbare overeenkomst, waarbij rente in aanmerking wordt genomen bij het bepalen van de winst en die rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden met de verwerving of uitbreiding door een maatschappij van een belang in een of meer andere maatschappijen.”

2.6.1 Overeenkomst van geldlening

De overeenkomst van geldlening vormt de basis van de aftrekbepaling. Naar civiele maatstaven is een geldlening een verschijningsvorm van verbruikleen. In Titel 14, Boek 7A:1791 BW is verbruikleen als volgt gedefinieerd:

⁸⁴ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 5.

⁸⁵ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 15.

⁸⁶ Dit stappenplan is ontleend aan de artikelen:

P. Kavelaars, M. Ruijschop en L. Wijtvliet, 'De regeling inzake overnameholdings anno 2012', publicatie van Wetenschappelijk Bureau Deloitte Belastingadviseurs, Rotterdam 2011 en

Q.W.J.C.H. Kok en R.C. de Smit, 'Wijzigingen in de vennootschapsbelasting', *MBB* 2012/01.

⁸⁷ MvA, *Kamerstukken I*, 2011/12, 33 003 nr. D, blz. 9

“verbruiklening is eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zekere hoeveelheid van verbruikbare goederen afgeeft, onder voorwaarde dat de laatstgemelde haar even zoo veel, van gelijke soort en hoedanigheid terug geve.”

In Titel 14, Boek 7A:1793 BW is de verbruiklening als schuld in geld uitgedrukt:

“De schuld, uit leening van geld voortspuitende, bestaat alleen in de geldsom die bij de overeenkomst is uitgedrukt.”

Kortlopende leverancierskredieten, belastingschulden, reserves, voorzieningen en (niet uit de balans blijvende) verplichtingen als verzekerings- en pensioenovereenkomsten kwalificeren niet als geldlening voor toepassing van art. 15ad.⁸⁸

2.6.2 Of een daarmee vergelijkbare overeenkomst

Een met een geldlening vergelijkbare overeenkomst kwalificeert ook als besmette schuld, zolang deze maar verband houdt met verwerving of uitbreiding van een belang in een andere maatschappij. Ondanks het feit dat dit (vooralsnog) niet als zodanig is bevestigd in de parlementaire behandeling, is aan de hand van de overeenkomsten in de geschetste voorbeelden vermoedelijk beoogd dat aan de term ‘geldlening en daarmee vergelijkbare overeenkomst’, dezelfde lading worden toegekend als het identieke begrip zoals dat eerder identiek is opgenomen in art. 10d lid 7 (oud).⁸⁹ Het gaat erom of de overeenkomst in economische zin vergelijkbaar is met een geldlening.⁹⁰ Ondanks zakelijke overwegingen bij aangaan van een huurkoop of financial leaseovereenkomst, is een reden om het rentebestanddeel in de vergoeding op deze vergelijkbare overeenkomsten ook onder bereik van de aftrekbeperking te plaatsen het beperken van planningsmogelijkheden.⁹¹ De rentecomponent van de lease- of huurkooptermijn is uitgesloten van aftrek bij de lessee respectievelijk huurkoper. Tegelijkertijd levert toepassing van de parlementaire toelichting⁹² bij art. 10d (oud) op dat dit bestanddeel bij de lessor c.q. huurverkoper niet beschikbaar is als ontvangen rente bij de berekening van de eigen winst voor toepassing in art. 15ad lid 1.

Evenals in art. 10d Wet VPB 1969 ziet de aftrekbeperking alleen op schulden waarop rente wordt berekend en deze ten laste wordt gebracht van het fiscale resultaat. In het kader van vergelijkbare overeenkomsten is de renteloze lening in beginsel geen overnameschuld, mits deze op zakelijke redenen renteloos is verstrekt. Indien is afgezien van het berekenen van rente op basis van onzakelijke redenen,⁹³ wordt door middel van een informele kapitaalstorting in de kostensfeer deze rente

⁸⁸ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 87.

⁸⁹ Zie M.H.C. Ruijschop, ‘Renteaftrekbeperking overnameholdings’, *TFO* 2012/12.4 en P. Kavelaars, M.H.C. Ruijschop en L.W.D. Wijtvliet, ‘De regeling inzake overnameholdings anno 2012’, Wetenschappelijk Bureau Deloitte Belastingadviseurs B.V.

⁹⁰ NV, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 10, p. 24. Zie ook E. Nijkeuter, *NDFR* Deel Vennootschapsbelasting, Commentaar art. 15ad Wet VPB 1969 Begrenzing renteverrekening.

⁹¹ M.G.H. van der Kroon, ‘Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?’, *NTRF* 2011-614.

⁹² Brief van de staatssecretaris van Financiën, *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 107, nr. 4, blz.18.

⁹³ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 89.

gecorrigeerd om vervolgens alsnog in aanmerking te worden genomen⁹⁴ en te worden getoetst aan de aftrekbeperking van art. 15ad Wet VPB.

De overnameschuld is alleen ‘besmet’ tot de hoogte van de verkrijgingsprijs van het nieuw te verwerven c.q. uit te breiden belang in de gevoegde maatschappij. Voor de berekening van deze verkrijgingsprijs sluit de wetgever aan bij de verkrijgingsprijs van een aanmerkelijk belang ex art. 4.21 Wet IB 2001. De verkrijgingsprijs wordt dus bepaald op basis van de tegenprestatie vermeerderd met de ten laste van de verkrijger gekomen kosten.⁹⁵

2.6.4 De verwerving of uitbreiding van een belang

In de parlementaire behandeling van art. 15ad lid 1 is verduidelijkt wanneer een schuld verband houdt met een acquisitie van een (in de fiscale eenheid) gevoegde maatschappij.⁹⁶ Het moet gaan om een schuld (voortvloeiende uit een overeenkomst van geldlening enz.) die rechtens, dan wel in feite direct of indirect verband houdt met de verwerving of uitbreiding⁹⁷ van een belang in een of meer andere maatschappijen: de overnameschuld. Activa/passiva-transacties als de juridische fusie of juridische splitsing vallen daar niet onder. De omschrijving van de term ‘belang’ is niet exact gedefinieerd bij invoering van art. 15ad. Het is aannemelijk⁹⁸ dat kan worden aangesloten bij het begrip zoals dat reeds wordt gehanteerd in de vennootschapsbelasting.⁹⁹ Hieronder werk ik de termen ‘verwerving’, ‘uitbreiding’ en ‘verband’ verder uit.

De wettekst spreekt zowel over het ‘verwerven’ als het ‘uitbreiden’ van een belang. Onder een verwerving van een belang wordt verstaan het verkrijgen van een dergelijk belang terwijl de belastingplichtige voorafgaand aan het moment van verkrijging geen belang in de dochtermaatschappij bezat. Een belang kan onder andere worden verworven door koop, emissie van aandelen (en met aandelen verband houdende rechten als hierboven beschreven), fusie, splitsing of liquidatie(uitkering). Op moment dat de belastingplichtige reeds een belang in de dochtermaatschappij bezit, kan dit belang op dezelfde wijze als een verwerving worden ‘uitgebreid’.¹⁰⁰

Naar de inzichten van *Ruijschop*¹⁰¹ en *Kok en De Smit*¹⁰² kan zich geen uitbreiding van een belang meer voordoen indien de belastingplichtige reeds 100% van de aandelen in de gevoegde maatschappij

⁹⁴ HR 31 mei 1978, nr. 18.230, *BNB* 1978/252.

⁹⁵ MvA, Kamerstukken I 2011/12, 33 003, D, blz. 10 en 11.

⁹⁶ Zie ook M.H.C. Ruijschop, ‘Renteaftrekbeperking overnameholdings’, *TFO* 2012/12.4 en P. Kavelaars, M.H.C. Ruijschop en L.W.D. Wijtvliet, ‘De regeling inzake overnameholdings anno 2012’, Wetenschappelijk Bureau Deloitte Belastingadviseurs B.V.

⁹⁷ De term uitbreiding van een belang is later toegevoegd bij derde nota van wijziging n.a.v. vragen van de NOB, Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 11, blz. 2.

⁹⁸ Q.W.J.C.H. Kok en R.C. de Smit, ‘Wijzigingen in de vennootschapsbelasting’, *MBB* 2012/01.

⁹⁹ Art. 10a lid 1 onderdeel c.

¹⁰⁰ De term ‘uitbreiding’ is later toegevoegd bij derde nota van wijziging, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 11

¹⁰¹ M.H.C. Ruijschop, Renteaftrekbeperking overnameholdings, *TFO* 2012/120.4

¹⁰² Q.W.J.C.H. Kok en R.C. de Smit, ‘Wijzigingen in de vennootschapsbelasting’, *MBB* 2012/01, blz. 4.

bezit en agio of informeel kapitaal stort, dan wel door middel van een emissie nieuwe aandelen verkrijgt. Een absolute uitbreiding van een belang is daarmee uitgesloten, de wetgever heeft alleen de relatieve uitbreiding van een belang willen bereiken.¹⁰³ Zij onderbouwen deze aanname met het argument dat indien de wetgever ook deze vorm van uitbreiding van een bestaand 100%-belang onder de aftrekbeperking had willen scharen, dit uitdrukkelijker zou zijn aangehaald in wettekst of toelichting. In de memorie van antwoord¹⁰⁴ heeft de staatsecretaris slechts bevestigd dat ‘*indien een moedermaatschappij geld leent en dat stort als informeel kapitaal dat door de dochter wordt gebruikt voor de financiering van haar bedrijfsactiviteiten*’ er geen sprake is van een uitbreiding van een belang. Het oude art. 15ad zonderde ook kapitaalstortingen uit met het oogmerk deze *binnen de fiscale eenheid* aan te wenden voor een onderneming. Ik maak hieruit op dat de wetgever in het geval van deze wijze van financiering onderscheid heeft willen maken tussen specifiek overnames (uitbreidingen en verwervingen) en uitbreiding bedrijfsactiviteiten binnen een lichaam andere dan overnames.¹⁰⁵ Het snijpunt ligt dus bij het oogmerk waarmee deze financiering wordt aangetrokken en vervolgens wordt doorgestort in de dochter.

2.6.5 Verband houden met

De aftrekbeperking sluit aan bij de ‘maatschappij’, waardoor overnameschuld moet zijn aangegaan met het oog op de overname van een andere maatschappij, welke reeds in de fiscale eenheid is gevoegd of nog gevoegd zal worden. De schuld houdt dit predicaat zolang deze blijft bestaan en het overgenomen belang tot de fiscale eenheid blijft behoren.¹⁰⁶

Met de toevoeging van de frase “*rechtens dan wel in feite direct of indirect*”¹⁰⁷ is de tekst van art. 15ad op dit punt in overeenstemming gebracht met die van art. 10a en is van toepassing indien er rechtens dan wel in feite direct of indirect een verband bestaat tussen een groepslening en een bepaalde ‘besmette’ rechtshandeling.¹⁰⁸ In de parlementaire behandeling¹⁰⁹ wordt gesproken in termen van ‘middellijke’ en ‘onmiddellijke’ belangen, maar in de wet moet uit deze (omslachtige) frase moet worden afgelezen dat het zowel onmiddellijk (rechtstreeks) gehouden als middellijke (van bijvoorbeeld een dochtermaatschappij) belangen betreft; direct respectievelijk indirect. Voor schulden die gedeeltelijk zien op middellijk gehouden maatschappijen die niet in de fiscale eenheid zijn opgenomen, vindt geen splitsing plaats in een gevoegd en niet-gevoegd deel; de gehele schuld wordt

¹⁰³ Gezien het feit dat verwerving en uitbreiding van een belang hetzelfde effect sorteren, kan waar ik spreek van verwerving ook uitbreiding worden gelezen, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld.

¹⁰⁴ MvA, Kamerstukken I, 2011/12, 33 003, D, blz. 11.

¹⁰⁵ NnavV, Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 10, blz. 87.

¹⁰⁶ NnavV, Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 10, blz. 24.

¹⁰⁷ Toegevoegd bij vijfde nota van wijziging, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 30, blz. 5.

¹⁰⁸ Zie ook M.H.C. Ruijschop, ‘Renteaftrekbeperking overnameholdings’, *TFO* 2012/12.4 en P. Kavelaars, M.H.C. Ruijschop en L.W.D. Wijtvliet, ‘De regeling inzake overnameholdings anno 2012’, Wetenschappelijk Bureau Deloitte Belastingadviseurs B.V.

¹⁰⁹ MvT, Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 89.

geacht verband te houden met de overname van de onmiddellijk gehouden maatschappij voor toepassing van de aftrekbeperking.¹¹⁰

Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 10a blijkt dat verbanden die na verloop van tijd ontstaan tussen een geldlening en de besmette rechtshandeling, als indirect verband moeten worden beschouwd.¹¹¹ Deze zinsnede is toegevoegd om de ruime interpretatie nog eens te benadrukken. Het gaat hierbij om de materiële werkelijkheid, waarin niet de formele maar de feitelijke gang van zaken het verband bepaalt.¹¹² Bij invoering van de voorlopers van 15ad is uit de memorie van toelichting gebleken dat dit verband naar omstandigheden moet worden bepaald en hierbij (opnieuw) kan worden aangesloten bij art. 10a lid 1 en 2 waar deze terminologie reeds is uitgewerkt. Een schuld is ‘rechtens’ verschuldigd aan de partij die verbintenisrechtelijk optreedt als crediteur en ‘in feite’ ziet op de situatie waarin de belastingplichtige niet de crediteur is, maar feitelijk wel drager is van het crediteurenrisico.¹¹³ Strekking van deze terminologie is dat wordt gekeken naar de materiële werkelijkheid.¹¹⁴

De situatie kan zich voordoen dat er eerst geen verband bestaat tussen een schuld en de overname, maar dat door een wijziging van feiten en omstandigheden dit bewuste verband in een later stadium wel ontstaat.¹¹⁵ De vraag is dus hoe en wanneer een verband ontstaat. Uit de literatuur zijn daarbij drie methoden voortgekomen om vast te stellen of dit verband bestaat: de bedrijfseconomische, de mathematische en de historische methode.

Kort gezegd stelt de bedrijfseconomische methode de financiering van activa vast volgens de objectieve norm van de leer van de financiering zou dienen te financieren en de mathematische methode stelt dat alle activa van de belastingplichtige zijn gefinancierd naar rato van het eigen en vreemd vermogen van de belastingplichtige. De historische methode legt vanuit de feitelijke gang van zaken de relatie tussen de aankoop van het belang en de schuld waarmee deze aankoop is gefinancierd. De oorzaak van de kosten en lasten van de financiering ligt dan in de overname van de dochtermaatschappij.

Volgens *Kok*¹¹⁶ kan voor het vaststellen van de causaliteit in de zin van 15ad (oud) worden aangesloten bij de kostenaftrekbeperking voor de (overname)financiering van deelnemingen uit het

¹¹⁰ NnavV, Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 10, blz. 87.

¹¹¹ Brief van de Minister van Financiën, *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 572, F, blz. 3.

¹¹² MvT, *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 696, nr. 3, blz. 27–28.

¹¹³ MvT, *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 572, nr. 3, blz. 49.

¹¹⁴ MvT, *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 696, nr. 3, blz. 17.

¹¹⁵ MvT, *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 696, nr. 3, blz. 27–28.

¹¹⁶ Q.W.J.C.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, onderdeel 9.3.3.1., Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, Kluwer, Deventer, 1 december 2005.

oude art. 13 lid 1 Wet VPB.¹¹⁷ Zijn argument hiervoor is dat dit toenmalige art. 13 en art. 15ad (oud) eveneens in hoofdlijnen hetzelfde oogmerk bezat: het in aftrek beperken van (onder meer) rentekosten van een overname van een deelneming¹¹⁸, ter voorkoming van uitholling van de Nederlandse grondslag, waarbij de toerekening van bepaalde kosten en lasten van en aan een deelneming afhangen van het verband wat wordt geconstateerd. Dit eerste lid van art. 13 sloot aan bij de historische methode.¹¹⁹ Ook *Daniels* en *De Vries*¹²⁰ leiden uit de woorden “die verband houden met” af dat de historische methode, zoals deze traditioneel wordt gevolgd in de jurisprudentie, ook van toepassing is op art. 15ad en verwijzen daarbij naar het arrest van 21 september 1994.¹²¹ De daaropvolgende vraag is of op moment van overname (statisch) moet worden getoetst of er sprake is van een verband tussen de schuld en de overname hetzij deze toets jaarlijks(dynamisch) moet worden aangelegd. Gezien het feit dat de wettekst aansluit bij een incidentele rechtshandeling, gaat de systematiek uit van statische toetsing.

De belastingplichtige moet aantonen dat sprake is van een lening, waarmee de rentekosten in beginsel aftrekbaar zijn. De inspecteur moet daarop aannemelijk maken dat sprake is van de uitzonderingssituatie ex art. 15ad, waarin een verband bestaat tussen een lening en een verwerving van een maatschappij. De samenhang en het tijdsverloop tussen de verwerving en aantrekken van de lening spelen daarbij een rol.¹²² Art. 15ad vereist niet dat het aantrekken van de financiering en het verwerven van het belang binnen een vastgestelde tijd elkaar opvolgen om een verband te kunnen constateren. Een kort tijdsverloop tussen deze rechtshandelingen kan een aanwijzing zijn voor het aanwezig zijn van een verband¹²³, maar het tijdsverloop op zich is niet voldoende om te constateren dat het verband bestaat. Op basis van de huidige rechtspraak verwachten *Kavelaars*, *Ruijschop* en *Wijtvliet* dat de inspecteur het in dit kader niet gemakkelijk zal hebben.^{124,125} Met name binnen grootschalige ondernemingen weet men, vanwege compliceerde kasstromen en herstructureringen, zelf ook niet altijd nauwkeurig te herleiden welke maatschappij met welke euro gefinancierd is.

¹¹⁷ Art. 13 lid 1 Wet VPB 1969 zoals deze gold tot 1 januari 2004.

¹¹⁸ De deelneming in de zin van art. 13 Wet VPB 1969 is weliswaar een ander subject dan een gevoegde dochtermaatschappij in de zin van art. 15 Wet VPB 1969, maar voor het vaststellen van de causaliteit is het doel van beide bepalingen vergelijkbaar.

¹¹⁹ MvT, *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 696, nr. 3, blz. 27-28.

¹²⁰ A.H.M. Daniels & R.J. de Vries, *Aanstaande overnameholdingwetgeving in de vennootschapsbelasting: waar gaan we met z'n allen naar toe?*, WFR 2011/1322.

¹²¹ HR 21 september 1994, nr. 29 696, BNB 1995/71.

¹²² HR Raad 17 juni 2005, r.o. 3.4, *BNB* 2005/304, over de samenhang van een geldlening met de daaropvolgende verwerving van een belang.

¹²³ ‘Voor zover het tijdsverloop als zodanig relevant is, is een termijn van enige weken in mijn ogen veel te kort om tot afwezigheid van een causaal verband te kunnen concluderen.’ NnavV bij invoering van art. 15 lid 4, een van de voorlopers van het huidige 15ad, *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 696, nr. 5, p. 43.

¹²⁴ Zie ook M.H.C. Ruijschop, ‘Renteaftrekbeperking overnameholdings’, *TFO* 2012/12.4 en P. Kavelaars, M.H.C. Ruijschop en L.W.D. Wijtvliet, ‘De regeling inzake overnameholdings anno 2012’, Wetenschappelijk Bureau Deloitte Belastingadviseurs B.V.

¹²⁵ Zie onder andere HR 17 juni 2005, nr. 40 819, *BNB* 2005/304.

Is eenmaal het verband tussen de financiering en de overname van een andere maatschappij vastgesteld, dan blijft de renteaftrekbeperking van toepassing zolang de overnameschuld bestaat en de overgenomen maatschappij deel blijft uitmaken van de fiscale eenheid.¹²⁶ Het verband eindigt dus met de aflossing van de overnameschuld of met de ontvoering van de overgenomen maatschappij. Of en hoe een schuld in de zin van art. 15ad in zijn kwalificatie als ‘besmet’ of ‘ontsmet’ kan wijzigen ga ik nader in, in hoofdstuk vier.

2.6.6 Eén of meerdere maatschappijen

Indien er sprake is van meerdere overnames in eenzelfde boekjaar, moeten alle geldleningen die verband houden met deze overnames worden samengeteld als één overnameschuld.

In het geval dat er meerdere maatschappijen middellijk worden overgenomen, maar deze niet allemaal worden gevoegd in de fiscale eenheid met de moedermaatschappij c.q. overnameholding, (bijvoorbeeld omdat dit een buitenlandse maatschappij betreft) zal de financiering moeten worden uitgesplitst naar rato van de waarde economisch verkeer van de gevoegde maatschappijen. Het gedeelte van de financiering dat ziet op deze maatschappijen is ‘besmet’ en kwalificeert als overnameschuld. Zoals eerder vermeld maakt 15ad geen onderscheid in het ondernemingsvermogen van de overgenomen maatschappij en haar onderliggende deelnemingen, ongeacht de vraag of deze onderliggende deelnemingen wel of niet gevoegd worden in de fiscale eenheid. Het is dus mogelijk dat financiering die onmiddellijk ziet op de verwerving van een onderliggende buitenlandse deelneming in zijn geheel wordt beperkt in aftrekbaarheid van overnamerente, terwijl de buitenlandse maatschappij niet in de Nederlandse fiscale eenheid gevoegd kan worden en de winsten niet worden uitgehold door de werking van de fiscale eenheid.¹²⁷

Aan de hand van deze eerste stap is vastgesteld welke schulden als overnameschulden in de zin van 15ad, eerste lid, kwalificeren en welke gevoegde maatschappijen moeten worden gekoppeld aan welke overnameschulden. Dit samenstel van overnameschulden en gevoegde maatschappijen dient gedurende het gehele levensduur van de fiscale eenheid in acht te worden genomen. Om dit te monitoren zullen deze schulden en renten extracomptabel moeten worden bijgehouden.¹²⁸

Wetstechnisch dient op later moment pas de zogeheten drempeltoets te worden aangelegd, maar praktisch gezien kan verdere toetsing aan 15ad achterwege blijven indien het totaal aan rente op de overnameschulden niet meer bedraagt dan € 1.000.000 op basis van de safe-harbourregeling van het tweede lid van 15ad. Zie verder 2.8: Stap 3.

¹²⁶ NnavV, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 10, blz. 24.

¹²⁷ Art. 15 lid 3 onderdeel c Wet VPB 1969 stelt als voorwaarde voor het vormen van een fiscale eenheid dat beide maatschappijen in Nederland zijn gevestigd dan wel op basis van de BRK, BRN of verdrag ter voorkoming van dubbele belasting in Nederland worden geacht te zijn gevestigd.

¹²⁸ A.H.M. Daniels & R.J. de Vries, *Aanstaande overnameholdingwetgeving in de vennootschapsbelasting: waar gaan we met z'n allen naar toe?*, *WFR* 2011/1322.

2.7 Stap 2: Winstallocatie, art. 15ad lid 1, slot

Het slot van het eerste lid van 15ad bepaalt de winst waarvan de eerder vastgestelde overnamerente kan worden afgetrokken, globaal, maar niet geheel juist: de ‘eigen winst’;

“bij het bepalen van de in een jaar genoten winst komen slechts in aftrek tot een bedrag gelijk aan de winst van de fiscale eenheid van het jaar berekend zonder toepassing van dit art. maar met inachtneming van het zevende lid, verminderd met het deel van die winst dat toerekenbaar is aan die andere maatschappijen en vermeerderd met de hiervoor bedoelde renten.”

Met andere woorden moet de winst van de gehele fiscale eenheid worden gezuiverd van de winst van overgenomen maatschappijen die met een overnameschuld zijn gefinancierd: besmette overgenomen maatschappijen. Dit is van belang omdat de wetgever met deze overnameholding regeling heeft beoogd om uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag tegen te gaan. Daartoe moet de winst van de besmette overgenomen maatschappij worden geëlimineerd en in dat kader is de overnamerente dus slechts aftrekbaar van de winsten voor zover de rest van de overnemende fiscale eenheid deze zelf genereert. De aftrekbeperking heeft dus alleen effect indien de overnameholding zonder fiscale eenheid na aftrek van rente verlies zou hebben gemaakt. Deze winsten moeten worden gesplitst op voet van art. 15ah Wet VPB, om te voorkomen dat winstgevende activiteiten van de overgenomen maatschappij binnen de fiscale eenheid worden verhangen naar de overnemende maatschappij, waardoor de voor verrekening vatbare ‘eigen winst’ zou worden verhoogd en de stand-alone winsten van de dochters worden verlaagd.¹²⁹ Een uitputtende bespreking van art. 15ah treedt buiten de kaders van deze scriptie, maar in het kort ziet 15ah erop voorschrijven te geven voor het uitsplitsen van de fiscale eenheidswinst. Art. 15ah strekt onder meer tot het bepalen van de stand-alone winst van de gevoegde maatschappijen, op basis van de werkzaamheden en het vermogen van deze maatschappijen, indien er formeel geen fiscale eenheid zou zijn geweest.

In de praktijk zal het niet altijd eenvoudig zijn de winst van de overgenomen besmette maatschappij naar rato toe te rekenen, als de Nederlandse bedrijfsonderdelen na verloop van tijd (op complexe wijze) zijn geïntegreerd in de activiteiten van de moederonderneming of de overgenomen vennootschap is geliquideerd. Zolang de overnameschuld nog niet in zijn geheel is afgelost (hoe gering deze ook relatief is) of de overgenomen maatschappij niet is ontvoegd, blijft art. 15ad van toepassing en zal ook deze winstsplitsing jaarlijks moeten plaatsvinden¹³⁰ en wordt de winst van deze overgenomen maatschappij niet als ‘eigen winst’ van de fiscale eenheid gezien.¹³¹ Ook de winsten van deelnemingen die reeds middellijk worden gehouden door de overgenomen maatschappij, kwalificeren op hun beurt ook niet als ‘eigen winst’ maar als winst van de overgenomen maatschappij zolang de

¹²⁹ Derde NvW, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 11, blz. 5. De verwijzing is opgenomen in 15ah lid 1 Wet VPB 1969.

¹³⁰ MvA, *Kamerstukken I*, 2011/12, 33 003, D, blz. 9.

¹³¹ NnavV, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 10, blz. 87.

overnameschuld van de overgenomen maatschappij bestaat, waarbij voeging van moeder en dochter in de fiscale eenheid niet op hetzelfde moment plaats hoeft te vinden.¹³²

2.7.1 Voor verrekening beschikbare winst

Na de eliminatie van de winsten van de besmette overgenomen maatschappijen, ook wel ‘carve out’ genoemd, wordt dit saldo vermeerderd met de ‘besmette’ overnamerenten die ten laste van het resultaat van de fiscale eenheid zijn gekomen. Dit totaal levert de zuivere ‘eigen’ winst van de overnemende fiscale eenheid die beschikbaar is voor verrekening met overnamerenten. In dit kader wordt *Kavelaars, Ruijschop & Wijtvliet* wordt een door de moeder aan dochter gerekende vergoeding voor verrichting van managementwerkzaamheden, ook tot de eigen winst van de moeder gerekend, gezien dit voortvloeit uit operationele activiteit.¹³³

Naar de letterlijke tekst moet de winst van de fiscale eenheid worden verminderd met de stand-alone winst van de besmette maatschappijen. Voor de berekening van deze stand-alone winst mag deze worden verminderd met de overnamerenten die de betreffende besmette dochtermaatschappij betaalt op overnameschulden die zij zelf is aangegaan. Aangezien het aannemelijk is dat deze dochter operationele activiteiten heeft, kunnen deze overnamerenten worden afgezet tegen haar stand-alone winsten. Dit ligt in lijn met de ratio van de aftrekbeperking, opdat overnamerenten slechts op eigen niveau met de stand-alone operationele winsten kunnen worden verrekend. Deze situatie kan zich voordoen indien deze dochter op haar beurt een andere overname doet en deze met een overnameschuld financiert. Een andere mogelijkheid is dat de dochter een besmette herfinanciering aangaat om de schuld aan de overnameholding af te lossen. De merkwaardigheid treedt op met de systematiek: De ‘eigen winst’ van de overnameholding wordt namelijk indirect berekend door het resultaat van de fiscale eenheid te zuiveren van de stand-alone winsten van de dochters. Hierdoor blijft in geval van een nieuwe schuld(B) op niveau van de dochter de ‘eigen winst’ hoger en tegelijkertijd wordt de stand-alone winst van de besmette dochter gedrukt. Door de dochter(D1) een besmette schuld(B) aan te laten gaan¹³⁴, blijft er meer ‘eigen winst’ beschikbaar voor de fiscale eenheid om de besmette overnamerente tegen af te zetten. Dit werkt hetzelfde uit in geval op niveau van de dochter een nieuwe schuld(B) wordt aangegaan ten behoeve van het cederen of herfinancieren¹³⁵ van de overnameschuld op niveau van de dochter.

¹³² NV, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 10, blz. 87 en 88.

¹³³ Verslag van Voorbereidend Onderzoek van de vaste commissie voor Financiën, *Handelingen II*, 1995/96, 24 696, nr. 4, blz. 11.

¹³⁴ Ervan uitgaande dat deze financiering van een derde partij wordt aangetrokken en derhalve geen renteaftrekbeperking ex art. 10a Wet VPB 1969 van toepassing is.

¹³⁵ De zogeheten debt-pushdown e.d. komen later in deze thesis aan de orde.

In een rekenvoorbeeld werkt dit als volgt uit:

Voorbeeld	schuld	2	herfin.	
Manipulatie eigen winst	bij	schuld 2	bij	herfin.
	 Holding	 bij D1	 Holding	 bij D1
Relevante bedragen				
Operationele winst Holding	0	0	0	0
Overnamerente schuld A	-20	-20	0	0
Overnamerente schuld B	-20	-	-20	-
Stand-alone winst Overnameholding	-40	-20	-20	0
Operationele winst D1	30	30	30	30
Overnamerente schuld B	-	-20	-	-20
Stand-alone winst D1	30	10	30	10
Operationele winst D2	30	30	nvt	nvt
Bepaling van de voor verrekening vatbare winst				
Winst van de fiscale eenheid	20	20	10	10
Af: Stand-alone winst D1	-30	-10	-30	-10
Af: Stand-alone winst D2	-30	-30	nvt	nvt
Bij: overnamerente fiscale eenheid	40	40	20	40
Beschikbaar voor verrekening	0	20	0	40

Uit het voorbeeld blijkt dus dat door gebruik van de indirecte methode de ‘eigen winst’ kan worden gemanipuleerd door met precies dezelfde financiering op een ander niveau van de groep aan te trekken. Wanneer de ‘eigen winst’ op directe wijze bepaald zou worden op basis van beoordeling van de stand-alone activiteiten van de overnameholding, zou hiervoor geen ruimte zijn. De operationele activiteiten van de overnameholding worden dan één op één als basis genomen om de overnamerenten tegen af te zetten en zou niet meer gevoelig zijn voor de route van de rentestromen.

2.7.2 Liquidatie, voeging en ontvoeging

De aftrekbeperking is van toepassing zolang de overnameschuld bestaat en de overgenomen maatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Om zeker te stellen dat de overnameholding-wetgeving niet kan worden ontweken door de overgenomen maatschappij binnen fiscale eenheid te liquideren, is de laatste volzin aan het eerste lid van 15ad toegevoegd¹³⁶. De vereffening van het vermogen van de overgenomen maatschappij wordt geacht niet te hebben plaatsgevonden, waardoor

¹³⁶ Derde NvW, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 11, blz. 5.

bij wijze van fictie de overnameschuld ook na liquidatie de status van overnameschuld blijft behouden. Wat voeging en ontvoeging van de overgenomen maatschappij in en uit een bestaande fiscale eenheid betreft, heeft de aftrekbepanking betrekking op de winst van het gehele boekjaar van de fiscale eenheid en het daarbij behorende gemiddelde eigen en vreemd vermogen van de fiscale eenheid op balansdata.¹³⁷ Omdat de aftrekbepanking zich slechts richt tot overnameschulden op balansdatum, zou dit mogelijkheden bieden tot arbitrage. Hier ga ik verder op door in hoofdstuk 4. Als antimisbruikmaatregel is daarom in de laatste volzin van 15ad lid 6 opgenomen dat tijdelijke mutaties in de overnameschuld, rond het einde van het boekjaar, kunnen worden genegeerd voor zover zij beogen de werking van art. 15ad te ontwijken. De wetgever is hier in de wettekst of toelichting niet nader op in gegaan, dus de term ‘rond het einde’ van het jaar is kennelijk als open norm bedoeld, om het bereik van de antimisbruikbepaling flexibel te houden.

2.8 Stap 3: Teveel aan overnamerente, art. 15ad lid 2 & 3

In het geval de ‘eigen winst’ van de overnemende fiscale eenheid niet toereikend om de overnamerentekosten te absorberen. De derde stap is een gelaagd opgebouwde safe-harbourregeling en bestaat uit twee afzonderlijk toe te passen componenten, welke afzonderlijk van elkaar bepalen of het teveel aan overnamerente daadwerkelijk in aftrek wordt beperkt op basis van 15ad. De eerste component is de drempeltoets, de tweede component is de gezonde financieringsnorm. De laagste van de twee uitkomsten vormt de niet aftrekbare rente voor het betreffende jaar.

2.8.1 Franchise

Het tweede lid en het derde lid, onderdeel a, van 15ad bewerkstelligen samen dat voor een teveel aan overnamerenten welke in een jaar minder bedragen dan de franchise ad €1.000.000, deze rente niet in aftrek beperkt zal worden op basis van 15ad. Ongeacht de mogelijkheid dat de overname in excessieve verhouding is gefinancierd met uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag tot gevolg. De franchise wordt toegepast op het totaal van alle overnamerenten gezamenlijk die in één jaar worden berekend. Bij deze franchise van €1.000.000¹³⁸ kan een overnameholding zonder eigen operationele activiteit(eigen winst) bij een rentepercentage van 5% een bedrag van €20.000.00 aan overnameschulden aangaan zonder dat art. 15ad gevolgen heeft voor de renteaftrekbepanking. De wetgever heeft deze franchise mede op dit bedrag gesteld om het Midden- en Kleinbedrijf te ontzien, de administratieve lasten beperkt te houden en tegelijkertijd voldoende budgettaire opbrengsten uit de regeling te genereren. Vanuit dit oogpunt acht de wetgever de franchise van €1.000.000 optimaal.¹³⁹

2.8.2 Gezonde financieringsnorm

De tweede ‘escape’ van de safe-harbourregeling is de gezonde financieringsnorm.^{140, 141}

¹³⁷ NnavV, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 10, blz. 88.

¹³⁸ In eerste instantie in de Fiscale Agenda, *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 740, nr. 3, blz. 97 aangekondigd als franchise van €500.000. De verdubbeling van de drempel van € 500.000 naar € 1 mln. leidt naar schatting van het kabinet tot een € 5 mln. lagere opbrengst van deze overnameholdingmaatregel, NV, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 10, blz. 21.

¹³⁹ Brief van de Minister van Financiën, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 17, blz. 8.

¹⁴⁰ Art. 15ad lid 3 onderdeel b, Wet VPB 1969.

De wetgever staat hiermee de financiering van overnames met vreemd vermogen toe, zolang deze geen excessieve verhouding aanneemt. Deze norm is transactiegebonden en van een gezonde financiering is sprake indien de overnameschuld in het jaar van de overname niet meer dan 60 % van de overnameprijs bedraagt.^{142, 143, 144} Zeven boekjaren lang dient deze bovengrens met een percentage van 5 % jaarlijks te worden afgebouwd, waardoor effectief moet worden afgelost tot een minimum 25% om recht op renteaftrek te behouden.¹⁴⁵ Na verloop van deze zeven (boek)jaren blijft de aftrekbeperking van toepassing met als gezonde financieringsnorm van 25% en zolang de schuld en de overgenomen maatschappij binnen de fiscale eenheid bestaat, moet winstsplitsing plaats blijven vinden.¹⁴⁶ De overnameschuld en de overnameprijs staan vooraf vast, waardoor de belastingplichtige zekerheid heeft over de maximale overnameschuld en over de jaarlijkse bedragen waarmee hij moet aflossen om buiten bereik van de renteaftrekbeperking te blijven.

Voor de berekening tussen de verhouding van het verkregen belang en de gerelateerde overnameschuld¹⁴⁷ wordt aangesloten bij de verkrijgingsprijs van een aanmerkelijk belang ex art. 4.21 Wet IB 2001¹⁴⁸, want deze wordt bepaald op basis van de tegenprestatie vermeerderd met de ten laste van de verkrijger gekomen kosten¹⁴⁹ en verminderd met een eventuele door de verkoper meegegeven bruidsschat.¹⁵⁰ Het begrip verkrijgingsprijs als gehanteerd in 4.21 IB is een dynamische benadering: door latere kapitaalstortingen wordt de verkrijgingsprijs verhoogd van het aanmerkelijk belang. *Kavelaars, Ruijschop & Wijtvliet*¹⁵¹ vragen zich af of de verkrijgingsprijs als bedoeld in 15ad wellicht volgens de historisch-statische benadering moeten worden vastgesteld, aangezien een financiering die wordt aangewend voor een latere kapitaalstorting in een overgenomen maatschappij niet als overnameschuld kwalificeert en derhalve ook de verkrijgingsprijs van de maatschappij niet verhoogt.¹⁵² Ik ben van mening dat dit niet zo is, gezien het feit dat ondanks de financiering niet als besmette schuld beschouwd wordt, er door middel van de kapitaalstorting wel een bedrag ten behoeve van de overgenomen maatschappij wordt opgeofferd en de verkrijgingsprijs in beginsel moet worden bepaald conform 4.21 IB. Schuld en verkrijgingsprijs zijn mijns inziens twee los van elkaar bewegende begrippen, die alleen aan elkaar gerelateerd worden bij het stellen van de norm. De reden

¹⁴¹ Vijfde Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 30, p. 3.

¹⁴² NV, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 10, blz. 19-20.

¹⁴³ Het oorspronkelijke wetsvoorstel bevatte een financieringstoets waarin de overnemende fiscale eenheid minimaal een ratio tussen eigen vermogen en vreemd vermogen-ratio diende te hebben van 2:1; de thincap-escape toets. Nadeel van de aansluiting bij de vermogensverhouding van de fiscale eenheid was dat in geval van verliessituaties de belastingplichtige onverwacht onder deze ratio zou kunnen duiken en onbedoeld met de renteaftrekbeperking te maken zou kunnen krijgen. De belastingplichtige heeft nu meer zekerheid over de mate aftrekbaarheid van overnamerente.

¹⁴⁴ Het percentage van 60% is mede gebaseerd om dezelfde budgettaire opbrengst te genereren als het oorspronkelijke wetsvoorstel.

¹⁴⁵ Art. 15ad lid 6 Wet VPB 1969.

¹⁴⁶ MvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 33 003, nr. D, blz. 10.

¹⁴⁷ Art. 15ad lid 5.

¹⁴⁸ Hierna: 4.21 Wet IB 2001.

¹⁴⁹ MvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 33 003, D, blz. 10 en 11.

¹⁵⁰ MvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 33 003, D, blz. 12.

¹⁵¹ P. Kavelaars, M. Ruijschop en L. Wijtvliet, 'De regeling inzake overnameholdings anno 2012', *Wetenschappelijk Bureau Deloitte Belastingadviseurs*.

¹⁵² MvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 33 003, D, blz. 10.

dat de wetgever bij wijze van uitzondering de schuld niet het predicaat ‘besmet’ meegeeft, is dat de kapitaalstorting in het specifieke voorbeeld wordt aangewend voor de uitbreiding van activiteiten van de dochter en niet ziet op de uitbreiding van het belang, waar 15ad zich op richt.

De gezonde financieringstoets bedient zich van de zogeheten jaarschijf-benadering.¹⁵³ Alle maatschappijen die binnen een zelfde jaar zijn gevoegd worden geclusterd en de corresponderende overnameschulden worden daaraan gekoppeld.¹⁵⁴ Als dit totaal van overnameschulden lager is dan de bij dat jaar gevoegde maatschappijen geldende financieringsnorm, dan zijn de overgenomen maatschappijen met een gezonde overnameschuld gefinancierd. Wat opvalt, is dat overnames die volledig zijn gefinancierd met eigen vermogen niet worden meegenomen in een jaarcluster omdat een corresponderende overnameschuld ontbreekt. Dit is opmerkelijk, want een excessieve overnamefinanciering kan wel in een ‘gezond’ jaarcluster worden gecombineerd met andere gezonde financieringen, maar niet worden gecombineerd met volledig met eigen vermogen gedane overnames. Het is dus volgens het systeem van de bepaling mogelijk dat in de eerste situatie de excessieve overname opgaat in het gezonde totaal en in de tweede situatie blijft staan als ‘on gezond’ en de rente daadwerkelijk niet aftrekbaar zal zijn. Dit maak ik duidelijk in het onderstaande voorbeeld:

Voorbeeld	Tweede overname met VV	Tweede overname met EV
Jaarclusterbenadering EV versus VV		
Jaarcluster 2012		
Overnameschuld 1, jaar 1	70	70
Overnameschuld 2, jaar 1	10	0
Totaal overnameschulden, jaar 1	80	70
Verkrijgingsprijs D1	100	100
Verkrijgingsprijs D2	150	nvt
Totaal besmette overnames jaarcluster 2012	250	100
Verhouding overnameschuld	32%	70%
Gezonde verhouding overnameschuld, jaar 1	60%	60%
Gedeelte teveel aan overnameschulden	0%	10%
Gedeelte niet aftrekbaar op overnameschulden	0%	10%

¹⁵³ Zie ook: *NDFR* Deel Vennootschapsbelasting, Commentaar art. 15ad Wet VPB 1969 Begrenzing renteverrekening.

¹⁵⁴ MvA, *Kamerstukken I*, 2011/12, nr. D, blz. 13.

Het systeem van 15ad, vijfde lid maakt het binnen een jaar waarin een besmette maatschappij met excessieve schuld is gevoegd dus aantrekkelijk om een volgende overname, waarvoor de ruimte bestaat om deze volledig met eigen vermogen te financieren, toch met een overnameschuld te financieren, hoe klein deze schuld ook is (strikt genomen). Het gevolg is dat de beide schulden en maatschappijen worden geclusterd in dat jaar, en op niveau van het cluster wordt bepaald of deze cluster ‘gezond’ is gefinancierd, waarbij de excessieve schuld samen wordt genomen met de laag gefinancierde tweede maatschappij, wat overall een gezonde ‘mix’ kan doen ontstaan. Het verschilt dus per clusterjaar of rente wel of niet in aftrek wordt beperkt. Tevens moet voor iedere overnameschuld jaarlijks opnieuw worden vastgesteld of deze bovenmatig is, omdat de financieringsnorm gestaffeld wordt afgebouwd en er aflossing op de schuld kan plaats hebben gevonden.

Voor toepassing van de gezonde financieringsratio is het bedrag aan bovenmatige overnamerenten van een (cluster)jaar, het bedrag aan renten dat verhoudingsgewijs toebehoort aan het teveel aan overnameschulden van dat (cluster)jaar. Alle bovenmatige renten per clusterjaar vormen het totaal aan niet aftrekbare rente op basis van de gezonde financieringsratio. De laagste van het teveel aan overnamerenten van de drempeltoets en de gezonde financieringsnorm vormt de niet aftrekbare overnamerente in een jaar.

2.8.3 Niet aftrekbare rente

De overnamerente¹⁵⁵ die van aftrek is uitgesloten in een bepaald jaar, wordt voor onbepaalde tijd doorgeschoven naar volgende jaren, waarin wel voldoende ruimte is aan eigen winst om deze rente in aftrek te brengen.^{156, 157} Op de ‘gestalde’ renten zijn in volgende jaren niet opnieuw de bepalingen van de leden 2 tot en met 6 van toepassing, zodat ze direct ten laste van de eigen winst kunnen worden gebracht, zonder franchise of gezonde financieringstoets. Andersom is het niet zo dat niet benutte aftrekruimte uit een eerder jaar kan worden benut door in een toekomstig jaar een teveel aan overnamerenten terug te wentelen.¹⁵⁸

In een volgend jaar wordt de eigen winst van de fiscale eenheid eerst verminderd met de oude gestalde overnamerente, voordat de overnamerente van dat jaar zelf wordt getoetst aan 15ad.

¹⁵⁵ Dit is inclusief kosten en valutaresultaten.

¹⁵⁶ Art. 15ad lid 8.

¹⁵⁷ Evenals de stand van de overnameschulden dient de niet aftrekbare, gestalde rente extracomptabel worden bijgehouden om de uitvoeringskosten laag te houden. *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 10, blz. 22. In tegenstelling tot verrekenbare verliezen, wordt te stallen rente niet vastgesteld bij voor bezwaar vatbare beschikking, zie ook V-N 2011/45.

¹⁵⁸ Een regeling van dien aard is wel voorgesteld door de NOB, zie *Kamerstukken I*, 2011/12, nr. D, blz. 13. Hier kleefden de bezwaren aan dat er handel in niet benutte ruimte zou kunnen ontstaan en het vaststellen van deze niet benutte ruimte administratieve kosten met zich meebrengt in de uitvoeringsfeer.

Door deze renten te stallen, is de rente dus niet in aftrek beperkt, maar is in feite de aftrek getemporeerd voor onbepaalde tijd. Doordat de rente uiteindelijk wel in aftrek van de ‘eigen’ winst van de overnemende fiscale eenheid kan worden gebracht, blijft de rol van 15ad beperkt tot een liquiditeitseffect.

2.9 Flankerende bepalingen ex 14a lid 12-14 & 14b lid 9-12 Wet VPB

De uitgangssituatie van 15ad ziet op grondslaguitholling door excessieve renteaftrek bij de overnameholding, waarbij schuld en ondernemingswinst met elkaar worden samengebracht door het vormen van een fiscale eenheid. In de kern zit voor de wetgever de pijn in het samengaan van kosten van de overnameschuld met de opbrengsten uit de (gekochte) winstbron van de dochter. Naast het vormen van een fiscale eenheid is deze samenkomst ook te realiseren door het toepassen van een juridische fusie of het afwentelen van de overnameschuld na een juridische splitsing. De voorschriften voor de fiscale eenheid komen in dat geval niet aan de orde, terwijl via de route van juridische fusie of splitsing een vergelijkbare uitkomst kan worden gecreëerd. De staatssecretaris definieert dit als volgt¹⁵⁹: *“Dat is een constructie waarbij bijvoorbeeld een buitenlandse groep een Nederlandse BV overneemt en daarna verkoopt aan een door die groep opgerichte Nederlandse overnameholding die de koopsom schuldig blijft. Vervolgens vindt er een juridische (af)splitsing plaats die ertoe leidt dat de overnameschuld en de onderneming van de overgenomen BV in hetzelfde lichaam worden samengebracht met als gevolg dat de betaalde rente over de schuldig gebleven koopsom kan worden verrekend met de winst van de overgenomen BV.”* Op die manier financiert de overgenomen maatschappij zijn eigen overname. Een vergelijkbare figuur kan worden gecreëerd door via een juridische fusie van overnameholding met de overgenomen maatschappij de schuld en winstbron samen te brengen. Om de inzet van de overnameholdingmaatregel van art. 15ad te flankeren, zijn daarom aanvullende bepalingen opgenomen in de artikelen 14a, leden 12 tot en met 14, respectievelijk art. 14b, leden 9 tot en met 12.¹⁶⁰ Beide artikelen zien op zichzelf op de bepaling en beperking van rente op overnameschulden en verwijzen voor de berekeningssystematiek naar art. 15ad. In dit onderdeel behandel ik de meest in het oog springende kenmerken van art. 14a en 14b.

2.9.1 Juridische splitsing

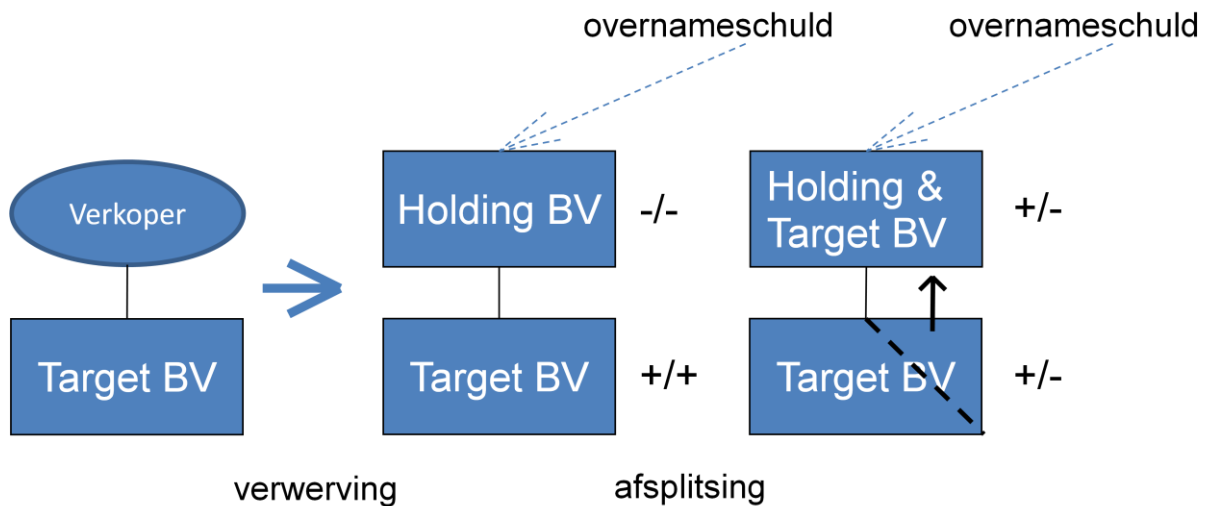
Art. 14a regelt het fiscale gevolg van de juridische splitsing van een lichaam. Dit kan zowel een zuivere splitsing als een afsplitsing zijn.¹⁶¹ In lid 12 is een renteaftrekbeperking opgenomen voor de overnameschuld van de overnameholding, die door juridische splitsing met het vermogen van de overgenomen maatschappij deel is gaan uitmaken van het vermogen van eenzelfde lichaam. Lid 12 gaat uit van de volgende basisfiguur¹⁶²:

¹⁵⁹ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 95.

¹⁶⁰ Hierna te noemen: 14a respectievelijk 14b.

¹⁶¹ 2:334a BW e.v.

¹⁶² Ook een zuivere juridische splitsing is denkbaar.

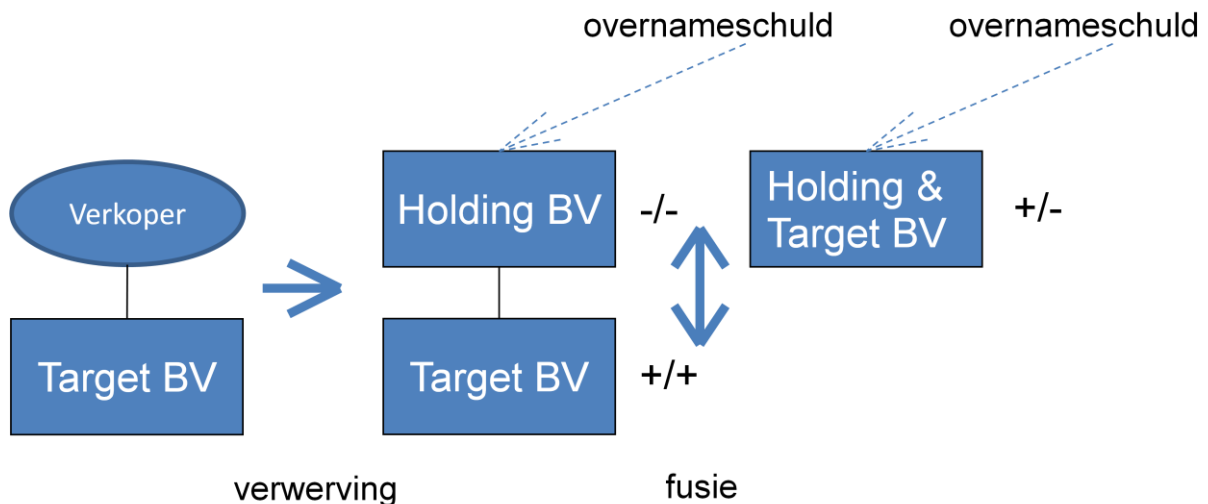


De schuld moet zijn aangegaan ter financiering van de verwerving van het belang in de overgenomen maatschappij. In dat geval treedt er een fictie in werking. De rente op de overnameschuld is dan slechts aftrekbaar tot het bedrag dat de winst van het lichaam dat de schuld heeft opgenomen zou hebben belopen, indien de splitsing niet zou hebben plaatsgevonden. Enigszins merkwaardig is dat door de aansluiting bij 15ad voor de toerekening van deze winsten tussen deze maatschappijen art. 15ah uit het hoofdstuk van de fiscale eenheid gevolgd moet worden. Evenals in art. 15ad is de ratio van 14a (en 14b) dat de rente op de overnameschuld slechts kan worden afgezet tegen de stand-alone winst van de overnameholding. Voor de bepaling van de omvang van de niet aftrekbare rente wordt aangesloten bij de systematiek van art. 15ad.

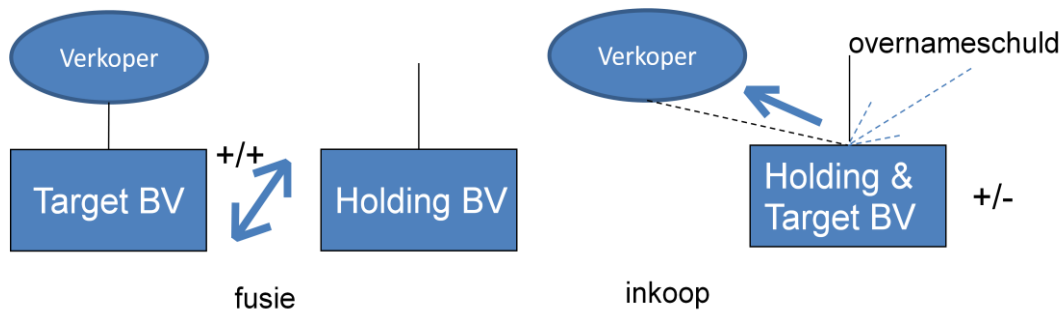
2.9.2 Juridische fusie

De juridische fusie is een transactie van activa/passiva tegen toekenning van aandelen. In art. 14b lid 9 is een aan art. 14a identieke renteaftrekbepaling vastgelegd, bedoeld voor juridische fusies. Door deze fusie gaan overnameschuld en het vermogen (de winstbron) van het overgenomen lichaam deel uit maken van hetzelfde lichaam., zoals in de onderstaande figuur:¹⁶³

¹⁶³ In tegenstelling tot de variant uit de parlementaire toelichting, welke uitgaat van een koop van Target BV door een buitenlandse entiteit, welke de aandelen levert aan een Nederlandse houdster tegen schuldigerkenning.



De tekst van art. 14b lid 9 ziet op een geldlening die door fusie één wordt met het vermogen in de verworven maatschappij. Het is denkbaar dat eerst een fusie van de over te nemen maatschappij met de overnameholding plaatsvindt tegen uitreiking van aandelen aan de verkopende partij¹⁶⁴ en daarna een lening wordt aangegaan voor inkoop¹⁶⁵ van eerder in kader van fusie uitgereikte aandelen van de verkopende partij. Deze geldlening moet in enge zin verband houden met de verwerving van een belang via de fusie. Artikel 14b lid 9 stelt daarmee strengere voorwaarden aan dit verband voor kwalificatie als overnameschuld dan art. 15ad lid 1.¹⁶⁶ De geldlening houdt niet direct verband met de uitreiking van aandelen in kader van de fusie aan verkoper, maar wordt aangewend voor de inkoop van de aandelen. Het gevolg zou zijn dat de rente op de schuld aftrekbaar is, terwijl schuld en winstbron nu onderdeel zijn van eenzelfde lichaam.



Artikel 14b lid 12 sluit daarom ook rente op schulden uit die worden aangewend voor inkoop van aandelen die eerder in het kader van een fusie zijn uitgegeven. Het verband van artikel 14b lid 12 is ook in die zin anders dat het ziet op de aandelen die krachtens fusie zijn toegekend door Target BV aan de oude eigenaar. In tegenstelling tot art. 15ad dat aansluit bij de verwerving van de aandelen(winstbron) die door Holding BV (nieuwe eigenaar) zijn verworven. Inkoop van aandelen die

¹⁶⁴ Aspecten van de faciliteit voor fiscale indeplaatsstreding ex art. 14b lid 2 (zakelijke overwegingen) laat ik buiten beschouwing.

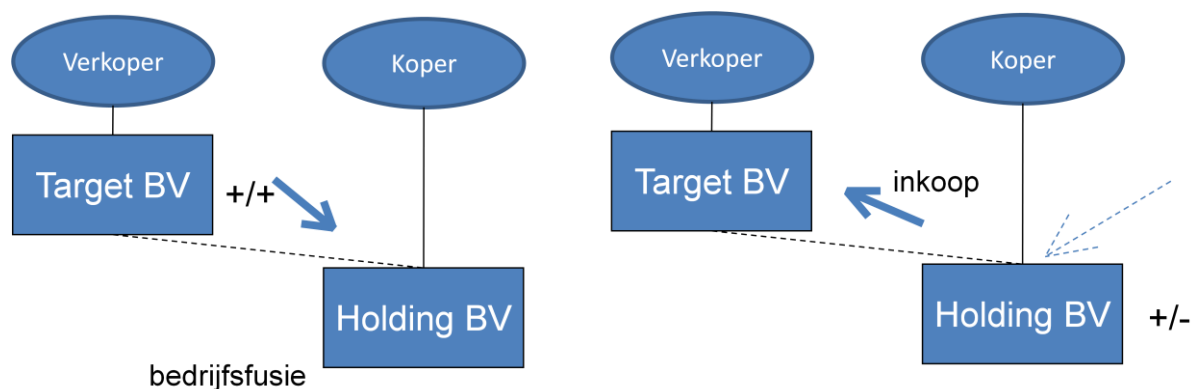
¹⁶⁵ Inkoop van aandelen kan ook gelezen worden als terugbetaling op aandelen.

¹⁶⁶ Het verband in de zin van art. 15ad omvat ook geldleningen welke niet één op één zijn aangegaan ter financiering van een overname, omdat de verruimende frase 'rechtens dan wel in feite direct of indirect' daar (later) is toegevoegd. Zie eerder onderdeel 2.4.4.

met schuld wordt gefinancierd hangt niet per definitie samen met een activa/passiva transactie als juridische fusie/splitsing. De vraag rijst welke factoren bepalen of sprake is van een bedoeld verband tussen de fusie en de inkoop van de in dat kader uitgegeven aandelen.¹⁶⁷

2.9.3 Bedrijfsfusie & rechtstreekse activa/passiva transactie

In plaats van een juridische fusie is het denkbaar dat de target BV zijn onderneming (activa/passiva) inbrengt in Holding BV tegen uitreiking van aandelen in Holding BV. Holding BV trekt vervolgens een lening aan om de aandelen die in het kader van deze bedrijfsfusie zijn verkregen weer in te kopen. Op deze manier wordt een figuur gecreëerd waarbij winstbron (activa/passiva) en de financiering van de overname samen komen in een lichaam. De financiering houdt ook verband met de inkoop van de eerder uitgereikte aandelen.



Er heeft geen juridische fusie/splitsing plaatsgevonden, dan wel een voeging van de overnameholding in een fiscale eenheid. Gevolg is dat op basis van alleen deze rechtshandelingen geen van de renteaftrekbepalingen van 14b of 15ad wordt getriggerd.¹⁶⁸ De rente op de overnamefinanciering kan worden afgezet tegen de winsten van de ingebrachte onderneming en niet slechts tegen de ‘eigen’ winsten¹⁶⁹ van Holding BV. Dat terwijl de renteaftrekbepaling voor overnameholdings is bedoeld voor deze situaties. Ook in de situatie waarin Holding BV vreemd vermogen aantrekt om via koop de activa/passiva van Target BV rechtstreeks te verwerven, kan de winstbron met deze schuld worden samengebracht. Geen van de renteaftrekbepalingen uit 14a lid 12, 14b lid 9 of 15ad lid 1 wordt dan getriggerd.^{170, 171}

2.10 Deelconclusie

In dit hoofdstuk zijn de achtergrond, toedracht en werking van art. 10a en 15ad uiteengezet. Dit moet antwoord geven op de vraag: *Hoe is de huidige behandeling van financiering van externe acquisities vormgegeven?*

¹⁶⁷ Zie onderdeel 2.6.5 ‘Verband houden met’.

¹⁶⁸ P.H.M. Simonis, Renteaftrekbepaling: art. 14a lid 12 t/m 14 en art. 14b lid 9 t/m 11, Wet VPB 1969, *MBB* 2012/6.

¹⁶⁹ Alsof de inbreng niet heeft plaatsgevonden, zoals door art. 15ah wordt berekend.

¹⁷⁰ In tegenstelling tot de eerder benoemde transactievormen, bestaat er voor rechtstreekse koop geen geruisloze doorschuiffaciliteit voor Target BV. Over eventuele stille reserves in de over te dragen onderneming zal door Target BV moeten worden afgerekend.

¹⁷¹ Aangezien de lening wordt aangewend voor inkoop van eigen aandelen als bedoeld in art. 10a lid 1 onderdeel a, zou de corresponderende rente (gedeeltelijk) in aftrek beperkt kunnen worden.

Vennootschapsbelasting wordt geheven van subjecten onafhankelijk van zijn aandeelhouders of groepsverbanden. Het subject heeft ten aanzien van art. 8 juncto 3.8 Wet IB 2001 financieringsvrijheid in de wijze waarop hij een externe acquisitie vormgeeft, het onderscheid in fiscale behandeling van de vergoeding op eigen en vreemd vermogen daarbij in acht nemende. Deze vrijheid reikt echter tot waar sprake is van misbruik van deze wetstoepassing. Misbruik door middel van renteaftrek werd tot 1996 alleen bestreden met rechtspraak. Door middel van het samenbrengen van een schuldenlast met een winstbron kon de Nederlandse grondslag en daarmee effectieve belastingdruk worden verkleind. Het leerstuk van *fraus legis* speelt hierin een belangrijke rol. *Fraus legis* komt in jurisprudentie aan de orde bij een samenstel van rechtshandelingen die geen zakelijk (bedrijfseconomisch) doel dienen. De belastingplichtige beoogt hiermee langdurig en op willekeurige wijze belastingheffing te verijdelen (motiefvereiste) door een oneigenlijke wetstoepassing te bewerkstelligen (normvereiste). In dat geval kan *fraus legis* van toepassing worden verklaard en kan de rente niet ten laste van de winst worden gebracht. Met betrekking tot de financiering moet daarbij worden gedacht aan een kunstmatig opgewekte rentestroom. *Fraus legis* vindt zijn oorsprong in opzetjes in groepsverband. Uit jurisprudentie kan dan ook worden afgeleid dat *fraus legis* in beginsel niet van toepassing kan zijn op transacties (lees: externe acquisities) en financieringen van onafhankelijke derden. Deze externe transacties geven blijk van een reële wijziging in de bedrijfsstructuur dan wel reële vermogensbehoefte in tegenstelling tot de kunstmatigheid van een fiscaal opzetje.

In 1996 heeft de wetgever een selectie van *fraus legis* jurisprudentie gecodificeerd in art. 10a. Alleen rentelasten op groepsleningen vallen onder art. 10a. Deze schulden kunnen kunstmatig worden gecreëerd en door belastingplichtige worden gepresenteerd als rentekosten. Vanuit de groep bezien vormen zij slechts een vestzak-broekzak transactie tussen een hoogbelaste en laagbelaste groepsmaatschappij. Deze kunstmatige renteaftrek holt de Nederlandse grondslag uit en moet uit de totaalwinst worden gezuiverd. De kunstmatigheid beperkt zich tot drie nauwkeurig omschreven besmette rechtshandelingen. Een daarvan is de externe acquisitie, die onder de *fraus legis* jurisprudentie als per definitie zakelijk werd verondersteld. Deze rechtshandelingen en hun financiering worden op causaal-economische wijze en afzonderlijk getoetst op overwegende mate zakelijke overwegingen. Zowel de motieven als de vormgeving moeten gestoeld zijn op zakelijke gronden.

Een andere figuur waarin een schuldenlast wordt samengebracht met een winstbron is de fiscale eenheid, juridische fusie en juridische splitsing. Art. 15ad en zijn flankerende bepalingen moeten voorkomen dat een teveel aan renten op overnameschulden ten laste van de winst van de overgenomen dochtermaatschappij gebracht kan worden. De ratio is dat de overnamerente niet thuis hoort in de

grondslag van de dochtermaatschappij en de overnameholding het teveel aan bovenmatige overnamerente daarom zelf moet kunnen voldoen uit zijn 'eigen winst'.

Het zwaartepunt van art. 15ad ligt in de jaarclusters. Aan de hand van de financiering en de verkrijgingsprijs van de in een jaar gevoegde maatschappijen wordt bepaald of sprake is van een teveel aan overnameschulden. Deze toerekening vindt ook op causaal-economische basis plaats. De norm bedraagt maximaal 60% van de verkrijgingsprijs. Voor zover de overnameschulden binnen een jaarcluster boven deze drempel uitstijgen, wordt is naar rato sprake van een bovenmatige overnamerente. Voor zover de bovenmatige overnamerente niet gedragen kan worden door de eigen winst is sprake van een teveel aan overnamerente. met een franchise van €1.000.000. Deze rente is in het betreffende boekjaar niet aftrekbaar, maar kan onbeperkt in de tijd voortgewenteld worden naar een volgend jaar waarin de overnemende fiscale eenheid wel voldoende eigen winst genereert. Art. 15ad is dus in feite een temporiseringsmaatregel. De overnameholding moet ooit wel voldoende winst maken om deze voortgewentelde rente tegen af te zetten. Het is maar de vraag of die gelegenheid zich ooit nog zal voordoen voor een lichaam dat louter is opgericht als overnamevehikel.

Dit hoofdstuk zag op de problematiek rondom het samenbrengen van een schuldenlast met een winstbron. Het volgende hoofdstuk belicht de andere zijde van de medaille bij externe acquisities: de vrijgestelde voordelen uit deelnemingen tegenover de aftrekbare financiering van deelnemingen.

3. FINANCIERING VAN DEELNEMINGEN

3.1 Inleiding

Het vorige hoofdstuk zag op het samenbrengen van Nederlandse winstbron met een schuldbron van een externe acquisitie. Een ander ‘ongewenst’ effect kan zich voordoen bij de wijze waarop kosten en opbrengsten uit een deelneming worden behandeld. Van een deelneming kan onder meer worden gesproken wanneer een belastingplichtige minstens 5% van het nominaal gestorte kapitaal bezit van een vennootschap waarvan het kapitaal (gedeeltelijk) in aandelen is verdeeld. De wetgever gaat ervan uit dat de dochtervennootschap zelfstandig over haarwinsten wordt belast. Om dubbele belastingheffing te voorkomen, blijven de voordelen die de moedervennootschap uit de deelneming behaalt onder voorwaarden buiten de grondslag van de moedervennootschap. Deze objectvrijstelling is ingericht als gedeeltelijke brutovrijstelling.¹⁷² Onder een brutovrijstelling worden de voordelen uit hoofde van de deelneming vrijgesteld en blijven de daarmee verband houdende kosten aftrekbaar. De belastingplichtige moedervennootschap mag verschuldigde financieringskosten ten laste brengen van haar eventuele overige fiscale winst. Met name binnen groepsverband biedt dit de mogelijkheid om de effectieve belastingdruk van een Nederlandse moedervennootschap te verlagen. Dit kan leiden tot bovenmatige financiering van deelnemingen met alle gevolgen van dien.

3.1.1 Onderzoeksvraag

Art. 13l richt zich op deze grondslaguitholling bij de moedervennootschap. In dit hoofdstuk analyseer ik deze beperking van bovenmatige renteaftrek in deelnemingsverhoudingen. Dit zal ik opnieuw doen aan de hand de probleemstelling: *Hoe is de huidige behandeling van financiering van externe acquisities vormgegeven?* Centraal staan hier de aftrekbare rentelasten ter financiering van de vrijgestelde voordelen uit deelneming.

3.1.2 Opzet

Ter beantwoording hanteer ik dezelfde opzet als in het vorige hoofdstuk. Ik begin met een uiteenzetting van de achtergrond en ratio van art. 13l. Daarna werk ik de systematiek van het bepalen van niet aftrekbare rente op deelnemingsschulden uit. Dit zal ik doen aan de hand van drie stappen. De begrippen ‘verkrijgingsprijs’, ‘uitbreidingsinvestering’ en ‘deelnemingsschuld’ vormen het zwaartepunt van de bepalingen, daarom zal ik daar extra

¹⁷² Ingevolge art. 13 lid 1 vallen kosten ter verkrijging en vervreemding van de deelneming wel onder de vrijstelling.

aandacht aan besteden. Ten slotte kom ik tot een conclusie die later in dit onderzoek in een breder perspectief kan worden geplaatst.

3.2 Pre-Bosal tijdperk

Tot 18 september 2003¹⁷³ bestond een onderscheid tussen binnen en buiten Nederland gevestigde deelnemingen. Op die datum heeft het HvJ EU het arrest inzake *Bosal Holding BV* gewezen.¹⁷⁴ Voor buitenlandse deelnemingen gold een nettovrijstelling. Financieringslasten die verband hielden met een buitenlandse deelneming werden ook vrijgesteld.¹⁷⁵ Deze lasten konden niet in aanmerking worden genomen bij de berekening van de winst. Het HvJ EU oordeelde dat het bezit van een buitenlandse deelneming nadeliger werd behandeld dan het bezit van een binnenlandse deelneming. Derhalve was deze renteaftrekbeperking strijdig met de vrijheid van vestiging ex art. 49 VwEU.¹⁷⁶ Deze strijdigheid (binnen de EU en de EER) kon niet worden gerechtvaardigd met bescherming van de coherentie van het Nederlandse belastingstelsel. Nederland moest zijn deelnemingsvrijstelling aanpassen.

De nettovrijstelling voor buitenlandse deelnemingen is vervallen. Rente op de financiering van een deelneming valt onder de brutovrijstelling. De buitenlandse deelneming is in Nederland niet belastingplichtig over zijn buitenlandse winsten. Daarmee is het zogenoemde Bosal-gat ontstaan.¹⁷⁷ In reactie heeft de wetgever de meer generieke onderkapitalisatiewetgeving (*thincap*) in art. 10d Wet VPB 1969 ingevoerd tezamen met de houdsterverliesregeling in art. 20 lid 4 tot en met 6 Wet VPB 1969.¹⁷⁸ De renteaftrekbeperking voor onderkapitalisatie richtte zich op de schuldratio van een belastingplichtige. De verhouding aan vreemd vermogen ten opzichte van het eigen vermogen vormde het uitgangspunt van de renteaftrek. De uiteindelijke aanwending van de schulden werd buiten beschouwing gelaten.

¹⁷³ Wet van 18 december 2003, *Staatsblad* 2003, nr. 526, blz. 21.

¹⁷⁴ HvJ EU 18 september 2003, nr. C-168/01, *BNB* 2003/344, hierna : Bosal-arrest.

¹⁷⁵ Art. 13 lid 1 (oud), Wet VPB 1969.

¹⁷⁶ Het HvJ EU heeft deze lijn voortgezet in het arrest Keller-Holding, HvJ EU 23 februari 2006, nr. C-471/04, *V-N* 2006/14.17.

¹⁷⁷ In de literatuur bestaat kritiek op zowel de invulling als de vorm van deze enigszins ongelukkig gekozen aanduiding. *Bellingwout* stelt dat geen sprake kan zijn van een 'gat' of 'lek'. De wetgever heeft in zijn streven naar gelijke behandeling van buitenlandse deelnemingen (en een gunstig vestigingsklimaat) voorzien en beoogd alle deelnemingsrente in aftrek toe te staan, zonder dat daar een belaste bate tegenover staat. Daarnaast is ook het budgettaire belang van de aftrek van deelnemingsrente in werkelijkheid kleiner dan gedacht. J.W. Bellingwout, 'Bosal-mania', *WFR* 2011/1008. In dezelfde zin: F.P.J. Snel, 'Waar is het Bosal-gat? Pleidooi voor fact-finding', *WFR* 2012/1104.

¹⁷⁸ Hierna te noemen: art. 10d en art. 20 lid 4-6.

Ondanks de bewuste afweging van de wetgever om ook buitenlandse deelnemingen onder de brutovrijstelling te brengen, bleef het ‘Bosal-gat’ voor onrust zorgen. De gedachte dat sprake was van een ‘lek’ zorgde voor de nodige politieke consternatie.¹⁷⁹ In de zoektocht naar verborgen belastingopbrengsten doen deze bewoordingen het goed in de Tweede Kamer. Daarom is in 2013 het roer opnieuw omgegooid.¹⁸⁰ Door zijn generieke karakter had de art. 10d vooral onbedoelde effecten op het Nederlandse midden- en kleinbedrijf en is inmiddels komen te vervallen.¹⁸¹ Art. 13l is hiervoor in de plaats getreden om het Bosal-‘gat’ gedeeltelijk te dichten. De houdsterverliesregeling bestaat echter nog steeds.

3.3 Beoogde ‘misbruik’ situaties

Art. 13l ziet op de figuur van de Nederlandse moedervennootschap die een lening aantrekt ter verwerving van een belang in een deelneming: deelnemingsschuld. Dit kan zowel een binnenlandse deelneming als een buitenlandse deelneming zijn. Financiering met vreemd vermogen kan in twee situaties leiden tot ongewenste aftrek van rente. Kort gezegd is dit de financiering van deelnemingen die niet bijdragen aan de reële uitbreiding van operationele activiteiten van de groep. In wezen wordt deze groep gevormd door deelnemingen die ter belegging worden gehouden of kapitaalstortingen die geen uitbreiding vormen. De categorie kapitaalstortingen valt buiten het kader van mijn onderzoek. Het gaat daarnaast om deelnemingen die wel een reële uitbreiding vormen, maar agressief zijn gefinancierd. Agressieve kenmerken zijn renteaftrek zonder compenserende heffing in de financieringsketen of een belastingbesparend oogmerk. Daardoor ontstaat een zodanige allocatie van rentelasten dat in de ogen van de wetgever sprake is van onbedoeld gebruik van renteaftrek.¹⁸²

In dat geval is sprake zijn van een bovenmatigheid aan besmette deelnemingsschulden. De wetgever wenst alleen aftrek te verlenen voor zover het eigen vermogen toereikend is. Verondersteld wordt dat de relatieve omvang van de schuld ten opzichte van het eigen vermogen daarmee de proportie van misbruik heeft aangenomen. Het gevolg is dat de Nederlandse winst wordt uitgehold met rente op de financiering.

¹⁷⁹ Bijvoorbeeld: “Voor deze Bosal-profiteurs gaat dit echt pijn doen”, aldus Staatssecretaris van Financiën Jan Kees de Jager, in ‘Renteaftrek voor bedrijven beperkt’, *Het Financieele Dagblad*, 19 juni 2009 en Motie van de leden Bashir en Van Vliet, *Kamerstukken II*, 2010/11, nr. 32 800, nr. 17. Zie voor een tegengeluid J.W. Bellingwout. ‘Bosal-mania’, *WFR* 2011/1008.

¹⁸⁰ Mede gesteund door de behoefte aan budgettaire dekking voor permanente verlaging van de overdrachtsbelasting,

¹⁸¹ R.P. van den Dool & E.J.W. Heithuis, *De fiscale positie van de DGA*, Kluwer: Deventer 2009.

¹⁸² MvT, *kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 5, blz. 12.

3.4 Ratio van art. 13l

Waar art. 15ad renteaftrek alleen ten laste van de eigen winst van de moederverenootschap toestaat, richt art. 13l zich juist op bescherming van de grondslag van de moederverenootschap. Art. 13l kan de renteaftrek die samenhangt met vrijgestelde deelnemingen beperken. De wetgever sluit evenals art. 15ad aan bij de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen waarmee de deelneming is gefinancierd. De wetgever maakt de assumptie dat het eigen vermogen primair wordt gebruikt voor de financiering van deelnemingen.¹⁸³ De gedachte achter deze koppeling zou kunnen zijn dat zolang de belastingplichtige de vergoeding op het (eigen) vermogen waarmee de beleggende deelneming is gefinancierd niet ten laste van de winst kan brengen, het ook geen probleem is dat de opbrengsten uit de deelneming als vergoeding voor eigen vermogen door de belastingplichtige onder de deelnemingsvrijstelling worden genoten. De belastingheffing pakt dan neutraal uit.

Voor zover de financiering van een deelneming boven het eigen vermogen uitstijgt, wordt dit als bovenmatig beschouwd. Bovenmatige aftrek van rente wordt gezien als onbedoeld gebruik wat de proportie van misbruik heeft aangenomen. Dit onbedoelde gebruik van rente moet in aftrek worden beperkt. Een mathematische toets, ‘de rekenregel’, stelt op basis van het eigen vermogen en de verkrijgingsprijs van de deelneming vast of sprake is van bovenmatige financiering met vreemd vermogen. Met name moederverenootschappen met deelnemingen, agressieve schulden en relatief weinig eigen vermogen krijgen te maken met de bepalingen van art. 13l.¹⁸⁴

Het ondernemings- en vestigingsklimaat voor uitbreidingsinvesteringen (vanuit Nederland) in zogenoemde rokende schoorstenen (waar ook ter wereld) wordt ontzien. Daarom sluit art. 13l alleen die renten en kosten uit voor investeringen die geen uitbreiding van reële economische activiteit

¹⁸³ MvT, *kamerstukken II*, 2012/13, 33 287, nr. 3, blz. 13.

¹⁸⁴ MvT, *kamerstukken II*, 2012/13, 33 287, nr. 3, blz. 11.

opleveren.¹⁸⁵ In gevallen van operationele activiteiten kenmerkt het anti-misbruik karakter van art. 131 zich door in drie ongewenste gevallen schulden alsnog als deelnemingsschuld te kwalificeren.

3.5 Berekeningssystematiek: per deelneming, twee uitzonderingen, drie beperkingen

Het eerste lid is de kapstok van aftrekbeperking. Het sluit bovenmatige *renten* en *kosten* ter zake van *geldleningen* die geacht worden verband te houden met de financiering van deelnemingen¹⁸⁶ in beginsel uit.

Art. 131 lid 5 juncto lid 10 zondert vervolgens geoorloofde deelnemingen uit. Hier is onder meer sprake van als de verkrijging van de deelneming ziet op een uitbreiding van een operationele activiteit. Deze deelnemingen worden op hun beurt in het zesde lid weer uitgezonderd, indien de behandeling van de rente op deze financieringen alsnog als ongewenst wordt beschouwd. De besmette deelnemingen zijn daarmee geïdentificeerd.

Art.131 lid 2 bepaalt de bovenmatige deelnemingsschuld aan de hand van een fictieve rekenregel. Uit deze fictie volgt dat het eigen vermogen primair wordt besteed aan de verwerving van deelnemingen. Impliciet gaat de wetgever dus uit van de gedachte dat een onderneming geen financieringen aan mag trekken voor een bedrag dat haar eigen vermogen overstijgt. Doet de betreffende belastingplichtige dit wel, dan is sprake van een bovenmatige deelnemingsschuld.

Het deel van de gemiddelde besmette verkrijgingsprijs dat het gemiddelde eigen vermogen overstijgt, moet volgens die redenering dus zijn gefinancierd met schuld. Deze berekening is gesimplificeerd in de volgende formules weer te geven:

Gemiddelde deelnemingsschuld¹⁸⁷ = gem. verkrijgingsprijs deelnemingen –/– gem. fiscaal eigen vermogen

Bovenmatige deelnemingsrente¹⁸⁸ = $\frac{\text{gem. deelnemingsschuld}}{\text{gem. geldleningen}} \times \text{totale renten en kosten geldleningen}$

Deze schuld is bovenmatig omdat de verkrijgingsprijs van de deelneming niet gedekt kan worden door het eigen vermogen in dat jaar. De corresponderende rente bedraagt de gemiddelde rentevoet die de belastingplichtige op dit deel van de leningen verschuldigd is. Deze bovenmatige rente is in principe niet aftrekbaar, voor zover het de franchise van € 750.000 wel overstijgt.

¹⁸⁵ MvT, *kamerstukken II*, 2012/13, 33 287, nr. 3, blz. 30. De staatsecretaris spreekt over ondernemingsactiviteiten, toepassing van art. 131 leidt er toe dat uitbreiding in houdster- en financieringsmaatschappijen hier niet voor kwalificeren.

¹⁸⁶ Waar art. 15ad spreekt over maatschappijen, gaat het hier om belangen die een deelneming vormen ex art. 13 lid 1 onderdeel a t/m d, Wet VPB 1969 en waarop ook de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. In beginsel kan een aandelenbelang van 5% voldoende zijn. Het treedt buiten de kaders van dit onderzoek hier dieper op in te gaan.

¹⁸⁷ Art. 131 lid 3.

¹⁸⁸ Art. 131 lid 2.

3.6 Stap 1: verkrijgingsprijs deelnemingen, art. 131 lid 5 & 10

De eerste stap is het totale bedrag aan deelnemingen vaststellen die meetellen in de berekening van de deelnemingsschuld. De verkrijgingsprijs van de deelneming en het (fiscale) eigen vermogen zijn daarbij de bepalende elementen van de rekenregel.

3.6.1 Verrijingsprijs deelneming

Het begrip 'verrijingsprijs' wordt op eenzelfde wijze gebruikt in art. 15ad en vindt zijn oorsprong in de aanmerkelijkbelangregeling uit hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001. Kort gezegd vormen de tegenprestatie en de ten laste van de verkrijger gekomen kosten ter verwerving van de deelneming de verkrijgingsprijs. Deze verkrijgingsprijs wordt aangepast bij latere kapitaalstortingen en terugbetalingen.

Het is mogelijk dat de waarderingmethode van belastingplichtige niet van de verkrijgingsprijs van de deelneming uit gaat, terwijl de rekenregel zich wel op de verkrijgingsprijs baseert. De waarderingmethode werkt ook door in het eigen vermogen en de fictieve deelnemingsschulden. Voor toepassing van de rekenregel voorziet lid 4 dan in een correctie van de deelnemingsschuld naar verkrijgingsprijs en een corresponderende correctie van het eigen vermogen. De deelnemingsschuld kan ook nooit meer bedragen dan het werkelijke totaal van de gezamenlijke geldleningen of gezamenlijke verkrijgingsprijzen.¹⁸⁹

3.6.2 Uitzonderde deelnemingen

De wetgever wil het voor het in Nederland gevestigde bedrijfsleven aantrekkelijke vestigingsklimaat en concurrentiepositie behouden.¹⁹⁰ Daarom bevat art. 131 twee uitzonderingen. De eerste vormt de kern van art. 131 en geldt voor uitbreiding van operationele activiteiten. Gezien de complexiteit van deze uitzondering sta ik hier uitgebreid bij stil. De tweede uitzondering bestaat voor oude investeringen die op 1 januari 2006 al bestonden.

3.6.3 Uitzondering 1: Operationele activiteiten, art. 131 lid 5

De verkrijgingsprijs van deelnemingen wordt niet meegenomen in de berekening van de besmette deelnemingsschuld *voor zover* die verkrijgingsprijs ziet op belangen die verworven of uitgebreid zijn als uitbreidingsinvestering. Het nieuwe begrip 'operationele activiteiten' sluit weliswaar aan op de traditionele verlengstukgedachte. Het strookt daarentegen niet met de gangbare term 'ondernemingsactiviteiten', met welke term mogelijk beter zou zijn aangesloten bij zowel in de

¹⁸⁹ Art. 131 lid 3. De deelnemingsschuld wordt daarnaast verminderd met schulden die kwalificeren voor de renteaftrekbeperkingen uit art. 10a of art. 10b Wet VPB 1969. Op deze samenloop ga ik in het volgende hoofdstuk in.

¹⁹⁰ In lijn met advies Topteam Hoofdkantoren, 'Opinie met betrekking tot de fiscale behandeling van deelnemingsrente', 17 juni 2011. Conclusie is dat deelnemingsrente aftrekbaar moet blijven voor een stabiel en aantrekkelijk vestigingsklimaat. Renteaftrek moet wel worden beperkt in gevallen van onbedoeld gebruik dat de proporties van misbruik heeft aangenomen.

rechtspraak reeds ingevulde als in de literatuur gebezigde begrippen.¹⁹¹ Toch heeft de wetgever voor een nieuw begrip gekozen. Deze toets ziet in dit kader niet zozeer op het onderscheid tussen ondernemen en (passief) vermogensbeheer van de dochtervennootschap, maar op de vraag of de operationele activiteiten van de groep worden uitgebreid.¹⁹²

Als eerste voorwaarde is vereist dat sprake is van een uitbreiding van operationele activiteiten van de groep.¹⁹³ Ten tweede geldt een voor zover benadering voor deze activiteitentoets: Via toerekening van wel en niet operationele activiteiten van de deelneming wordt het vrijgestelde deel van de verkrijgingsprijs vastgesteld *voor zover* deze prijs ziet op operationele activiteiten. Uit deze voor zover benadering volgt ook dat door tussenhoudstervennootschappen met operationele (klein)dochtervennootschappen heen wordt gekeken. De centrale vraag is dan in hoeverre de deelneming in de tussenhoudster verband houdt met de operationele activiteiten van de kleindochtervennootschappen.¹⁹⁴ Ten derde geldt de uitzondering alleen indien de uitbreidingsinvestering plaatsvindt op het investeringstijdstip, in de 12 maanden daaraan voorafgaand en in de 12 maanden die daarop volgen.¹⁹⁵

3.6.3.1 *Uitbreidingsinvesteringen*

De (operationele) activiteitentoets is bewust open geformuleerd om de toetsing naar feiten en omstandigheden in te kunnen vullen.¹⁹⁶ Als voorbeeld van operationele activiteiten worden productie, distributie, verkoop en R&D genoemd.¹⁹⁷ Deze reële activiteiten mogen vanuit de groep bezien ook een diversificatie van bestaande activiteiten van de groep zijn.¹⁹⁸ De letter van de wet spreekt alleen over uitbreiding. Uit de parlementaire toelichting volgt dat geen sprake is van een uitbreiding in een operationele dochtervennootschap, wanneer de kapitaalstorting wordt aangewend om verliezen van deze dochtervennootschap aan te zuiveren.¹⁹⁹ Waarschijnlijk doelt de staatssecretaris op de omzetting van een vordering op een dochtervennootschap in eigen vermogen. Formeel vindt een kapitaalstorting plaats, maar deze werkt niet door in de operationele activiteiten van de dochtervennootschap. Aangenomen dat de verliezen ook voortvloeien uit de operationele activiteiten van de dochtervennootschap, kan dit standpunt ook anders uitpakken. Bijvoorbeeld in de situatie van een langlopend R&D project dat tegen het einde van het traject pas rendement op kan leveren. De liquide middelen die de moedervernootschap stort ter aanzuivering van het eigen vermogen worden in die

¹⁹¹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 4, blz. 16. De Raad van State adviseert in het kader van rechtszekerheid aan te sluiten bij het bestaande begrip ondernemingsactiviteit.

¹⁹² NnavV, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. D, blz. 27.

¹⁹³ De groep bestaat uit de belastingplichtige en de met haar verbonden lichamen. Artikel 10a lid 4 Wet VPB 1969 stelt dat vennootschappen middels een (indirect) belang ter grootte van een derde verbonden lichamen zijn. De verworven deelneming hoeft dus niet zelf een verbonden lichaam te zijn van de belastingplichtige.

¹⁹⁴ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 3, blz. 31.

¹⁹⁵ MvA, *Kamerstukken I*, 2011/12, 33 297, nr. D, blz. 29.

¹⁹⁶ MvT, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 3, blz. 30.

¹⁹⁷ MvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 33 287, D, blz. 28.

¹⁹⁸ MvT, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 3, blz. 31.

¹⁹⁹ MvT, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 3, blz. 30.

situatie ook aangewend voor een operationele investering. De doelstelling om het ondernemings- en investeringsklimaat te ontzien geldt in dit geval dus alleen voor goedlopende deelnemingen.²⁰⁰

3.6.3.2 Beleggingsactiviteiten

De tekst van lid 5 ziet op een eenmalige toets op het moment van verwerving of uitbreiding van het belang. Het is denkbaar dat de operationele activiteiten van een deelneming na verwerving worden omgezet in beleggingsactiviteiten. Beleggen kwalificeert namelijk in beginsel niet als een operationele activiteit.²⁰¹ *Van den Berg* betoogt dat in dit geval de deelneming de eerder verkregen uitzonderingspositie op basis van de eenmalige toets kan behouden.²⁰²

Andere belastingplichtigen, voor wie de vraag opkomt of deelnemingen tot hun operationele activiteiten behoren, zijn bijvoorbeeld verzekeraars. Vanuit de aard van hun bedrijfsvoering houden zij grote liquiditeiten en belangen in deelnemingen aan. De parlementaire geschiedenis meldt dat deze deelnemingen slechts worden verworven ter afdekking van verzekeringsverplichtingen en daarmee niet kwalificeren als uitbreiding van de operationele activiteiten van de groep. De functie van de operationele activiteit van de dochtervennootschap is in dit geval niet relevant voor de activiteiten van de groep. Daarom is sprake van een belegging.²⁰³ Als daarentegen de ene verzekeringsgroep de andere verzekeringsgroep overneemt, is volgens de staatssecretaris wel sprake van uitbreiding van de operationele activiteiten van de groep, ook voor zover de aankoopprijs van de overgenomen verzekeraar is toe te rekenen aan de beleggingen van die verzekeraar.²⁰⁴ In dit geval zijn de beleggingen redelijkerwijs noodzakelijk in het kader van de ondernemingsactiviteiten van de overgenomen groep. Volgens deze redenering kan een kapitaalstorting door een verzekeringsgroep in een verzekeringsdochter als operationele uitbreidingsinvestering kwalificeren, wanneer deze groep de gelden enkel direct aanwendt voor een investering in een deelneming ter afdekking van verzekeringsverplichtingen bij de moedervernootschap wel als operationele uitbreidingsinvestering. Bij de dochtervennootschap geldt op haar beurt nog steeds de hoofdregel dat deze deelneming als niet-operationele activiteit kwalificeert. Deze uitkomst is opmerkelijk. Het zou passender zijn indien een (dochter)verzekeraar aannemelijk dient te maken dat haar beleggingsactiviteiten, die *in beginsel* niet operationeel zijn, toch als dusdanig kwalificeren omdat de beleggingen redelijkerwijs noodzakelijk zijn in het kader van zijn ondernemingsactiviteiten.²⁰⁵

²⁰⁰ Zie ook M.J. van der Berg, 'Hoe 13L het Bosal-gat moet dichtten', *V&O* 2012, nummer 10.

²⁰¹ MvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 33 287, D, blz. 27.

²⁰² M.J. van der Berg, 'Hoe 13L het Bosal-gat moet dichtten', *V&O* 2012, nummer 10.

²⁰³ MvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 33 287, D, blz. 27.

²⁰⁴ MvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 33 287, D, blz. 28.

²⁰⁵ Zie ook J.H.A.M. van Helvoirt & F.W.G. Kam, 'Bovenmatige deelnemingsrente', *MBB* 2012/12.

3.6.4 Uitzondering 2: Oude investeringen, art. 13l lid 10

In lid 10 staat de tweede uitzondering voor deelnemingen die al op de balans stonden in een boekjaar dat is aangevangen voor of op 1 januari 2006.²⁰⁶ De belastingplichtige heeft dan de optie om zonder nadere bewijsvoering die deelneming voor 90% van de verkrijgingsprijs als kwalificerende uitbreidingsinvestering aanmerken. Het is dan niet relevant in hoeverre de verkrijgingsprijs feitelijk verband houdt met beleggingen of met kapitaalstortingen in een dochtervennootschap om verliezen aan te zuiveren. De resterende 10% wordt meegenomen als niet operationele activiteit en dus als besmet deel van de verkrijgingsprijs. Dit bespaart historisch onderzoek in hoeverre een deelneming lang geleden als operationele uitbreiding kwalificeerde.²⁰⁷

3.7 Stap 2: uitgezonderde uitzonderingen, art. 13l lid 6

De uitzonderingen in lid 5 en lid 10 voor ‘goede’ deelnemingen toetsen statisch op de operationele functie van de verkrijging binnen de groep. Het zesde lid legt daarentegen een continue toets aan of deze uitbreidingsinvesteringen al dan niet ‘agressief’ gefinancierd zijn. Daarom kunnen de uitzonderingen alsnog vervallen indien sprake is van renteaftrek in drie ongewenste situaties van lid 6:²⁰⁸ Onderdeel a ziet op internationale allocatie van financieringen via hybride entiteiten. Door een verschillende belastinggrondslag kan de rente feitelijk twee keer wordt afgetrokken, de zogeheten ‘double dip’. Onderdeel b ziet aanvullend op gebruik van hybride financieringsvormen aan het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden, waardoor binnen de financieringsketen meervoudige renteaftrek kan ontstaan zonder voldoende compenserende heffing bij de ontvanger. Onderdeel c sluit financieringen van uitbreidingsinvesteringen uit die zijn vormgegeven met het oog op belastingbesparing. Voorafgaand is het belangrijk te vermelden dat deze antimisbruikbepalingen alleen van toepassing zijn indien de geldlening causaal verband houdt met de uitbreiding van een operationele activiteit in een deelneming.

3.7.1 Double dip, art. 13 lid 6 onderdeel a

Onderdeel a van lid 6 ziet op interne leningen. Het moet voorkomen dat deelnemingsrente zowel door de belastingplichtige als door een verbonden lichaam in aftrek kan worden gebracht.²⁰⁹ Dit kan zich voordoen doordat entiteiten in verschillende jurisdicties verschillend behandeld kunnen worden:²¹⁰ De ene jurisdictie beschouwt de entiteit als non-transparant en staat de deelnemingsrente op niveau van deze entiteit in aftrek toe. De andere jurisdictie beschouwt de entiteit als transparant en staat de deelnemingsrente op niveau van de achterliggende participanten in aftrek toe. Door deze behandeling

²⁰⁶ Voor boekjaar 2006 dat gelijk is aan het kalenderjaar, is de peildatum dus 31 december 2006.

²⁰⁷ NvW, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 11, blz. 7.

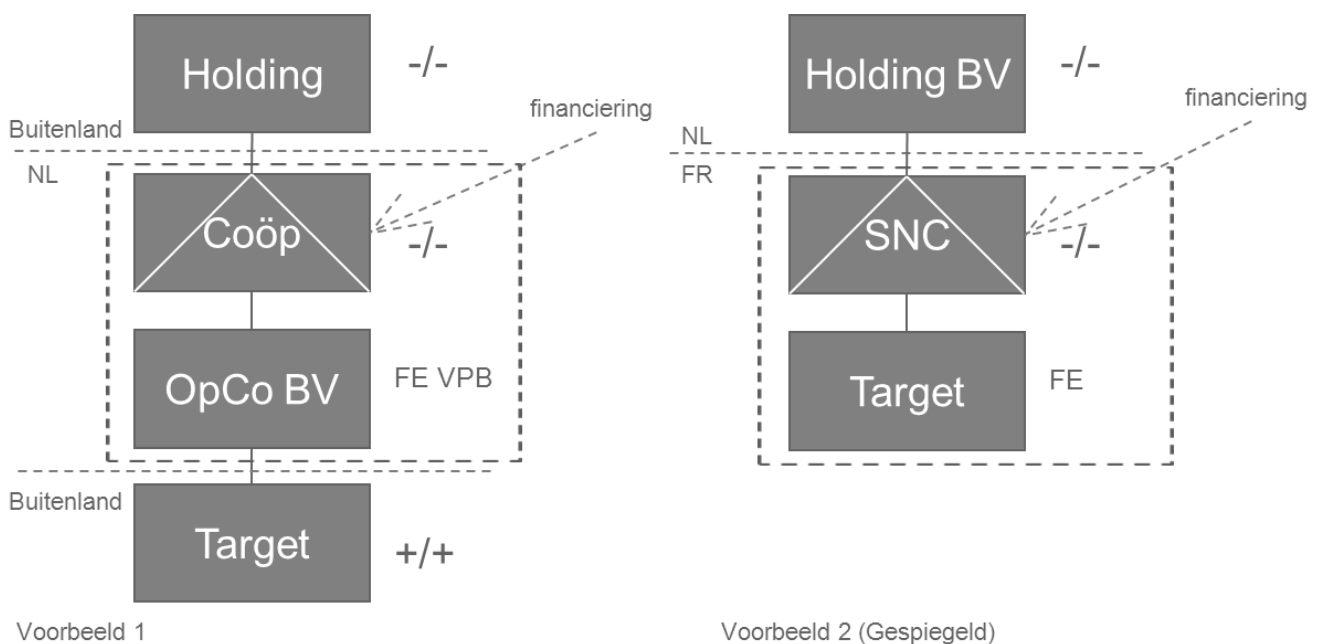
²⁰⁸ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 3, blz. 33.

²⁰⁹ MvA *Kamerstukken I*, 2011/12, 33 287, nr. D, blz. 21. Als de rente normaal gesproken aftrekbaar is van de winst van dat verbonden lichaam, maar dit lichaam ervoor kiest af te zien van aftrek, blijft lid 6, onderdeel a van toepassing.

²¹⁰ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 3, blz. 34.

op verschillende niveaus zou de verschuldigde rente in beide jurisdicties ten laste van de winst kunnen worden gebracht. De parlementaire historie geeft daarvan het volgende voorbeeld:

“(..) De coöperatie trekt een banklening aan ter financiering van de overname. In Nederland is de coöperatie een zelfstandig belastingplichtige entiteit, die deel uitmaakt van een fiscale eenheid. Daardoor komt dezelfde rentelast ook in Nederland in aftrek bij de fiscale eenheid. De coöperatie wordt in het buitenland voor fiscale doeleinden als transparant behandeld. Omdat de coöperatie naar buitenlandse maatstaven transparant is, komt de rente op de lening ook in aftrek bij de holding.”



In spiegelbeeld kan zich een vergelijkbaar effect voordoen (voorbeeld 2). In dat geval is het buitenlandse samenwerkingsverband naar Nederlandse maatstaven transparant en worden de rentelasten in de Nederlandse grondslag opgenomen. De andere jurisdictie ziet een zelfstandig belastingplichtig samenwerkingsverband en neemt de rentelasten eveneens mee in de berekening van zijn heffingsgrondslag. Onderdeel a van lid 6 laat daarom de bepaling van de deelnemingsschuld mede afhangen van de vraag of de verschuldigde rente en kosten ook door een verbonden (hybride) lichaam in aftrek kunnen worden gebracht. In dat geval blijft de verkrijgingsprijs van een uitbreidingsinvestering niet buiten aanmerking bij de bepaling van de deelnemingsschuld. Nederland laat daarmee de aftrekbaarheid van de rente en kosten afhangen van de fiscale behandeling van rente (in de andere jurisdictie) van de het hybride lichaam.

Voor toepassing van lid 6, onderdeel a moet tussen de schuld aan het verbonden hybride lichaam en de deelneming dus een causaal verband bestaan, wil de uitbreidingsinvestering alsnog meegenomen worden in de rekenregel van de deelnemingsschuld. De verband houdende rente en kosten kunnen

daarmee onder de aftrekbeperking worden gebracht. Later in dit hoofdstuk zal blijken dat dit mede af hangt van de vraag of de verhouding tussen deelnemingen en deelnemingsschuld ook bovenmatig is.

3.7.2 Hybride financiering, art. 13 lid 6 onderdeel b

Lid 6, onderdeel b ziet ook op interne financieringsstromen. De antimisbruikbepaling ziet op rente en kosten die ook elders aftrekbaar zijn, zonder dat dit bij de deelneming of een verbonden lichaam als ontvanger leidt tot een adequate heffing over deze vergoeding. Het verschil met de antimisbruikbepaling van onderdeel a is dat deze ziet op dezelfde verschuldigde rentelast die in aftrek wordt gebracht bij twee verschillende verbonden lichamen. Deze bepaling in onderdeel b ziet op een ‘keten van financieringshandelingen’.²¹¹ Het gaat dus niet om dezelfde rentelast die wordt getoetst maar om de beoordeling van een samenhangende hybride vermogensverstrekking²¹² die tegenover de financiering van de deelneming staat. Een vermogensverstrekking kan zowel een lening, kapitaalstorting als een octrooi zijn.²¹³ Indien de vergoeding op de samenhangende vermogensverstrekking bij de schuldenaar in aftrek kan worden gebracht, wordt de fiscale behandeling van de vergoeding op deze samenhangende vermogensverstrekking getoetst door lid 6, onderdeel b. Bij de verstrekker moet over de vergoeding per saldo een belasting naar de winst worden geheven en deze belasting moet naar Nederlandse maatstaven redelijk zijn. Met ‘per saldo’ wordt bedoeld dat moet worden gekeken naar het lichaam dat de vergoeding in aftrek brengt in relatie tot het lichaam dat de vergoeding ontvangt. Voor wat een redelijke heffing is wordt verwezen naar art. 10a lid 3 onderdeel b. Volgens deze wettekst is de compenserende heffing redelijk, indien deze resulteert in een belasting over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde winst naar een tarief van ten minste 10%.²¹⁴ Indien de samenhangende geldverstrekking dus niet voldoet aan deze vereisten van lid 6, onderdeel b, dan wordt financiering van deelneming als ‘agressief’ gezien. Voor zover de verkrijgingsprijs van de deelneming als een uitbreidingsinvestering kwalificeerde, telt dit deel van de verkrijgingsprijs alsnog mee in de berekening van de deelnemingsschuld.

De slotzin van het zesde lid bevat een tegenbewijsregeling. De belastingplichtige die aannemelijk maakt dat de samenhangende geldverstrekking is in overwegende mate is ingegeven door zakelijke overwegingen valt buiten de reikwijdte van deze antimisbruikbepaling.

In tegenstelling tot art. 10a lid 3 onderdeel b biedt de wettekst de inspecteur niet de mogelijkheid aannemelijk te maken dat deze vormgeving niet in overwegende mate is ingegeven door zakelijke

²¹¹ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 387, nr. 3, blz. 29.

²¹² Zie voor het begrip ‘hybride lening’ hoofdstuk 2, onderdeel 2.5.4.

²¹³ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 387, nr. 3, blz. 34.

²¹⁴ Op welke wijze deze grondslag en tarief exact bepaalt dient te worden treedt buiten het kader van dit onderzoek. Wel is het vermeldenswaardig dat de Hoge Raad op 8 februari 2002, zaak 36 358, *BNB* 2002-118 heeft geoordeeld over een financieringsmaatschappij die feitelijk werd belast naar een tarief van 7%. Deze 7% kon als een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing gezien worden. Ten tijde van het arrest gold een bijzonder regime voor in Nederland gevestigde concernfinancieringsmaatschappijen.

overwegingen. Daarnaast moet hij ook aannemelijk maken dat de over de vergoeding van de samenhangende geldverstrekking een winstbelasting wordt geheven, maar deze hoeft niet te voldoen aan de compenserende heffingstoets. Art. 131 lid 6 onderdeel c biedt daarentegen wel aanknopingspunten voor een inspecteur, gezien de ruim geformuleerde oogmerktoets.

3.7.3 Oogmerktoets, art. 13 lid 6, onderdeel c

In onderdeel c heeft de wetgever deze meer generieke antimisbruikbepaling opgenomen die los staat van een specifieke (externe) financiering. Het is denkbaar dat een belastingplichtige een uitbreidingsinvestering in een deelneming doet met slechts het oogmerk aftrek van deelnemingsrente onder de investeringsuitzondering te laten vallen. De belastingplichtige die dat zonder renteaftrek niet gedaan zou hebben, houdt geen recht op toepassing van de uitbreidingsinvesteringsuitzondering. De verkrijgingsprijs van de deelneming wordt in zoverre meegenomen in de mathematische toets. Niet aftrekbare deelnemingsrente verhoogt de economische kosten en beïnvloedt daarmee de investeringsbeslissing. Volgens de letterlijke tekst zouden veel uitbreidingsinvesteringen onder deze antimisbruikbepaling kunnen vallen. De parlementaire toelichting stelt dat de oogmerktoets genuanceerder toegepast moet worden.²¹⁵ Naast renteaftrek moeten voldoende andere redenen bestaan om de deelneming te verwerven.

Een van die redenen kan zijn dat belastingplichtige een aansturende functie vervult ten aanzien van de deelneming. Deze aansturende functie uit zich bijvoorbeeld in een beslissende rol in de acquisitie. Daarnaast kan dit spelen in het bepalen van de strategie en het beleid van het deel van het concern waartoe de deelneming behoort.²¹⁶ Buiten renteaftrek kunnen ook fiscale motieven als het Nederlandse verdragennetwerk en deelnemingsvrijstelling tot andere redenen worden gerekend.²¹⁷ Ondanks deze voorbeelden blijft de norm voor de oogmerktoets vaag. De parlementaire interpretatie van de oogmerktoets zoals die in de parlementaire geschiedenis is ontwikkeld, werkt wel genuanceerder uit voor situaties waar geen sprake is van misbruik, maar de discrepantie die dat weer oproept met de wettekst komt de rechtszekerheid niet ten goede.²¹⁸ Ook *Marres* is van mening dat een oogmerktoets alleen geoorloofd is als de ratio achter een bepaling helder is.²¹⁹

3.8 Stap 3: bovenmatige deelnemingsrente, art. 131 lid 2 & 3

Aan het einde van de tweede stap is duidelijk welke deelnemingen voor welk bedrag meetellen bij de berekening van de deelnemingsschuld. Ook is het eigen vermogen gecorrigeerd voor een afwijkende

²¹⁵ MvA, *Kamerstukken I*, 2011/12, 33 287, nr. D, blz. 23.

²¹⁶ NnavV, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 7, blz.. 31. De aansturende functie wordt later gelijkgesteld aan de hoofdkantoorfunctie in MvA, *Kamerstukken I*, 2011/12, 33 287, nr. D, blz. 23.

²¹⁷ MvA, *Kamerstukken I*, 2011/12, 33 287, nr. D, blz. 23.

²¹⁸ J. van Strien, 'Nieuwe aftrekbeperking deelnemingsrente onduidelijk en onuitvoerbaar', <http://taxlive.nl/-/nieuwe-aftrekbeperking-deelnemingsrente-onduidelijk-en-onuitvoerbaar>, Kluwer, 25 februari 2013.

²¹⁹ O.C.R. Marres, 'Het gat gedicht', *NTFR* 2012/1682.

waarderingmethode van de deelnemingen.²²⁰ De derde stap ziet op de berekening van de bovenmatige schuld en corresponderende rente. De rekenregel van art. 131 lid 3 baseert de gemiddelde deelnemingsschuld op basis van de gemiddelde waarde van de geïdentificeerde deelnemingen en het gemiddelde bedrag aan eigen vermogen in een jaar.

Gemiddelde deelnemingsschuld²²¹ = gem. verkrijgingsprijs deelnemingen – / – gem. fiscaal eigen vermogen

Bij de gemiddelden wordt uitgegaan van de fiscale begin- en eindbalans van het betreffende boekjaar. Evenals rondom de peildata van art. 15ad, worden tijdelijke mutaties genegeerd. Een voorbeeld daarvan zou een tijdelijke verhangings van een deelneming kunnen zijn. Op basis van deze mathematische benadering van vreemd vermogen wordt bepaald of een verband geacht wordt te bestaan tussen de financiering en de deelneming. Het werkelijke verband tussen de deelneming en vreemd vermogen is daarom niet relevant. Ook voor art. 131 geldt dat de term ‘geldlening’ ruim kan worden geïnterpreteerd. Transacties die zowel civielrechtelijk als economisch op een lijn liggen met de geldlening vallen hier dan ook onder. Rente en kosten ter zake van het afdekkingsinstrumenten voor renterisico’s op geldleningen of van valutarisico’s op rente worden ook uitgesloten.²²²

Wanneer de gemiddelde verkrijgingsprijs van de gekwalificeerde deelnemingen vaststaat, kan hierop het gemiddelde eigen vermogen op in mindering worden gebracht. Het saldo bedraagt de mathematisch benaderde deelnemingsschuld. De rekenregel gaat er van uit dat de deelnemingen primair met eigen vermogen worden gefinancierd. Voor het gedeelte dat de waarde van de deelnemingen het eigen vermogen overstijgen, worden deze geacht met een schuld te zijn gefinancierd: de bovenmatige deelnemingsschuld. Deze (fictieve) deelnemingsschuld kan daarom nooit meer bedragen dan het totale bedrag aan geldleningen of deelnemingen. De beperking voor het totaal aan deelnemingen speelt wanneer de belastingplichtige een negatief eigen vermogen heeft. De deelnemingsschuld wordt op die manier niet negatief. De beperking aan geldleningen houdt de voorzieningen en belastingschulden buiten het begrip deelnemingsschuld. Ook schulden waarop de renteaftrekbeperking van art. 10a of art. 10b Wet VPB 1969 van toepassing is blijven buiten beschouwing.

3.8.1 Bovenmatige deelnemingsrente

De laatste stap is het bepalen van het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente. Naast de deelnemingsschuld zijn het totale bedrag aan geldleningen en de daarmee samenhangende renten en kosten van belang. Ook de deelnemingsrente wordt op mathematische wijze bepaald.

²²⁰ Zie onderdeel 3.5.1.

²²¹ Art. 131 lid 3.

²²² Zie onderdeel 2.5.3. Wat de interpretatie van rente en kosten betreft, zijn de rollen omgedraaid; art. 15ad is op dit punt op een lijn gezet met art. 131.

Deelnemingsrente is het deel van de in een jaar verschuldigde rente, dat evenredig is aan de gemiddelde deelnemingsschuld in verhouding tot het totale bedrag aan geldleningen.

Bovenmatige deelnemingsrente²²³ = $\frac{\text{gem. deelnemingsschuld}}{\text{gem. geldleningen}} \times \text{totale renten en kosten geldleningen}$

Renten en kosten die samenhangen met schulden die niet als geldlening kwalificeren vallen ook niet onder het totaal aan renten en kosten.

3.8.2 Actieve financieringsactiviteiten

De systematiek van art. 131 neemt het totaal aan geldleningen aan de passiefzijde als uitgangspunt. Als gevolg van deze mathematische methode wordt geen rekening gehouden met actiefposten als vorderingen die daar tegenover staan.²²⁴ Groepsfinancieringsmaatschappijen en cashpools²²⁵ bezitten in de regel een grote omvang aan verschuldigde leningen en rente. In plaats van deelnemingen staan hier uitstaande vorderingen tegenover de schulden. Zij zouden volgens de systematiek van art. 131 worden getroffen in de berekening van bovenmatige deelnemingsrente. Art. 131 lid 9 maakt daarom een uitzondering.²²⁶ Geldleningen die een causaal verband hebben met vorderingen in het kader van *actieve financieringsactiviteiten*²²⁷ binnen het concern²²⁸, blijven buiten aanmerking. Zij komen in mindering op de noemer(geldleningen) in de breuk ter berekening van de bovenmatige deelnemingsrente. Het effect is dat de gemiddelde rentevoet niet wordt beïnvloed door de rentevoet op geldleningen uit actieve financieringsactiviteiten. Ook de daarmee verband houdende rente wordt niet meegenomen in het totaal van rente en kosten aan geldleningen.

Het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente is niet aftrekbaar voor zover dat de franchise van 750.000 te boven gaat. Voor deze rente geldt geen stallingsregeling als in art. 15ad en de rente is daarmee definitief niet aftrekbaar.

²²³ Art. 131 lid 2.

²²⁴ De generieke thincap regeling van art. 10d paste wel een zodanige salderingswijze toe. De wetgever gaf als overweging dat het eigen vermogen al preferent wordt toegerekend aan de verkrijgingsprijs van deelnemingen. Saldering zou art. 131 ook manipuleerbaar maken en complexer. A.J. van Ramele, *NDFR Deel Vennootschapsbelasting*, commentaar bij art. 131 lid 2.

²²⁵ Bij cash pooling leent een financieringslichaam tijdelijk overtollige liquiditeiten van groepsmaatschappijen binnen concern, waarna een deel van die liquiditeiten wordt uitgezet bij verbonden lichamen die krediet nodig hebben en een deel bij de bank tegen gunstiger voorwaarden dan wanneer iedere dochter haar overtollige liquiditeiten apart op een bankrekening zou zetten. Voorwaarden zijn dat in een schriftelijke overeenkomst wordt neergelegd hoe de financieringsstromen lopen en hoe wordt omgegaan met de voordelen die met het cash poolen worden behaald. Brief van de staatssecretaris van Financiën, *Kamerstukken I*, 2011-2012, 33 287, nr. H, blz. 3.

²²⁶ Vierde NvW, *Kamerstukken I*, 2011-2012, 33 287, nr. 22, blz. 2.

²²⁷ Deze definitie is ontleend aan de oorspronkelijke definitie van actieve *financieringswerkzaamheden* uit artikel 2a, Uitvoerings Beschikking Vennootschapsbelasting 1971. Dit artikel stelt daarnaast ook een financieringsseis (onderdeel b) en een zelfstandigheidseis (onderdeel d).

²²⁸ De overige leden van art. 131 spreken van een groep. In de vergelijkbare bepalingen van art. 2a Uitvoerings Beschikking Vennootschapsbelasting 1971 wordt wel gesproken van een concern.

3.9 Deelconclusie

In dit hoofdstuk heb ik de werking van art. 13l belicht aan de hand van de vraag: *Hoe is de huidige behandeling van financiering van externe acquisities vormgegeven?*

Art. 13l heeft als doel Nederlandse grondslaguitholling door bovenmatige aftrek van deelnemingsrente te bestrijden. Geldleningen die worden aangewend voor investeringen in ‘rokende schoorstenen’ moeten daarbij worden ontzien. Of de financiering wordt aangewend voor een operationele activiteit wordt per deelneming beoordeeld. De vraag of de financiering bovenmatig is, hangt af van de totale verhouding aan deelnemingen en schulden. De bepaling kenmerkt zich hierin door haar mathematische benadering van deelnemingsschuld en deelnemingsrente, in tegenstelling tot art. 10a en art. 15ad. Die knopen aan bij het causaal-historische verband tussen de lening en de verwerving van het belang. Door de fictieve benadering van de besmette schuld is de achtergrond van de schuld in eerste instantie van minder groot belang voor art. 13l, maar dit wordt later in dat artikel alsnog hersteld door de toetsen van lid 6. De norm van wat in art. 15ad als ‘gezonde financiering’ wordt aangeduid, wordt in art. 13l gesteld op financiering van rokende schoorstenen. Het zwaartepunt van art. 13l ligt daarmee juist bij het identificeren van deze uitgezonderde deelnemingen. Dit wordt bepaald door de operationele activiteiten van de deelneming toe te rekenen aan de verkrijgingsprijs. Deze deelnemingen tellen niet mee in de berekening van niet aftrekbare bovenmatige deelnemingsrente. De bovenmatige deelnemingsschuld wordt berekend door de gezamenlijke verkrijgingsprijzen van deze deelnemingen te verminderen met het eigen vermogen. Het eigen vermogen wordt dus preferent toegerekend aan de verkrijgingsprijs van de deelnemingen.

Drie uitzonderingen op deze hoofdregel voor rokende schoorstenen moeten voorkomen dat alsnog vormen van ‘agressieve’ financiering ontzien blijven. De acquisitie moet als uitbreiding van een operationele activiteit wordt aangemerkt, maar mag ook niet agressief gefinancierd zijn. Voor de twee uitzonderingen voor double dips en hybride financieringen is het causaal-historisch verband met de lening en de deelneming daarom wel van belang. De derde uitzondering is een oogmerktoets. Deelnemingen die louter worden gehouden door een Nederlandse moedervereniging voor aftrek van rente worden alsnog meegenomen in de berekening van de deelnemingsschuld. Art. 13l houdt geen rekening met uitstaande leningen en daarop ontvangen rente, ondanks dat de geldlening in werkelijkheid daarvoor is aangewend in plaats van een uitbreiding van een operationele activiteit. Alleen leningen en renten die voortvloeien uit werkzaamheden die kwalificeren als actieve financieringsactiviteiten worden buiten de rekenregel voor deelnemingsrente gehouden.

In het volgende hoofdstuk beantwoord ik de vraag hoe de aftrekbeperking voor deelnemingsrente, anti-winstdrainage en de anti-overnameholding maatregelen zich tot elkaar verhouden.

4. RECHTSVERGELIJK & ANALYSE

4.1 Inleiding

Anno 2013 valt de financiering van externe acquisities onder de reikwijdte van drie verschillende renteaftrekbeperkingen: art. 10a, art. 13l en art. 15ad. Iedere maatregel moet een ander ongewenst effect van de aftrekbaarheid van rente bestrijden. De wetgever is inmiddels de richting van specifieke antimisbruikmaatregelen ingeslagen. De voorgeschiedenis daarvan is in hoofdstuk twee besproken. Vóór 2007 richtte alleen het oude art. 15ad zich op deze externe acquisities, maar de werking bleef beperkt tot juridische fusies, juridische splitsingen en binnen het regime van de fiscale eenheid. Daarna is het oude art. 15ad geïntegreerd in art. 10a waardoor ook externe acquisities onder de aftrekuitsluiting vallen. Vervolgens zijn in art. 13l en 15ad de verschillende reacties van de wetgever in 2013 respectievelijk 2011 op verschillende vormen van ongezonde overnamefinanciering neergelegd. Het gaat respectievelijk om het dichten van het Bosal-gat en het tegengaan van grondslaguitholling door overnameholdings. Deze instrumenten richten zich ieder op specifieke complexen van ‘ongezonde’ financiering. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat gezonde financiering die plaatsvindt uit bedrijfseconomische motieven, moet worden ontzien.

4.1.1 Onderzoeksvraag

De artikelen moeten (ieder op een eigen manier) als het ware kaf van het koren scheiden op het gebied van overnamefinanciering. Om dit zo accuraat mogelijk te bereiken is van belang dit vraagstuk op een consequente wijze te benaderen. Wat is gezond, ongezond en hoe wordt dat bepaald? In dit hoofdstuk vergelijk ik de renteaftrekbeperkingen op hun ‘scharnierpunten’ ten opzichte van elkaar. Ik maak deze vergelijking en analyse aan de hand van de volgende onderzoeksvraag: *Hoe verhouden de (nieuw geïntroduceerde) renteaftrekbeperkingen voor overnames zich tot elkaar en zijn deze maatregelen stabiel?* Ik identificeer verschillen en overeenkomsten tussen de regelingen met als doel te analyseren of en in hoeverre de wetgever slaagt de Nederlandse grondslag te beschermen tegen uitholling en of de afzonderlijke bepalingen elkaar voldoende aanvullen. Om dit doel te bereiken is het noodzakelijk dat samenhang tussen de afzonderlijke maatregelen bestaat om op een coherente manier de belastinggrondslag te bepalen. Anders ontstaat een lappendeken van beperkingen waarin gewenste renteaftrek onbedoeld kan worden getroffen of ongewenste renteaftrek alsnog door de mazen glipt.

4.1.2 Opzet

De anti-misbruikartikelen 10a, 13l en 15ad kennen een verschillende oorsprong en vormgeving. De wijze waarop de wetgever vaststelt of sprake is van misbruik vormt de kern van elke bepaling. In dit hoofdstuk vergelijk ik de maatregelen op hun scharnierpunten. De overeenkomsten en verschillen zijn onder te verdelen in drie categorieën:

- Bereik en systematiek van de renteaftrekbeperkingen. In deze categorie vergelijk ik volgende scharnierpunten hoe de drie regelingen zich onderling verhouden op het gebied van rechtshandeling, financiering, definitie en benadering van misbruik.

- Fiscale behandeling crediteur. De renteaftrekbeperkingen nemen niet alleen de belastingplichtige in ogenschouw, maar proberen de financieringsstroom in een groter geheel te plaatsen. De fiscale behandeling van de financieringsstroom bij de ontvanger van de rente als wel het verdere verloop van de financieringsstroom passen in dit bredere perspectief. Dit is relevant voor het bereiken van een evenwichtig belastingsysteem, waar een aftrek ten laste van de fiscale winst bij de verschuldigde enerzijds, een belaste bate bij de ontvanger anderzijds oplevert.
- Grondslag van de aftrekbeperkingen. Deze categorie analyseert de functie van de maatregelen binnen het fiscale systeem. Daarbij valt te denken aan de bescherming van de (buitenlandse) fiscale grondslag, het systeem van de deelnemingsvrijstelling of het vaststellen van de zuivere totaalwinst.

Ik begin bij de basis en vergelijk eerst de renteaftrekbeperkingen onderling. Daarna breid ik dit uit naar de wijze waarop zij met de fiscale behandeling bij de crediteur omgaan. Ten slotte plaats ik de maatregelen in het groter geheel van de vennootschapsbelasting.

4.2 Bereik van de renteaftrekbeperkingen

De overeenkomsten en verschillen van het bereik en de systematiek van de renteaftrekbeperkingen uitten zich op diverse vlakken. Ik vergelijk deze achtereenvolgens op punten als de besmette rechtshandelingen, gelieerdheid, financieringsvorm, het mechanisme en niet aftrekbare rente. Tot slot maak ik een vergelijking met de houdsterverliesregeling.

4.2.1 Ratio's

De ratio's van de instrumenten van art. 10a, 13l en 15ad hebben een gemene deler: het beschermen van de Nederlandse grondslag tegen erosie door renteaftrek op de financiering van (onder andere) externe acquisities. Toch zijn het drie instrumenten die op een geheel eigen ratio zijn gestoeld.

In hoofdstuk twee is besproken dat de ratio van art. 10a niet geheel eenduidig is, maar leidend is de beperking van kunstmatige gecreëerde financieringslasten. Door eigen vermogen van de groep naar de belastingplichtige als vreemd vermogen te presenteren, wordt een renteaftrek gecreëerd ten laste van de Nederlandse belastinggrondslag. Het is het kunstmatige karakter waar art. 10a tegen op moet treden.

Deze ratio verschilt met die van art. 13l en 15ad. Die instrumenten oordelen daarentegen in eerste aanleg niet over de herkomst van de 'verdachte' geldstromen, maar richten zich primair tegen de proportie van de schuldenlast die een belastingplichtige aangaat: excessiviteit is het sleutelwoord.²²⁹

²²⁹ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 15 en MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 3, blz. 10.

Art. 13l gaat er van uit dat rente op financiering van een deelneming niet bij de moeder thuishoort indien de deelneming dan wel de financiering ongewenste kenmerken heeft.

Dit betreft ten eerste excessieve financiering van niet-reële uitbreidingsinvesteringen in de dochter. Men kan zich afvragen of alleen de het beperken van bovenmatige rente de juiste weg is. Ik ben van mening dat deze doelstelling beter kan worden verwezenlijkt door de voorwaarden van deelnemingsvrijstelling aan te scherpen.

Ten tweede wordt het oogmerk van de rechtshandeling getoetst. Deelnemingen die zijn verworven door belastingplichtige met het (doorslaggevende) oogmerk renteaftrek te kunnen claimen vallen onder het bereik van art. 13l.

Ten slotte ziet de maatregel ook op reële uitbreidingsinvesteringen die agressief zijn gefinancierd. Het gevolg is dat reële activiteiten, de rokende schoorstenen, met een gezonde financiering worden ontzien.

De leidende gedachte achter art. 15ad is dat een Nederlandse dochtervennootschap niet de overnamekosten en financieringslasten van de eigen overname draagt (voor de berekening van de belastingheffing). De moedermaatschappij moet met haar eigen winsten deze lasten kunnen dragen. De overnameholding kan zijn renteaftrek alleen realiseren indien deze overnameholding zelf voldoende winst genereert in Nederland. In feite wordt de horizontale verliescompensatie aan banden gelegd.

4.2.2 *Rechtshandeling*

Art. 10a lid 1 onderdeel c, art. 13l en art. 15ad worden getriggerd door een schuld die verband houdt met een ‘verdachte’ rechtshandeling. Voor alle bepalingen geldt dat zij zich daarbij richten op zowel interne als externe acquisities. Alle interne overnamefinancieringen zullen dus moeten worden getoetst aan art. 10a en art. 13l dan wel art. 15ad. De voorwaarden aan de functie en financiering van de acquisitie verschillen echter. Wat art. 10a betreft wordt de externe acquisitie als zakelijk verondersteld. Naar mijn mening maakt de Hoge Raad nog wel de tussenstap om de zakelijkheid van de rechtshandeling te beoordelen, al zal die zakelijkheid in de regel snel gegeven zijn. *Marres* leidt hier uit af dat de Hoge Raad ervan uit gaat dat een transactie met derden per definitie zakelijk is. Ik lees dit niet zo stellig terug in de overwegingen van de Hoge Raad als dat *Marres* dit stelt.

Art. 15ad betreft alle verworven en daarna gevoegde maatschappijen in de aftrekbeperking. De wettekst maakt geen onderscheid in de functie binnen de fiscale eenheid of wijze waarop de maatschappij is gefinancierd. In de parlementaire toelichting is dit genuanceerd. Indien een

overnameschuld uiteindelijk wordt aangewend als informele kapitaalstorting voor *bedrijfsactiviteiten* van de dochter, valt de samenhangende schuld buiten de werking van art. 15ad.²³⁰

Art. 13l richt zich in het eerste lid tot alle deelnemingen, maar beperkt zich later door toepassing van het vijfde en zesde lid tot de verwerving van deelnemingen met twee specifieke kenmerken. De aandacht gaat ten eerste uit naar de verwerving van deelnemingen die niet tot reële uitbreiding van de operationele activiteiten van de groep verbonden lichamen zijn te rekenen.²³¹ Ten tweede richt het zich op de agressieve financiering dan wel structurering van reële uitbreidingsinvesteringen in deelnemingen. Op de kenmerken van dit tweede punt fixeert art. 10a zich ook, hetzij in andere bewoordingen. De verdere invulling van deze tegenbewijsregeling behandel ik in een volgend onderdeel.

4.2.3 *Gelieerdheid*

Zoals blijkt, sluiten de bepalingen elk bij een andere vorm van gelieerdheid aan in combinatie met de externe acquisitie. Dit vloeit voort uit de verschillende situaties waarin de belastbare grondslag moet worden beschermd voor erosie door renteaftrek. Art. 13l sluit aan bij belangen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, omdat het gedeeltelijk het Bosal-gat moet repareren. Art. 10a sluit aan bij een verbonden partij in de zin van het vierde lid. Vanuit zijn plaats in de wet, de bepaling van de winst, moet art. 10a de winst van de belastingplicht zuiveren van renten die vanuit de groep van verbonden personen bezien geen kosten vormen. Art. 15ad ziet alleen op maatschappijen binnen de fiscale eenheid van de belastingplichtige, omdat onder het regime van deze faciliteit de winstbron van de ene maatschappij met de schuldenlast van de andere maatschappij kan worden samengebracht.²³² In het onderdeel dat ziet op de grondslag van de renteaftrekbeperkingen ga ik hier verder op in.

4.2.4 *Schulden*

De artikelen richten zich op uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag door middel van financiering met vreemd vermogen. Art. 10a hanteert daarbij geen franchise voor niet aftrekbare zoals art. 13l en art. 15ad die kennen, waardoor ook ‘kleine’ overnamefinancieringen worden bestreken door art. 10a. De andere twee bepalingen zullen zich met een franchise van € 750.000 respectievelijk € 1.000.000 voor niet aftrekbare rente alleen toelagen op grote financieringen van deelnemingen dan wel in de fiscale eenheid gevoegde maatschappijen. Deze franchises zijn enerzijds ingevoerd om het midden- en kleinbedrijf te ontzien, anderzijds om de uitvoeringslasten te beperken. Het midden- en kleinbedrijf zal in de regel minder internationaal actief zijn en derhalve minder toegang hebben tot

²³⁰ MvA, *Kamerstukken I*, 2011/12, 33 003, D, blz. 11. Zie nader onderdeel 2.5.4.

²³¹ Daarnaast zou je kunnen stellen dat het in deze uitzondering met name om deelnemingen gaat die zijn verworven of uitgebreid na 1-1-2006, gezien de mogelijkheid om 90% van de verkrijgingsprijs buiten aanmerking te laten bij de berekening van de deelnemingsschuld.

²³² Voor de mogelijkheid om door middel van juridische splitsing of juridische fusie eenzelfde resultaat te bereiken zijn flankerende maatregelen getroffen in art. 14a lid 12-14 resp. art. 14b lid 9-11 Wet VPB 1969.

internationale taxplanning. Het kunstmatig creëren van opzetjes met renteaftrek behoort daarentegen wel tot de mogelijkheden. Dit verklaart waarom art. 10a geen franchise kent. Door de tegenbewijsregel zouden (in theorie) alleen de gevallen waarin sprake is van belastingverijdeling nog over moeten blijven.

Art. 13l en 15ad wijken daarnaast af van art. 10a in de zin dat ook rente verschuldigd op leningen van niet-gelieerde partijen kan worden getroffen. Alleen in specifieke situaties kan art. 10a van toepassing zijn op schulden aan niet-verbonden partijen. Dit zijn met name de in hoofdstuk twee genoemde gevallen van het doorgeefluik en de groeps garanties, waardoor in feite leencapaciteit gedragen wordt door het eigen vermogen van andere groepsmaatschappijen. Deze beperking tot interne overnamefinancieringen valt te verklaren vanuit de reeds genoemde bestrijding van kunstmatigheid. De wetgever gaat er vanuit dat een niet-gelieerde vermogensverstrekker geen prikkel heeft tot kunstmatige opzetjes en zich derhalve laat leiden door de tucht van de markt.

Dit in tegenstelling tot 15ad, dat ziet op voorkoming van uitholling van de winst van de gevoegde overgenomen dochter over het algemeen en niet in het bijzonder in groepsverhoudingen. Zowel groepsleningen als leningen van niet-gelieerden (derden) kwalificeren daarom als overnameschuld. Opmerkelijk is dat deze laatste categorie crediteuren in principe geen economische prikkel heeft om buiten de economische werkelijkheid te treden. Anderzijds gaan externe financieringslasten ook daadwerkelijk ten kosten van het groepsresultaat, dus een aandeelhouder zal proberen om de financieringslasten binnen de perken te houden. Ten slotte moet er wel voldoende van de koek over blijven voor hen. Tevens moet art. 15ad in het bijzonder weerstand bieden aan en in het verleden veel gebruikte structuren door *private equity* investeerders. De grote hoeveelheid extern geleend vermogen waarmee deze partijen externe acquisities plegen, zal voor de wetgever des te meer reden zijn geweest om ook de externe leningen in de beperkingen op te nemen.^{233,234} Groepsrente kan anders worden ‘vermomd’ in derdenrente, met als gevolg een verlies aan effectiviteit van deze maatregel.²³⁵

Om vermommen van groepsrente in derdenrente te voorkomen en de effectiviteit van de maatregel te bewaken, is gekozen om geen onderscheid te maken in de herkomst van de financiering.²³⁶ Toch is dit enigszins opmerkelijk, aangezien de wetgever dit risico op vermomming wel neemt onder art. 10a.²³⁷

²³³ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 99.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Op het moment van afronding van dit onderzoek kan tevens de vraag worden gesteld in hoeverre derde partijen nog bereid zijn om een excessieve financiering te verstrekken en of het betrekken van rente aan derden nog relevant is. Financieel Dagblad, ‘*Durfskapitalist kan ook zonder de bank*’, en ‘*All equity geeft zoveel meer rust*’, 14 mei 2013.

²³⁶ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 99.

²³⁷ De aanwezigheid van deze vermomming wordt nog maar eens onderstreept door het recentelijk nieuwe uitgevaardigde art. 10a Besluit, wat daar uitgebreid bij stilstaat. Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M, *Stcrt.* 2013, 8768.

Bovenstaande geldt ook voor art. 13l. Daarnaast schenkt dit artikel bijzondere aandacht aan de financieringen die causaal verband houden met uitgezonderde deelnemingen en onderdeel uitmaken van een financieringsstroom langs verbonden lichamen. Het zesde lid onderdeel a en b betrekken agressieve rentestromen in de bepaling van bovenmatige deelnemingsrente.

4.2.5 *Causale versus mathematische toetsen*

Uitgangspunt van de renteaftrekbeperkingen is alleen investeringen te raken die overwegend zijn vormgegeven uit oogpunt van belastingverrijdeling. Het bedrijfsleven dat uit overwegend bedrijfseconomisch oogpunt een investering vormgeeft, moet worden ontzien. ‘Gezonde’ gevallen die teleologisch niet onder de beperking horen te vallen, worden daarom op verschillende wijze uitgezonderd.

Art. 13l bepaalt een teveel aan deelnemingsrente op basis van een mathematische toets. In tegenstelling tot art. 15ad, dat alleen een lening betreft wanneer een historisch verband bestaat met de verwerving van een belang. Ik acht het waarschijnlijk dat dit ook de reden is dat de frase ‘rechtens, dan wel in feite, direct of indirect’ ontbreekt, omdat causaliteit in dit kader geen rol speelt. De staatssecretaris motiveert de fictieve benadering door de regeling eenvoudig en uitvoerbaar te willen houden en het gegeven dat vaak niet eenvoudig is vast te stellen welke leningen bij welke actief posten horen.²³⁸ Opmerkelijk is dat een jaar eerder bij invoering van complement art. 15ad, juist belang werd gehecht aan aansluiting bij de economische realiteit.²³⁹ In de literatuur wordt daarom ook wel gesuggereerd dat deze mathematische benadering vooral het budgettaire belang dient.²⁴⁰ Daarbij is het relevant vast te stellen dat in het achtste lid deze renten, kosten en geldleningen exact hetzelfde zijn gedefinieerd als in de bepalingen van art. 15ad.²⁴¹

De zakelijkheid van de overname dan wel de schuld doet voor art. 15ad in het geheel niet ter zake. De benadering van art. 13l is vergelijkbaar met de dubbele zakelijkheidstoets: zowel de besmette rechtshandeling als financiering wordt getest. Het vijfde lid merkt alle reële investeringen aan als gezond. Ik zie hier overeenkomsten met de zakelijkheidstoets op de besmette rechtshandeling van art. 10a. Daarnaast toetst het zesde lid onderdeel c van art. 13l indirect op de zakelijkheid van de schuld, door de voorwaarde te stellen dat ook zonder renteaftrek de schuld was aangegaan. Het doorslaggevende verschil in uitwerking tussen art. 10a en art. 13l zit echter in de causale benadering van de besmette schuld respectievelijk de mathematische bepaling van de deelnemingsschuld: art. 13l is in eerste instantie niet eerder van toepassing dan dat mathematisch een deelnemingsschuld is vastgesteld. Eerder komen het vijfde en zesde lid niet toe aan toetsing van de reële uitbreidingsnorm

²³⁸ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 387, nr. 3, blz. 11.

²³⁹ MvA, *Kamerstukken I* 2011/12, 33 003, D, blz. 10.

²⁴⁰ M.J. van den Berg, ‘Hoe 13L het Bosal-gat moet dichten’, *V&O* 2012, nummer 10 en NnavV, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 387, nr. 7, blz. 38.

²⁴¹ Voor een uitgebreide toelichting op deze begrippen verwijs ik naar deze onderdelen in hoofdstuk 2.

en het bedrijfseconomisch motief. Bij de beoordeling van de financiering van een reële uitbreidingsinvestering speelt de causaliteit wel een rol. Deze worden getoetst aan het zesde lid.

De instrumenten geven ieder een eigen interpretatie aan misbruik. Art. 10a keurt winstdrainage per definitie in zijn geheel af, ongeacht de proportie van de schuld ten opzichte van de besmette rechtshandeling. Een besmette schuld waar een verbonden partij garanties op geeft, kan wel partieel besmet zijn, maar art. 10a relateert dat niet aan de mate waarmee de besmette rechtshandeling met schuld wordt gefinancierd. Rente is in zijn geheel wel of in zijn geheel niet aftrekbaar.

Art. 10a zondert ‘in overwegende mate zakelijke’ schulden uit op basis van zijn tweeledige tegenbewijsregeling. De dubbele zakelijkheidstoets zoekt naar de aard van de schuld en het motief achter de aanwending als eigen vermogen. De tekst van art. 10a lijkt met de bewoording ‘schuld’ te doelen op de vordering van de crediteur op de belastingplichtige, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt dat hieronder de gehele financieringsstructuur verstaan moet worden.²⁴² In feite komt dit overeen met art. 131 lid 6 onderdeel b, wat een compenserende heffingstoets aanlegt voor het eerdere en verdere verloop van de financieringsstroom.

4.2.6 *Drempel*

Art. 15ad temporiseert rente alleen bij een bovenmatig deel van de overnameschuld. Wat bovenmatig is hangt af van de mate van schuld ten opzichte van de verkrijgingsprijs van de deelneming. In het jaar van de overname is alle overnameschuld bovenmatig voor zover dat meer bedraagt dan 60% van de verkrijgingsprijs, dit is een debt:equity ratio van 1,5. De aftrek van overnamerente ten laste van de winst van de fiscale eenheid, wordt binnen deze bandbreedte toegestaan.

Art. 131 staat renteaftrek op schulden van ongewenste deelnemingen door de mathematische toets tot op zekere hoogte toe. Boven dit niveau, waar het totaal aan ongewenste deelnemingen het eigen vermogen overstijgen, is sprake van een bovenmatige deelnemingsschuld. Door de aanname dat eigen vermogen primair wordt aangewend voor deze ongewenste deelnemingen, is het mogelijk dat feitelijk de rente op schulden voor deze deelnemingen aftrekbaar blijft. Art. 15ad oordeelt niet over de overgenomen maatschappij, maar over de overnameholding. Deze is ‘ongewenst’ als er niet voldoende activiteiten in worden geëxploiteerd om de renten tegen af te zetten.

De aftrekbeperking voor deelnemingsschulden neemt met haar mathematische benadering dus een andere maat als bovenmaat. De investering in ongewenste deelnemingen die bijvoorbeeld voor meer dan 60% wordt gefinancierd met schuld hoeft niet tot aftrekbeperking te leiden als daar andere activa gefinancierd met voldoende eigen vermogen tegenoverstaan. Art. 10a richt zich op kunstmatige

²⁴² NnavV, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 46.

constructies, vanuit dat oogpunt is het ook verdedigbaar dat art. 10a alle kunstmatige rente ook daadwerkelijk uitsluit. Art. 15ad is in relatie tot art. 131 met zijn debt:equity ratio van 1,5:1 stringent en wordt ieder jaar steeds stringenter.²⁴³ Ik vind het dan ook opmerkelijk dat afhankelijk van het fiscale regime (deelnemingsverhouding of fiscale eenheid) een andere maat voor excessief bestaat. Beide bepalingen bestrijden grondslaguitholling, maar bij welke proportie dit is, loopt uiteen.

Dit verschil in benadering van bovenmaat tussen besmette schulden van art. 10a en overnameschulden enerzijds en de deelnemingsschulden van art. 131. anderzijds, wordt mede veroorzaakt doordat eerstgenoemde schulden louter beoordelen op causaliteit. De rente op een art. 10a schuld moet causaal verband houden wil de rente op die specifieke in aftrek beperkt kunnen worden. De bepaling voor overnameholding selecteert ook op causaal verband. De overnameholdingbepaling clusterd de verkrijgingsprijzen en verband houdende schulden per jaar waarin een overgenomen maatschappij wordt gevoegd in de fiscale eenheid. Per jaarcluster wordt beoordeeld of de gezamenlijke verkrijgingsprijzen boven de toegestane debt:equity ratio uitstijgen.

Evenals de bepaling van de overnameschuld wordt de niet aftrekbare deelnemingsrente op een deelnemingsschuld vastgesteld aan de hand van een ratio. Causaliteit speelt slechts gedeeltelijk een rol. Enerzijds kan rente op de financiering van een deelneming die niet kwalificeert als een uitbreidingsinvestering in aftrek worden beperkt op basis van louter de mathematische toets. Anderzijds wordt de financiering die een causaal verband kent met de deelneming alsnog op agressieve kenmerken getest. De fiscale behandeling bij de crediteur speelt daarin een grote rol.

4.2.7 *Tegenbewijs*

Art. 15ad houdt in het geheel geen rekening met de functie van de dochtermaatschappij of het karakter van de schuld, laat staan dat die in de vorm van een tegenbewijsregeling kenbaar gemaakt kunnen worden. In de geschiedenis van art. 15ad (oud) en diens voorgangers is dit overigens nieuw. Het voormalige art. 15ad is geïntegreerd in art. 10a lid 2 onderdeel c (thans lid 1). Voor deze externe acquisities die als groepsmaatschappij gaan functioneren, is een tegenbewijsregeling open komen te staan voor zakelijke overwegingen.^{244,245} Deze externe acquisitie is vergelijkbaar met de acquisitie van een andere maatschappij die tot de fiscale eenheid behoort. Afgezien van het onderscheid in een verbonden lichaam en een maatschappij, is deze rechtshandeling vergelijkbaar. In dat licht is het opmerkelijk dat binnen art. 15ad geen tegenbewijsmogelijkheid open staat en binnen art. 10a wel. Art. 131 bezit een ‘verkapte’ tegenbewijsmogelijkheid om het karakter van de investeringen te toetsen. De oogmerktoets in art. 131, lid 6, onderdeel c voor reële uitbreidingsinvesteringen zie ik als tegenhanger

²⁴³ De voormalige thincapregeling hanteerde een aanzienlijk ruimere debt:equity ratio van 3:1, maar deze ratio ging dan ook tezamen met een ruimere grondslag van al het vreemde vermogen.

²⁴⁴ MvT, *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 572, nr. 3, blz. 19.

²⁴⁵ Het oude art. 15ad bevatte ook een tegenbewijsregeling, die kort gezegd bestond uit (cumulatief) een compenserende heffingstoets en een externe financieringstoets.

van de zakelijkheidstoets op een rechtshandeling in art. 10a, lid 3, onderdeel a. Het onderscheid schuilt in de voorwaarde van art. 10a dat in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag moeten liggen aan zowel de schuld als de rechtshandeling. Met andere woorden: de zakelijke overwegingen zijn zwaarder dan de fiscale overwegingen. Dit is strikt genomen anders dan de vraag of de rechtshandeling ook had plaatsgevonden indien de renteaftrek buiten beschouwing zou worden gelaten.

In termen van art. 10a kent art. 13l lid 6 onderdeel b, alleen een compenserende heffings- of dubbele zakelijkheidstoets bij dubbele aftrek in de financieringsketen. Als tegenover de aftrek elders überhaupt geen heffing staat bij de deelneming of een verbonden lichaam, bijvoorbeeld bij een hybride lening, dan is de financiering ongewenst en wordt deze meegenomen in de rekenregel. Als tegenover de aftrek op zijn minst een belasting naar de winst wordt geheven, ongeacht of deze heffing redelijk is, staat tegenbewijs open. Voor wat redelijk is wordt gerefereerd aan de compenserende heffingstest van art. 10a. Het tegenbewijs slaagt indien de belastingplichtige aannemelijk kan maken de vermogensverstrekking elders in overwegende mate zakelijk is vormgegeven.²⁴⁶

4.2.8 Niet aftrekbare rente

Het doel van de renteaftrekbeperkingen is het neutraliseren van een fiscaal voordeel dat wordt verkregen door een samenstel van rechtshandelingen dat in de optiek van de wetgever als misbruik wordt beschouwd of excessief is.²⁴⁷ Voor art. 10a en art. 13l geldt dat de rente definitief van aftrek wordt uitgesloten. Met art. 15ad wordt in feite de horizontale verliescompensatie voor het houden van overnameschulden aan banden gelegd, maar beperkt zich tot de temporisering van deze overnamerente. Deze gestalde rente kan in een later jaar ten laste worden gebracht van de winst uit de eigen activiteiten van de overnameholding. De getemporeerde rente kan binnen de fiscale eenheid onbeperkt voortgewenteld worden, tot het moment dat de overgenomen maatschappij wordt ontvoegd of de overnameschuld wordt afgelost.²⁴⁸ Op dat moment wordt de getemporeerde rente in één keer ten laste van de winst van de overnameholding gebracht. De tot dan toe gestalde rente kan dan zonder enige beperking in één keer worden afgetrokken van de winst van de overnameholding/fiscale eenheid.²⁴⁹ Wanneer de berekening van de belastbare winst dan tot een negatief bedrag leidt, wordt dit aangemerkt als een compensabel verlies in de zin van art. 20 lid Wet VPB 1969 Het verlies is verrekenbaar binnen de beperkte verliesverrekeningstermijnen van art. 20 lid 2. Wanneer het niet mogelijk is om deze verliezen te verzilveren, dan leidt het uitstel van aftrek alsnog tot afstel.

²⁴⁶ Een formeel verschil met art. 10a is dat de inspecteur letterlijk genomen geen mogelijkheid heeft om bij een compenserende heffing alsnog aannemelijk te maken dat geen sprake is van een rechtshandeling of schuld ingegeven door overwegend zakelijke overwegingen. Materieel zal dit voor het antwoord op het vraagstuk mijns inziens weinig veranderen.

²⁴⁷ Zie ook C.A.H.M. von Meijenfheldt, 'Reikwijdte van art. 13l lid 6 onderdeel a en b Wet VPB 1969', *WFR* 2013/982.

²⁴⁸ Brief van de Minister van Financiën, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 17, blz. 8.

²⁴⁹ *ibid.*

Naar mijn mening kan dit verlies op basis van art. 20 via carry-back worden gecompenseerd met de winsten van de fiscale eenheid uit het voorafgaande jaar. Wat dan opvalt is dat ook de operationele winsten van besmette overgenomen maatschappijen in deze voor verrekening beschikbare winst zitten verwerkt, terwijl de wetgever met de stallingsregeling beoogd heeft het teveel aan overnamerente juist te verrekenen met de eigen winsten van de overnameholding, wanneer daar weer ruimte voor is. Art. 15af Wet VPB 1969²⁵⁰, dat voor de fiscale eenheid de splitsing van verliezen uit de periode van de fiscale eenheid moet regelen, voorziet slechts in het op verzoek meegeven van verliezen aan de dochtermaatschappij.

4.2.9 *Vergelijking met houdsterverliesregeling art. 20 lid 4-6 Wet VPB 1969*

Naast de thincap regeling van art. 10d is de zogenoemde ‘houdsterverliesregeling’ de opvolger van art. 13 lid 1 (oud). Deze maatregel is opgenomen in art. 20 lid 4-6 en is, ondanks de introductie van art. 131 tegen deelnemingsrente nog steeds van kracht. Vennootschappen die zich nagenoeg uitsluitend bezig houden met het houden van deelnemingen hebben in de regel weinig belastbare winst, vanwege de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.²⁵¹ Naar aanleiding van het Bosal-arrest werd de Nederlandse wetgever gedwongen ook kosten in aftrek toe te staan die verband hielden met het houden van buitenlandse deelnemingen. Als gevolg daarvan zou een compensabel verlies kunnen ontstaan. Voor houdster- en financieringsmaatschappijen kan het daarom aantrekkelijk zijn om in Nederland een operationele activiteit te starten en de winsten daarvan te verrekenen met de houdsterverliezen. De houdsterverliesregeling beperkt de volgtijdelijke verrekening van verliezen van houdster- en financieringsmaatschappijen tot verrekening met compensabele winsten die uit dezelfde soort activiteiten voortvloeien.²⁵² Deze verliezen worden als het ware gelabeld en zijn alleen verrekenbaar met winsten uit jaren waar de activiteiten (nagenoeg) geheel van dezelfde aard zijn. Opmerkelijk daarbij is dat het vermengen van houdsterverliezen binnen een jaar wel blijft toegestaan, maar volgtijdelijke menging tussen boekjaren wel blijft toegestaan. De ratio is nu dat winst uit actieve ondernemingsactiviteiten moet worden beschermd tegen afroming door verrekening met verliezen uit deelnemingen samenhangen met het houden van deelnemingen of het financieren van verbonden lichamen.²⁵³

Dit is een correctie op de benadering van kosten die juridisch wel gedragen worden door de moeder, maar economisch toerekenbaar zijn aan de activiteit van de dochter. In feite is dit een zelfde correctie als plaatsvindt onder toepassing van art. 131. Art. 131 is een correctie binnen het boekjaar, de

²⁵⁰ Een uitgebreide behandeling van art. 15af treedt buiten het kader van deze scriptie, derhalve verwijs ik naar de *Vakstudie Vennootschapsbelasting 1969*, art. 15af.

²⁵¹ Vanuit het antimisbruik karakter van de bepaling heeft het Hof Amsterdam recent geoordeeld dat deze voorwaarde overigens grammaticaal moet worden uitgelegd, perioden van non-activiteit en het voorbereiden van de verwerving van een deelneming vallen buiten deze activiteit. Hof Amsterdam, 4 juli 2013, nr. 12-00008, *V-N* 2013/37.12

²⁵² Belastingplichtigen kunnen als houdster- of financieringsmaatschappij worden aangemerkt op basis van een werkzaamheden- respectievelijk een vorderingentoets. Zie voor een uitgebreide analyse van de houdsterverliesregeling de *Vakstudie Vennootschapsbelasting 1969*, art. 20, aant. 7.

²⁵³ *NnavV, Kamerstukken II*, 2005/06, 30 572, nr. 8, blz. 45.

houdsterverliesregeling voorkomt dat verliezen niet kunnen vrijelijk worden overgeheveld tussen boekjaren onderling. Een subtieler verschil is dat art. 13l met zijn uitzondering voor reële investeringsuitzonderingen en zijn mathematische rekenregel soepeler uit zal werken dan de houdsterverliesregeling.

Gedurende het bestaan van de fiscale eenheid beperkt art. 15ad aftrek van (gestalde) overnamerente alleen ten opzichte van de jaarwinsten van andere maatschappijen. Art. 15ad maakt daarbij geen onderscheid in de aard van die activiteiten en gestalde overnamerente blijft verrekenbaar met de winsten uit operationele activiteiten in een volgend jaar. Hier uit zich opnieuw dat art. 15ad kiest voor bescherming van de winstbron van de dochtermaatschappij, waardoor verliezen uit in wezen dezelfde activiteiten binnen de fiscale eenheid ruimhartiger worden behandeld dan in deelnemingsverhoudingen. Dit past ook binnen de faciliteit van de fiscale eenheid.

In de parlementaire historie en literatuur wordt de vraag geopperd of invoering van art. 13l het voortbestaan van art. 20a overbodig heeft gemaakt.²⁵⁴ Ik ben van mening dat art. 20a voor het overgrote deel inderdaad zijn flankerende werking heeft verloren, nu bovenmatige deelnemingsrente in een later jaar überhaupt niet meer als verlies kan worden verrekend met winsten uit wat voor activiteiten dan ook. Temeer art. 13l de potentie heeft juist die rentebestanddelen te identificeren die ongewenst zijn. Het gegeven dat art. 13l een beperktere bescherming biedt tegen het Bosal-gat, is te wijten aan de inrichting van de bepaling zelf.

4.3 Fiscale behandeling crediteur

In de standaardfiguur van excessieve financiering of financiering van deelnemingen staat tegenover de afgetrokken rente bij de verbonden crediteur geen of een lage corresponderende heffing. Dit is mogelijk wanneer de ontvanger te verrekenen verliezen heeft, tegen een laag effectief tarief of zelfs geheel niet in de heffing wordt betrokken. Op die manier kan vanuit de groep gezien een (tariefs-)voordeel worden behaald ten koste van de Nederlandse belastinggrondslag.

Wanneer tegenover aftrek van rente elders geen (adequate) corresponderende heffing staat, wordt de coherentie van het fiscale systeem verstoord. De wetgever acht deze uitwerking ongewenst en kan volgens de systematiek van de renteaftrekbeperkingen in aftrek worden geblokkeerd. In een evenwichtig stelsel van belastingheffing moet in gevallen waar wel sprake is van een adequate belastingheffing over de rentebaten groepsrente in beginsel aftrekbaar blijven.

²⁵⁴ NV, *Kamerstukken II*, vergader jaar 2011/12, 33 287, nr. 7, blz. 26.

Art. 15ad richt zich op bescherming van de Nederlandse grondslag. De fiscale behandeling van de vergoeding bij de ontvanger speelt daar niet in mee.²⁵⁵ Art. 10a en art. 13l schenken bijzondere aandacht aan de fiscale behandeling van de rentebate bij de crediteur, indien deze crediteur een verbonden partij is. Zij beperken zich niet tot de belastingplichtige, maar trachten de financieringsstroom in zijn geheel te beoordelen. De wetgever beperkt zich tot financieringen tussen verbonden partijen, vanuit de aanname dat onafhankelijk handelende derden in hun transactie worden geleid door de tucht van de markt.

Art. 10a hanteert een compenserende heffingstoets als onderdeel van zijn tweeledige tegenbewijsregeling. Rente die bij de ontvanger tegen een naar Nederlandse maatstaven berekende redelijke heffing wordt belast valt in beginsel buiten de beperking. Als aanvullende voorwaarde hanteert Art. 13l primair geen compenserende heffingstoets voor de vergoeding bij de ontvanger. Dit is ook verklaarbaar uit het feit dat dit al eerder door artikel 10a is getoetst. Art. 13l hanteert wel (een afgeleide van) de compenserende heffingstoets om zich te wapenen tegen *mismatches* in hybride geldverstrekkingen elders binnen de groep van verbonden personen. Op het onderwerp hybride lichamen en leningen kom ik in een volgend onderdeel terug.

Als vermeld richten art. 10a en art. 13l zich beiden op de fiscale financieringsstroom waarvan de schuld deel uitmaakt. Ongewenste effecten kunnen zich in verschillende vormen en op verschillende niveaus voordoen. Uit de parlementaire historie volgt dat vier vormen van ongewenste effecten worden bestreden onderscheiden, welke ik op hoofdlijn zal behandelen.

4.3.1 Kwalificatieverschil: Hybride entiteit

Art. 13l Lid 6, onderdeel a merkt de schuld voor een geoorloofde deelneming als ongewenst aan, indien een verbonden lichaam dezelfde verschuldigde rente ook ten laste van zijn winst kan brengen: de *double dip*. De belastingplichtige of het verbonden lichaam is dan een hybride entiteit. Art. 13l wil deze structuur bestrijden. In dat geval wordt de deelneming die verband houdt met deze schuld ook meegenomen in de berekening van de deelnemingsschuld. Het doel van de aftrekbeperking voor deelnemingsrente is de Nederlandse grondslag beschermen tegen bovenmatige aftrek van deelnemingsrente. De fiscale behandeling in het buitenland staat daar los van. Anderzijds zou je ook kunnen zeggen dat de schuld weliswaar niet bovenmatig hoog is, maar rente die twee keer wordt afgetrokken wel bovenmatig (excessief) is en derhalve in aftrek beperkt zou moeten worden.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet eenduidig dat art. 10a (via zijn tegenbewijsregeling) optreedt tegen *double dips* en *mismatches*.²⁵⁶ Tijdens de herziening van art. 10a hanteert de

²⁵⁵ In de voorbeelden uit de parlementaire historie van art. 15ad zijn deze ontvangers veelal in een buitenlandse jurisdictie gevestigd.

²⁵⁶ Zie Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, aantekening 16.4.2 op art. 10a VPB 1969.

staatssecretaris wel de term ‘onzakelijke omleiding’ om gevallen waar het geld ‘geen logische maar fiscaal ingegeven route’ (omweg) heeft afgelegd als aan te duiden.²⁵⁷ Dit voorbeeld ziet op de situatie waarin een externe acquisitie met een interne lening wordt gefinancierd. Een schuld die wordt aangetrokken vanuit een ‘taxhaven’, maar daartoe als eigen vermogen is gestort door een verbonden partij. Deze fiscaal ingegeven route wordt als onzakelijke omleiding aangemerkt.²⁵⁸ Ongeacht of de geldverstrekking uiteindelijk van buiten de groep wordt ingeleend, voldoet deze schuld niet aan de zakelijkheidstoets.

Recent heeft de staatssecretaris in het nieuwe 10a besluit aangegeven dat onder het begrip ‘onzakelijke omleiding’ meer verstaan moet worden dan in de parlementaire historie is besproken.²⁵⁹ Hij stelt dat gevallen waarin een *mismatch* bestaat, door een dispariteit in fiscale kwalificatie van een hybride rechtsvorm dan wel hybride financieringsvorm, ook onder het begrip onzakelijke omleiding vallen. Ook stelt hij dat bij kwalificatieverschillen door een hybride tussenschakel de paralleliteit en dus de vereiste zakelijkheid van de schuld weg neemt.²⁶⁰ Besmette leningen zouden op die wijze niet meer kunnen voldoen aan de dubbele zakelijkheidstoets dan wel aan de compenserende heffingstoets, omdat de inspecteur nu het standpunt in kan nemen dat de schuld onzakelijk is.

Ruijschop schrijft dat deze uitleg past bij het antimisbruikarakter van art. 10a.²⁶¹ Naar mijn mening zijn doel en strekking van art. 10a juist het voorkomen van uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag door besmette transacties met interne leningen. Nederland betreft ook de fiscale behandeling van de ontvanger van de interest. Dit eenzijdig elimineren van *mismatches* staat los van bestrijding van kunstmatige omvorming van eigen vermogen in vreemd vermogen. Daarnaast uit de staatssecretaris zich middels dit besluit in zijn hoedanigheid van hoofd van de belastingdienst. Het blijft louter bij een zienswijze. Deze zienswijze heeft alleen rechtskracht als deze is gefundeerd op jurisprudentie dan wel parlementaire historie.²⁶² De stelling dat bij een hybride tussenschakel geen sprake kan zijn van paralleliteit dan wel sprake is van een onzakelijke omleiding vindt geen oorsprong in de (al jaren gesloten) parlementaire stukken.²⁶³ De redactie van de *Vakstudie Nieuws* merkt in dat kader op dat als de staatssecretaris zijn stelling rechtskracht wil toekennen daartoe wetswijziging vereist is.²⁶⁴

²⁵⁷ Brief van de Minister van Financiën, *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 572, nr. F, blz. 4.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M, Stcrt. 2013, 8768, onderdeel 4.2.3.

²⁶⁰ *Ibid.*, onderdeel 4.2.2.

²⁶¹ M.H.C. Ruijschop, ‘Besluit over toepassing art. 10a Wet VPB 1969’, *NTRF* 2013-806.

²⁶² L.A. de Bleeck e.a., ‘*Algemene wet inzake rijksbelastingen*’, FED Fiscale studieresie, Kluwer, Deventer 2011, blz. 248.

²⁶³ De introductie van de onzakelijke omleiding vond formeel ook na sluiting van de parlementaire behandeling plaats bij brief van de Minister van Financiën, *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 572, nr. F, blz. 4.

²⁶⁴ ‘Nieuw besluit inzake de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969’, *V-N* 2013/19.19.

Zowel met art. 131 als art. 10a probeert de wetgever respectievelijk de staatssecretaris op te treden tegen *mismatches* die ontstaan door een hybride tussenschakel. Het bestrijden van *mismatches* is niet het primaire doel van de bepalingen. Via een achterdeur wordt dit fenomeen in art. 131 bestreden door rente op financiering van reële uitbreidingsinvesteringen als deelnemingsrente aan te merken indien een verbonden lichaam die rente nogmaals aftrekt van zijn winst.

Art. 15ad wordt niet getriggerd door overnamerente die door een hybride entiteit wordt afgetrokken dan wel aan een hybride entiteit wordt betaald. Zolang de overnameschuld onder de schuldratio blijft, treedt art. 15ad niet in werking.

4.3.2 Aftrek zonder of beperkte compenserende heffing in de financieringsschakel

Onderdeel b van art. 131, lid 6 heeft het meest gemeen met art. 10a en zijn toetsen. Art. 10a beoordeelt al of de schuld en de rechtshandeling waarvoor de schuld wordt aangewend zakelijk zijn dan wel dat over de rente bij de ontvanger een compenserende heffing plaatsvindt. Onderdeel b van lid 6 sluit ook aan bij de schuld die causaal verband houdt met de deelneming. Het toetst of de schuld verband houdt met een aftrek elders in de financieringsketen, zonder dat daar een reële compenserende heffing tegenover staat. Ook daarop kunnen zakelijke overwegingen als tegenbewijs worden aangevoerd. Rente op gekunstelde geldstromen valt op die manier onder de werking van beide beperkingen.

Art. 131, lid 6, onderdeel b spreekt van renten en kosten die *direct of indirect staan tegenover* een vergoeding aan de deelneming of een verbonden persoon. Deze benadering toont naar mijn mening gelijkens met de benadering van art. 10a voor parallelle met externe schulden, waar de externe schuld wordt vergeleken met de interne schuld. Fundamenteel verschil is dat parallelle in hoofdsom, looptijd en aflossingschema het geval van art. 10a juist een teken is van zakelijke overwegingen voor de tegenbewijsregeling.

Volgens de tekst van art. 131 vallen schulden die staan tegenover vermogen dat elders in de ‘financieringsketen’ rechtens dan wel in feite direct of indirect door de deelneming of een verbonden lichaam is verstrekt onder de werking van lid 6, onderdeel b. Dit vermogen kan eerder in de financieringsketen zijn verstrekt en worden aangewend als lening aan de belastingplichtige om zijn uitbreidingsinvestering mee te doen. Andersom kan het vermogen ook nadat het door de belastingplichtige aan de deelneming is verstrekt elders in de groep worden aangewend. Het vermogen kan dus zowel ‘eerder’ als ‘later’ in de financieringsketen worden verstrekt. Voor art. 10a geldt dat met het begrip ‘onzakelijke omleiding’ alleen wordt gekeken naar de herkomst van de 10a schuld. Hier bestaat dus overlap tussen art. 131 en art. 10a, lid 2, onderdeel b en c.

4.3.3 Hybride financieringsvorm

In de parlementaire geschiedenis bij art. 131, lid 6, onderdeel b is de hybride financieringsvorm het eerste voorbeeld wat wordt gegeven van agressieve financiering elders in de groep. De vergoeding op

de verstrekking van vermogen elders in de financieringsketen kan worden afgetrokken en wordt daarom (behoudens tegenbewijs) als deelnemingsrente aangemerkt. De wettekst en historie van art. 10a legt dus geen beperking op aan een schuld die zijn herkomst vindt in de vorm van een hybride financiering en daardoor een *mismatch* vormt tussen twee fiscale stelsels. Om dit corrigeren heeft de staatssecretaris in zijn laatste beleidsbesluit bij art. 10a meegedeeld dat hij een hybride financieringsvorm als (potentieel) onzakelijke omleiding beschouwt, ongeacht of het vermogen uiteindelijk van buiten de groep afkomstig is.²⁶⁵ Uitgangspunt is dat materieel getracht wordt een *mismatch* te creëren.²⁶⁶

Het voorbeeld dat de staatssecretaris geeft, is precies andersom: het betreft een verbonden lichaam die de vergoeding aftrekt van haar belastbare grondslag, terwijl de ontvanger niet belast wordt over vergoeding. Het is geen voorwaarde dat de ontvanger tot de groep behoort. In het voorbeeld bij art. 13l betreft het juist een verbonden lichaam wat niet over de vergoeding belast wordt. Art. 13l, lid 6, onderdeel b ziet in dit kader alleen op situaties waar het verbonden lichaam de hybride lening verstrekt als eigen vermogen, terwijl het beleidsbesluit ziet op de *mismatch* bij het verbonden lichaam in de hoedanigheid van schuldenaar.

De invulling van het begrip *mismatch* is dus anders. In het geval van art. 10a is sprake van een *mismatch* als de vergoeding aftrekbaar is bij het verbonden lichaam, terwijl art. 13l, lid 6, onderdeel b spreekt van een *mismatch* indien bij het verbonden lichaam geen (redelijke) heffing over de ontvangst plaatsvindt. Volgens Marres is dit een te beperkte formulering van onderdeel b,²⁶⁷ want ook de aftrek bij het verbonden lichaam zou in onderdeel b moeten worden opgenomen. Naar mijn mening is dat niet nodig, omdat in art. 10a deze situatie al is gedekt (voor een in Nederland belastingplichtig lichaam).

Lid 6, onderdeel b ziet dus zowel op een schuld eerder als later in de financieringsketen. Daarentegen geeft het uitvoeringsbesluit van art. 10a dus een ruimere invulling aan de onzakelijke omleiding. Het verbonden lichaam dat de vergoeding op de hybride lening ten laste van haar grondslag brengt, valt ook onder ‘onzakelijke omleiding’.

4.3.4 *Storting in laagbelaste jurisdictie*

In de wetshistorie van art. 10a wordt de art. 10a-schuld als onzakelijk aangemerkt indien de geldstroom een onzakelijke omleiding krijgt. Bijvoorbeeld via een verbonden lichaam gevestigd in een

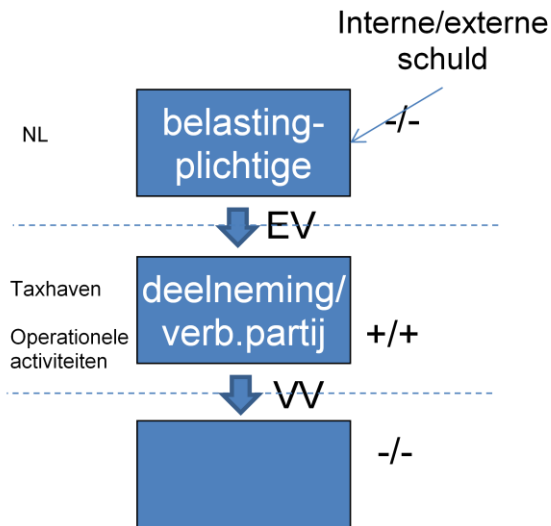
²⁶⁵ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M, Stcrt. 2013, 8768, onderdeel 4.2.3, voorbeeld B.

²⁶⁶ Ibid.

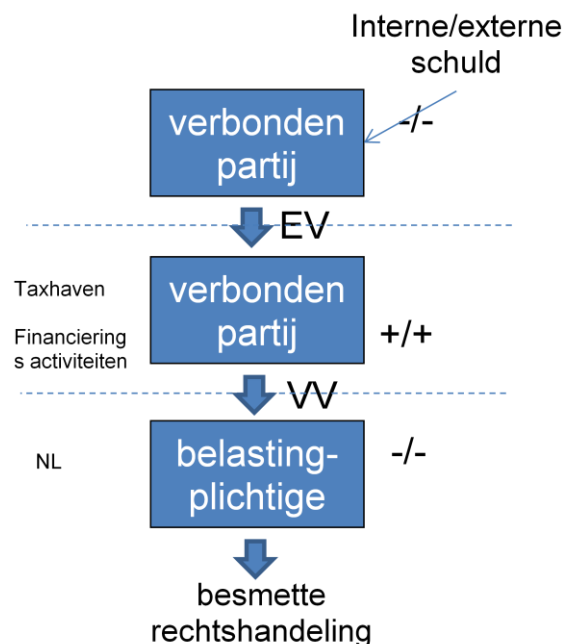
²⁶⁷ O.C.R. Marres, ‘Deelnemingsrente’, *WFR* 2012/1426, onderdeel 7.3.

laagbelaste jurisdictie.²⁶⁸ De toelichting daarbij komt sterk overeen met een voorbeeld bij lid 6, onderdeel b van een schuld die binnen de financieringsketen tegenover een kapitaalstorting in een laagbelaste financieringsmaatschappij staat. Onderstaand zijn de twee voorbeelden uitgewerkt.

Art. 131(6)d: dubbele aftrek in financieringsketen



Beleidsbesluit art. 10a: Onzakelijke omleiding



Het valt op dat beide voorbeelden op hoofdlijnen hetzelfde feitencomplex beslaan, maar op een ander niveau uitholling van de grondslag bestrijden. Het lichaam dat 'bovenaan' staat in de keten wordt in geval van Nederlandse belastingplicht beslagen door art. 131. Art. 10a bekijkt het vanuit de optiek van de belastingplichtige die zich latere in de financieringsketen bevindt. De schuld houdt wel verband met een reële uitbreidingsinvestering in de deelneming, anders zou deze deelneming niet onder de werking van lid 5 of lid 10 zijn gevallen.

Nederland probeert dus een *mismatch* eenzijdig te elimineren bij een maatschappij die gevestigd is in een andere jurisdictie. Als de Nederlandse wetgever daar wel fiscale controle had gehad, dan was met de hoofdregels van art. 10a en 131 deze *mismatch* te corrigeren.

4.4 Grondslag van de renteaftrekbeperkingen

Zoals besproken kennen de renteaftrekbeperkingen een verschillende oorsprong. Binnen de vennootschapsbelasting vervullen de maatregelen in de bewaking van de belastingheffing van ondernemingen. Van Strien onderscheidt vijf categorieën bewaking,²⁶⁹ te weten de

²⁶⁸ Brief van de Minister van Financiën, *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 572, nr. F, blz. 4.

²⁶⁹ J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Fiscale Monografieën 119, Deventer Kluwer 2008. Voor een volledige omschrijving van andere renteaftrekbeperkingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting verwijs ik naar: J. van Strien, 'De (vrijwel ondoorgroendelijke) samenloop van renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting', *TFO* 2013-1283. In deze recente publicatie onderscheidt hij overigens slechts vier categorieën. De evenwichtsbewaker, waar het nog steeds bestaande art. 10b zich onder schaaft, focust zich op het evenwicht tussen vennootschapsbelasting en de

totaalwinstbewaker, evenwichtbewaker, systeembewaker, buitenlands systeembewaker en grondslagbewaker. Ten behoeve van het overzicht zal ik de kenmerken van de vijf categorieën zeer beknopt uiteenzetten en indien van toepassing deze toedelen aan de maatregelen tegen renteaftrek bij externe acquisities. Art. 10a, 13l en 15ad vertonen namelijk de kenmerken van meerdere categorieën, doordat deze maatregelen uit verschillende lagen zijn opgebouwd.

4.4.1 Totaalwinstbewakers

De totaalwinstbewakers zijn een reactie van de wetgever als gevolg van het verschil in fiscale behandeling tussen eigen en vreemd vermogen. Zij moeten het onderscheid tussen deze twee vormen scherp houden. In beginsel is de civielrechtelijke kwalificatie leidend voor de fiscale kwalificatie van de twee vermogensvormen, maar de totaalwinstbewakers grijpen in in die gevallen waar deze afwijkt van de materiële werkelijkheid. Voor de fiscale winstberekening herkwalificeren zij civielrechtelijke leningen die in werkelijkheid als eigen vermogen functioneren. De totaalwinstbewaker moet op die manier voorkomen dat de vergoeding voor de verstrekking van materieel eigen vermogen aan de belastingplichtige formeel als kosten van vreemd vermogen in aftrek worden gebracht. Daarbij is ook in het civiele recht niet altijd duidelijk waar de grenzen liggen volgens Van Weeghel.²⁷⁰

4.4.2 Grondslagbewakers

De grondslagbewakers moeten erosie van de belastinggrondslag voorkomen. Van uitholling is sprake wanneer de belastingplichtige met gekunstelde of excessieve financieringsstromen het belastbare bedrag probeert te verlagen. Art. 15ad, 14a lid 9 en art. 14b lid 12 kwalificeren ook als grondslagbewaker, zij moeten voorkomen dat (horizontale) verliesverrekening plaatsvindt met de winstbron van de overgenomen dochter: het feitelijk financieren van de eigen overname. Tevens is de financieringsnorm van 60% tegen excessieve financiering kenmerkend voor een grondslagbewaker. Art. 10a bestrijdt de kunstmatige presentatie van vanuit de groep gezien eigen vermogen als vreemd vermogen naar de belastingplichtige toe. Het gaat daarbij niet om de vraag of de verhouding tussen vreemd en eigen vermogen buiten proportie is, maar om het ontbreken van een reële financieringsbehoefte voor het samenvoegen van winstgevendende activiteiten van belastingplichtige met een interne schuldbron. Dit artikel kenmerkt zich daarom als grondslagbewaker. Ook art. 13l werkt met het vijfde en zesde lid praktisch uit als grondslagbewaker. Rente op voor niet reële uitbreidingsinvesteringen en structureringen via de moeder met renteaftrek als doorslaggevend oogmerk, wordt uit de grondslag geweerd.

De grondslagbewakers vormen een aanvulling op de totaalwinstbewakers. De totaalwinstbewaker beoordeelt een object binnen een subject. Zij vinden hun oorsprong vanuit de jurisprudentie van

heffing van inkomstenbelasting van natuurlijke personen. Ik beperk mij tot de vier bewakingsmechanismes die zien op de belastingheffing van lichamen. Daarbij dragen art. 10a, 13l en 15ad niet bij aan dit evenwicht.

²⁷⁰ S. van Weeghel, 'Verhandeling, antwoorden van prof. mr. S. van Weeghel', *TFO* 2004/166.

schijnhandelingen. De grondslagbewakers vloeien voort uit de *fraus legis* jurisprudentie en beoordelen het object(de lening) subject overschrijdend.

4.4.3 *Systeembewaker*

De deelnemingsvrijstelling moet voorkomen dat winsten die reeds op het niveau van de dochter zijn belast, bij de moeder op moment van uitkering of vervreemding opnieuw worden belast.²⁷¹ De wetgever heeft ervoor gekozen²⁷² de deelnemingsvrijstelling als brutovrijstelling vorm te geven. In de brutovrijstelling worden voordelen en nadelen uit hoofde van de deelneming vrijgesteld. Bijvoorbeeld de dividenduitkering en het vervreemdingsresultaat. Kosten die verband houden met de (winstbron van de) deelneming vallen binnen de belaste sfeer en zijn derhalve aftrekbaar. Tegenover de aftrek van rente staan dus slechts vrijgestelde opbrengsten. In feite is dit het zogenoemde Bosal-gat wat na het gelijknamige arrest is ontstaan.²⁷³ In strikt binnenlandse situaties is dit over het algemeen geen probleem, aangezien de winstbepaling op niveau van de dochter ook naar Nederlandse maatstaven plaatsvindt. Als gevolg van het uitblijven van de rentelasten zal de dochter een hogere winst in aanmerking nemen. Incongruenties binnen de belastingheffing zullen zich daardoor voor kunnen doen indien de dochter onder een andere jurisdictie valt. De systeembewaker moet bovenmatige renteaftrek corrigeren als gevolg van de asymmetrie in kostenaftrek.

In de visie van art. 13l moet renteaftrek worden geblokkeerd indien een overnamefinanciering bovenmatig is en daarbij onderdeel uitmaakt van een niet-reële uitbreidingsinvestering in de deelneming of van een agressieve financieringsstroom. Het Bosal-gat wordt dus voor een deel gedicht door systeembewaker art. 13l. Wat de uitbreiding van 10a lid 1 onderdeel c voor externe acquisities betreft, functioneert ook art. 10a praktisch gezien als systeembewaker. Het beperkt renteaftrek op vreemd vermogen dat wordt aangewend voor een acquisitie waar een onbelaste bate uit voortvloeit.

Art. 10a richt tevens op het aantrekken van vreemd vermogen, terwijl deze belastingplichtige op zijn beurt het vermogen weer in de vorm van eigen vermogen verstrekt aan een verbonden lichaam.

Op deze wijze wordt in wezen eenzelfde effect gecreëerd als bij het Bosal-gat: de vergoeding op het kunstmatige vreemd vermogen is aftrekbaar, maar afhankelijk van de deelname in het kapitaal en het ondernemingskarakter van het verbonden lichaam kan op de vergoeding op het eigen vermogen ook de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn. In die gevallen treedt art. 10a lid 1 c ook op als systeembewaker.

²⁷¹ MvT, *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3, blz. 21.

²⁷² Men kan zich afvragen in hoeverre het een keuze is geweest van de wetgever, aangezien de wetgever na het HvJ arrest *Bosal Holding* gedwongen was de brutovrijstelling voor binnenlandse ook voor buitenlandse deelnemingen open te stellen. De wetgever had daarentegen ook de mogelijkheid om de bestaande nettovrijstelling voor buitenlandse deelnemingen van toepassing te laten zijn op de binnenlandse equivalenten.

²⁷³ Vanuit dat oogpunt is de naam Bosal-gat enigszins ongelukkig gekozen, aangezien het wel een bewuste keuze van de wetgever is geweest dit 'gat' te laten voortbestaan. Zie hoofdstuk 2.

4.4.4 *Buitenlandse systeembewaker*

De buitenlandse belastingsysteembewaker beschermt de grondslag van een buitenlands fiscaal stelsel. Rechtshandelingen die tot gevolg hebben dat de grondslag in een andere jurisdictie wordt uitgehouden, levert in het Nederlandse systeem een fiscale correctie op. Art. 131 lid 6 onderdeel b functioneert als buitenlandse systeembewaker, met het verbod op een *double dip*. Ook het nieuwe uitvoeringsbesluit bij art. 10a volgt deze trend, waarin de staatssecretaris een vergelijkbaar standpunt inneemt dat rente die elders in de groep nogmaals kan worden afgetrokken de onzakelijkheid van de schuld bevestigt.

Enerzijds lijkt dit sympathiek, maar feitelijk meent Nederland de gebreken van een buitenlands belastingssysteem op te moeten lossen. Anderzijds wordt in de literatuur het argument genoemd dat dit positief kan bijdragen aan het Nederlandse imago als verdragspartner op het gebied van belastingontwijking en agressieve structuren.²⁷⁴ In het volgende hoofdstuk ga ik hier dieper op in.

4.5 **Deelconclusie**

In dit hoofdstuk heb ik de instrumenten van art. 10a, 131 en 15ad op hun ‘scharnierpunten’ met elkaar vergeleken. Dit heb ik gedaan aan de hand van het eerste deel van de volgende onderzoeksvraag: *Hoe verhouden de (nieuw geïntroduceerde) renteaftrekbepalingen voor overnames zich tot elkaar en zijn deze maatregelen stabiel?* Het antwoord op deze vraag laat zich niet in enkele zinnen vatten. Daarom geeft de matrix op de volgende pagina hun meest relevante overeenkomsten en verschillen weer.

²⁷⁴ Zie J. van Strien, ‘De (vrijwel ondoorgroendelijke) samenloop van renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting’, *TFO* 2013-1283. Grote kanttekening hierbij is dat deze bijdrage nauwelijks meetbaar is en waarbij men zich ook moet realiseren dat de huidige beeldvorming door een veelheid van fiscale aspecten en nog veel belangrijker, de wijze van interpretatie wordt bepaald.

	art. 10a	art. 13l	art. 15ad
Bereik en systematiek			
Type rechtshandeling	Investerings in (nadien) verbonden partij	Grote overnames: franchise €750.000	Grote overnames: franchise €1.000.000
Gelieerdheid	Verbonden partij, $\geq 1/3$ belang	Deelnemingsrelatie, $\geq 5\%$	Maatschappij binnen fiscale eenheid, $\geq 95\%$
Type financiering	Interne financiering (m.u.v. garantstelling/doorgeefluik)	Interne & externe financiering	Interne & externe financiering
Verband financiering	Causaal	Mathematisch + causaal	Causaal
Ratio	Kunstmatige financiering	Correctie asymmetrie deelnemingsvrijstelling	Excessiviteit
Correctie	Beschermen winstbron moeder: Economisch boven juridisch	Beschermen winstbron moeder voor asymmetrie deelnemingsvrijstelling: Economisch boven juridisch	Beschermen winst dochter: Economisch boven juridisch
Focus	1. onzakelijke rechtshandeling/ ondernemingsstructuur via NL 2. agressieve financieringsstromen	1. acquisitie via NL met oogmerk renteafrek 2. agressieve financieringsstromen 3. financiering ongewenste deelnemingen	1. Tegen buitenlandse overnamepartijen
Mechanisme	Open norm: 1. zakelijkheidstoets rechtshandeling Verschillende wegenleer 2. zakelijkheidstoets financiering Gehele financieringsstructuur	Mathematisch i.c.m. 1. oogmerktoets uitbreidingsinvestering 2. zakelijkheidstoets financiering	Mathematisch
Grens	Overwegende mate zakelijke overwegingen	Deelnemingsschuld > Eigen vermogen	60%* van verkrijgingsprijs per jaarcluster
Niet aftrekbare rente	Definitieve beperking	Definitieve beperking	Onbeperkte temporisering binnen FE, na ontvoeging overnameholding beperkte verliesverrekening ex art. 20 Wet VPB.
Fiscale behandeling bij de crediteur	Zakelijkheidstoets financiering: Compenserende heffingstoets Besluit: geen dubbele aftrek elders Besluit: geen hybride financiering	Geen dubbele aftrek elders Geen hybride financiering Compenserende heffingstoets	Niet relevant. Tevens al gedekt door 10a.
Bewaker	Grondslagbewaker	Grondslagbewaker (lid 5 en lid 6 ond. c)	Grondslagbewaker (overnamerente & 60% drempel)
	Systeembewaker	Systeembewaker	
	Buitenlands systeembewaker	Buitenlands systeembewaker	

In de loop der jaren heeft de wetgever deze verschillende renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting opgenomen om de ongewenste gevolgen van de gunstigere behandeling van vreemd vermogen te corrigeren. De uiteenlopende karakters maar ook de onderlinge overeenkomsten laten zien dat de artikelen steeds opnieuw noodsprongen zijn van de wetgever om vermeende gaten te dichten die ontstaan door de aftrekbaarheid van rente.

In art. 13l en het recente uitvoeringsbesluit voor art. 10a lijkende meest recente ontwikkelingen te zijn dat de wetgever zijn focus heeft uitgebreid naar het corrigeren van *mismatches* (in een andere jurisdictie). In dit hoofdstuk is gebleken dat de wetgever er dientengevolge uiteenlopende standaarden en benaderingen op nahoudt. Dit nieuwe agendapunt staat in wezen los van de kern van de huidige aftrekbeperkingen: Nederlandse grondslagbescherming. Deze lopen door elkaar heen en dit komt de effectiviteit niet ten goede. Een zwaktepunt op dit vlak is dat art. 13l uiteindelijk staat of valt met de verhouding tussen eigen vermogen en deelnemingen. Binnen deze bandbreedte blijven zogeheten Bosal-rente, *double dips* en *mismatches* bestaan. In een volgend hoofdstuk ga ik in op hoe de behandeling van renteaftrek idealiter vormgegeven moet worden.

5. TOETSING AAN STABIEL BELASTINGSTELSEL

5.1 Inleiding

Belastingheffing verstoort de economische beslissingen van individuen en ondernemingen wat leidt tot welvaartsverlies. De overheid en haar burgers anticiperen achtereenvolgens op elkaars beslissingen. De maatregelen tegen excessieve dan wel kunstmatige aftrek van rente bij externe overnames zijn hier het bewijs van. In het vorige hoofdstuk is gebleken dat de renteaftrekbeperkingen maatwerk zijn voor specifieke ongewenste effecten die zich kunnen voordoen bij de vormgeving van een externe acquisitie. De aftrekbeperking van rente heeft tot gevolg dat de fiscale winstbepaling afwijkt van de civielrechtelijke winstbepaling. In het geval van temporisering kunnen zich liquiditeitseffecten voordoen, maar ingeval van aftrekbeperking treedt mogelijk ook dubbele heffing van winstbelasting op verschuldigde rente op.

Daarnaast wordt met een dergelijke ingreep inbreuk gemaakt op de fundamentele ondernemersvrijheid van de belastingplichtige.²⁷⁵ Binnen het thema van dit onderzoek houdt dit in dat in beginsel de belastingplichtige vrij is in zijn keuze een externe acquisitie te doen. Onderdeel daarvan is ook dat hij vrij is in de wijze waarop hij de financiering van deze externe acquisitie vorm geeft. De ondernemer wordt in zijn handelen gecontroleerd door de tucht van de markt. Iedere ondernemingsbeslissing is in beginsel ook een bedrijfseconomische beslissing. Voor beperking van renteaftrek moet daarom sprake zijn van zwaarwegende redenen die inbreuk op deze fundamentele vrijheid rechtvaardigen. De maatregelen tegen misbruik moeten zich daarom kenmerken als rechtvaardig, effectief en efficiënt, willen zij zowel individueel als gezamenlijk bijdragen aan een stabiel belastingsysteem. Het paradoxale van deze driehoek is dat de drie criteria in het algemeen met elkaar op gespannen voet staan.

5.1.1 Onderzoeksvraag

Evenwicht tussen deze drie criteria is noodzakelijk om de economische verstoringen die optreden bij belastingheffing op korte en lange termijn binnen de perken te houden. Dit hoofdstuk spitst zich dan ook toe op het tweede deel van de onderzoeksvraag: *Hoe verhouden de (nieuw geïntroduceerde) renteaftrekbeperkingen voor overnames zich tot elkaar en zijn deze maatregelen stabiel?* Ter beantwoording van deze vraag toets ik de maatregelen bij externe overnames aan de criteria van een stabiel belastingstelsel.

²⁷⁵ Hoge Raad 5 oktober 1955, nr. 12 507, *BNB* 1955/348. In dit arrest is geoordeeld dat het de ondernemer in beginsel vrij staat te bepalen op welke wijze de onderneming wordt gedreven. Dit is later beperkt door het *Cessna*-criterium: uitgaven kunnen alleen als ondernemingskosten worden aangemerkt, indien 'een redelijk denkend ondernemer zou kunnen volhouden dat die kosten nog met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming waren gedaan', HR 9 maart 1983, nr. 21 163 ('Eerste Cessna-arrest'), *BNB* 1983/202. Dit criterium is ook van toepassing binnen de vennootschapsbelasting, vgl. HR 8 maart 2002, nr. 36 292 ('Tweede Cessna-arrest'), *BNB* 2002/210.

5.1.2 Opzet

Allereerst stel ik het toetsingskader op, waarin ik kort de drie criteria uiteenzet. Aangezien deze criteria ieder betrekkelijk ruim zijn, verdeel ik deze onder in subonderdelen die relevant zijn voor de toetsing. Ieder criterium spiegel ik aan zowel de individuele werking van de diverse maatregelen als aan de gezamenlijke werking. De verschillende niveaus van de renteaftrekbeperking beoordeel ik ook individueel op rechtvaardigheid. Dit geldt niet voor effectiviteit en efficiëntie. Een bepaling is nu eenmaal per saldo effectief respectievelijk efficiënt of niet. Om het overzicht te bewaren vat ik dit raamwerk van bevindingen samen in een matrix. Deze bevindingen verwerk ik in het volgende hoofdstuk tot een alternatief concept voor behandeling van renteaftrek en zijn beperkingen. Met het oog op dit volgende hoofdstuk onderscheid ik karakteristieken op een conceptueel-economisch en formeel-juridisch vlak. Gezien de economische inslag van de alternatieven in het volgende hoofdstuk, behandel ik de juridische aspecten alleen op hoofdlijnen.

5.2 Toetsingskader

5.2.1 Rechtvaardig

De wetgever motiveert de invoering van wettelijke renteaftrekbeperkingen om ongewenste aftrek van rente aan te pakken daar waar de jurisprudentie niet toereikend is. Van ongewenste aftrek is volgens de wetgever sprake wanneer *bewust* een rentelast wordt gecreëerd ter verlaging van de belastinggrondslag met een budgettaire derving tot gevolg.²⁷⁶ Daar staat tegenover dat een beperking van renteaftrek een inbreuk maakt op de coherentie van het belastingstelsel, met mogelijk (partiële) dubbele belasting tot gevolg.

Met deze maatregelen is steeds beoogd alleen die groep belastingplichtigen die de grenzen van de mogelijkheden voor renteaftrek hebben opgezocht, te treffen.²⁷⁷ Onder rechtvaardig versta ik daarom of het tegen de achtergrond van de maatregel juist is dat een rechtshandeling fiscaal wordt geblokkeerd of rente al dan niet tijdelijk in aftrek wordt beperkt. Ik beperk mij daarbij tot de bescherming van de Nederlandse grondslag. Zolang de Nederlandse schatkist niets misloopt, is geen sprake van uitholling. De belastingheffing in buitenlandse jurisdicties vind ik in dat geval geen verantwoordelijkheid van de Nederlandse staat, maar van die jurisdictie zelf. Dit geldt mijns inziens overigens ook voor de inrichting van de deelnemingsvrijstelling.

Het eerste subonderdeel van rechtvaardigheid ziet het verbod op overkill: gevallen die niet beoogd zijn maar wel geraakt worden door de maatregel. De vervolgvraag is of en in hoeverre deze ‘bijvangst’ onvermijdbaar is. Dit heeft raakvlak met de effectiviteit van de maatregel. Ten slotte kan men zich afvragen of dit de vormgeving van de regeling ook per definitie ongewenst maakt, in de zin dat een

²⁷⁶ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 3, blz. 53.

²⁷⁷ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 3, blz. 54.

robuuste maatregel grof kan uitwerken, maar wel rechtszekerheid biedt. Het verfijnen van een instrument zal in de regel op gespannen voet staan met rechtvaardigheid en efficiëntie.

Het tweede subonderdeel van rechtvaardigheid is de gelijke behandeling van gelijke gevallen. Een algemeen beginsel van het bestuursrecht, waar de belastingheffing onderdeel van uitmaakt, is het verbod op willekeur. Meer concreet ziet dit op de vraag of aan dezelfde relevante rechtshandelingen of financieringen gelijke gevolgtrekking oplevert, of dat dit bij twee verschillende belastingplichtigen tot een ander resultaat leidt. Met andere woorden, het gelijkheidsbeginsel dient nagestreefd te worden: de maatregelen moeten gelijke gevallen gelijk behandelen en ongelijke gevallen naar de mate waarin er ongelijkheid bestaat verschillend behandelen.

5.2.2 Effectief

Aan de hand van dit criterium beoordeel ik of en in hoeverre de wetgever (theoretisch) het beoogde resultaat bereikt. Binnen dit criterium ga ik eerst in op de vraag of de beoogde rente of overnamefinancieringen ook daadwerkelijk worden bestreden. Underkill doet zich voor wanneer rente tegen de ratio van de maatregel in toch in aftrek van de belastinggrondslag kan worden gebracht. Indien van toepassing, ga ik daarna op hoofdlijnen in op tekortkomingen van de maatregelen waardoor ontgaansmogelijkheden ontstaan. Deze tekortkomingen doen af aan een sluitend belastingstelsel. Binnen een sluitend belastingstelsel vullen de specifieke renteaftrekbepalingen elkaar aan en worden idealiter alle beoogde gevallen omvat.

In het kader van effectiviteit en rechtvaardigheid is het nog van belang het de begrippen ‘oneigenlijke’ en ‘ongewenste’ renteaftrek te duiden. De staatssecretaris meent dat renteaftrek ‘oneigenlijk’ is in gevallen waarin het doel en de strekking van een regel geweld aan wordt gedaan, wanneer dit resulteert in een voor de wetgever nadelige situatie die deze niet gewild heeft. Renteaftrek is ongewenst in situaties die niet in strijd komen met doel en strekking, maar wel ongewenst zijn.²⁷⁸

5.2.3 Efficiënt

Efficiëntie is optimaal indien met de minimale opoffering van middelen een optimaal resultaat bereiken. In een wereld zonder belastingen nemen individuen beslissingen die hun welvaart optimaliseren. Daar belastingheffing zelf, maar ook de administratieve ondersteuning deze optimale beslissingen verstoren, is het van belang dat de belastingheffing met zo min mogelijk lasten wordt voltrokken. De toetsing van de maatregelen verdeelt zich onder op twee verschillende vlakken. Het eerste vlak is de wijze van heffing zelf. De wetgever maakt een aantal fundamentele keuzes bij de inrichting van het belastingstelsel teneinde een belasting te heffen over de ondernemingswinsten van lichamen. De vraag is of deze vaststelling op de meest efficiënte wijze plaatsvindt. Het tweede vlak ziet op de uitvoeringskosten die partijen maken. De administratieve last voor belastingplichtige en de

²⁷⁸ NnavV, *Kamerstukken II*, 1987/88, 19 968, nr. 7, blz. 3.

belastingdienst moet bij voorkeur beperkt blijven, aangezien deze aan geen van beiden ten goede komt. Dit begint met een eenvoudig te doorgronden maatregel. Ook verschillende maatregelen die dezelfde situaties beslaan, dragen niet bij aan het beperken van de administratieve last. De verschillende maatregelen tegen overnamefinancieringen mogen derhalve zo min mogelijk overlap vertonen.

Ik wil mij niet zozeer verdiepen in juridische uitwerking van definities, maar vooral toelagen op de (economische) heffingssystematiek.

5.3 Rechtvaardig

De wetgever poogt bij de vormgeving van zijn wettelijke renteaftrekbeperkingen vormen van financieringen te raken waar geen zakelijke basis voor bestaat. Een nauwkeurige (dus minst versturende) antimisbruikmaatregel raakt alleen die belastingplichtige die bewust een rentelast creëert om belasting te vrijdelen.²⁷⁹ In dit onderdeel beoordeel ik de verschillende scharnierpunten van art. 10a, 13l en 15ad op de vraag of het zij op rechtvaardige wijze bijdragen aan weigering in aftrek. De nadruk ligt hier op het al dan niet bestaan van overkill en de gelijke behandeling van gelijke gevallen.

5.3.1 Art. 10a

5.3.1.1 Rechtshandeling

Vanuit de codificatie van *fraus legis* ligt de kern van art. 10a bij het bestrijden van onzakelijke constructies binnen concernverband.²⁸⁰ In hoofdstuk twee heb ik uiteengezet dat de omzetting van eigen in vreemd vermogen en balansverlenging geen wezenlijke verandering op de geconsolideerde groepsbalans veroorzaken. Gezien de stroom aan *fraus legis* jurisprudentie, zijn met name interne acquisities gevoelig voor een gekunstelde vormgeving. Zonder hier uitgebreid op in te gaan, is het vanuit die optiek rechtvaardig dat interne verhangingen in eerste instantie onder art. 10a vallen.

In mijn optiek trekt *Marres* te snel de conclusie dat de externe acquisitie per definitie zakelijk is en daarom niet geraakt mag worden door art. 10a. Ten eerste waren in casu partijen het bij aanvang eens dat de externe acquisitie zakelijk gefundeerde doeleinden kent.²⁸¹ De externe acquisitie wordt beheerst door de tucht van de markt en deze investeringsbeslissing zal op bedrijfseconomische gronden worden genomen. In veel gevallen zal de zakelijkheid van deze rechtshandeling daarom eerder gegeven zijn. Toch is het denkbaar dat de groep deze juist uit laat voeren door de Nederlandse belastingplichtige louter uit fiscale overwegingen. Dit ligt in het verlengde van de beoogde constructies binnen concernverband. Het uiteindelijke probleem van de externe acquisitie is dat de voordelen die uit deze rechtshandeling voortvloeien veelal vrijgesteld zullen zijn. Als dat niet het geval is kan ook niet

²⁷⁹ MvT, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 3, blz. 53.

²⁸⁰ NnavV, *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 572, nr. 8, blz. 81.

²⁸¹ Ook in het recente arrest van 1 maart 2013 wordt deze toets aangelegd, *V-N* 2013/12.19.

gesproken worden van winstdrainage. De oorzaak ligt dus in de deelnemingsvrijstelling. In die richting zal dan ook naar een oplossing gezocht moeten worden.

Marres is van mening dat de uitbreiding naar externe acquisities niet rechtvaardig is.²⁸² Zijn eerste argument is dat in het geval sprake is van reële wijziging in de vermogenspositie van de groep, art. 10a niet van toepassing mag zijn. Hij verwijst hiervoor naar de eerder aangehaalde parlementaire historie, in het bijzonder naar het daaruit blijkende feit dat art. 10a zich primair richt tegen ‘constructies binnen concernverband’. Vanuit de ratio van de bepaling zou de werking van art. 10a derhalve beperkt moeten blijven tot kasgeldvennootschappen. De verwerving van een belang in een dergelijke vennootschap heeft geconsolideerd gezien geen reële wijziging van de vermogenspositie van de groep tot gevolg.

Zijn tweede argument berust op de interpretatie van een arrest van 17 december 2004.²⁸³ In deze zaak, nog voor de wetswijziging, heeft de Hoge Raad zich over het vraagstuk gebogen of bij een zakelijk gefundeerde externe acquisitie onverkort sprake is van een zakelijke financiering. Partijen waren het erover eens dat de externe acquisitie was gebaseerd op zakelijk gefundeerde doeleinden. Aan deze zakelijke doeleinden verbond de Hoge Raad *in casu* het gevolg dat ook het zakelijke karakter van rechtshandeling is gegeven. Na de wetswijziging van art. 10a is met de dubbele zakelijkheidstoets dit automatisme doorbroken.

In mijn optiek concludeert *Marres* te snel dat de externe acquisitie per definitie zakelijk is en daarom niet geraakt mag worden door art. 10a. Ten eerste waren *in casu* partijen het er bij aanvang over eens dat de externe acquisitie zakelijk gefundeerde doeleinden kent.²⁸⁴ De externe acquisitie wordt beheerst door de tucht van de markt en deze investeringsbeslissing zal op bedrijfseconomische gronden worden genomen. In veel gevallen zal de zakelijkheid van deze rechtshandeling daarom eerder gegeven zijn. Toch is het denkbaar dat de groep deze juist uit laat voeren door de Nederlandse belastingplichtige louter uit fiscale overwegingen. Dit ligt in het verlengde van de beoogde constructies binnen concernverband.

Ook in die gevallen waarin de externe acquisitie zakelijk is, is het mogelijk om een interne financiering dusdanig vorm te geven dat sprake is van uitholling van de Nederlandse grondslag. Om de scherpe randjes van deze interne leningen te kunnen blijven toetsen moet de externe acquisitie als besmette rechtshandeling blijven kwalificeren, ter bescherming van de Nederlandse grondslag. In mijn optiek is daarom geen sprake van overkill in de besmette rechtshandelingen van art. 10a. Ook externe

²⁸² O.C.R. Marres in *Aftek van rente in de vennootschapsbelasting, in het bijzonder art. 10a: ongewijzigd handhaven, aanpassen of afschaffen*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap No. 228, Kluwer, Deventer 2006, blz. 10 en O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek, Artikel 10a Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 na 'Werken aan Winst'*, FM 113, Kluwer, Deventer 2007, blz. 136.

²⁸³ HR 17 december 2004, nr. 39 080 (Ierse Zusterarrest), *BNB* 2005/169, r.o. 3.2.

²⁸⁴ Ook in het recente arrest van 1 maart 2013 wordt deze toets aangelegd, *V-N* 2013/12.19.

acquisities kunnen leiden tot grondslagerosie of de basis zijn voor een agressieve interne financiering. Bonafide gevallen worden in theorie via de tegenbewijsregeling uitgezonderd, waardoor overkill beperkt zou moeten blijven.

5.3.1.2 Type financiering

Wanneer de rechtshandeling zakelijk is, dan hoeft de schuld dat nog niet te zijn.²⁸⁵ Art. 10a beperkt zich in wezen tot schulden aan partijen binnen de groep. Binnen de groep is het bedrijfseconomisch belang van de belastingplichtige ondergeschikt en ontbreekt de natuurlijke tucht van de markt. De financiering van belastingplichtige zich laat leiden door bedrijfseconomische overwegingen op groepsniveau, waaronder het minimaliseren van fiscale lasten. Daardoor zullen binnen een groep partijen eerder geneigd zijn elkaar vreemd vermogen te verstrekken ten opzichte van onafhankelijke derden. Binnen de groep is het minder relevant in welke juridische vorm de vermogensverstrekking plaatsvindt, want geconsolideerd beschouwd heeft de verschuiving van vermogen geen effect. Ook tegenover de rentelast bij belastingplichtige staat elders in de groep een corresponderende ontvangst, waardoor de geconsolideerde winst van de groep niet wijzigt. Men zal zich binnen de groep niet door bedrijfseconomische, maar fiscale motieven laten leiden bij de afweging tussen eigen en vreemd vermogen.

Daarnaast wordt de beslissing om vreemd vermogen aan te trekken ook vanuit de groep genomen. Dit biedt de mogelijkheid financieringsbehoeften elders in de groep te vervullen met tussenschakeling van de Nederlandse belastingplichtige. Gevolg is dat zonder reële financieringsbehoefte op het niveau van belastingplichtige toch vreemd vermogen kan worden aangetrokken.

Bovengenoemde redenen maken groepsleningen vatbaar voor antifiscale opzetjes. Het is daarom gerechtvaardigd dat deze soort financiering getoetst wordt op het kunstmatige karakter.

Externe financiering

De externe financieringen blijven daarentegen buiten schot, met uitzondering van de eerder aangehaalde garantstellingen en het *doorgeefluik*. Deze hoofdregel is gebaseerd op de assumptie dat wanneer extern financiering wordt aangetrokken, een reële financieringsbehoefte bestaat bij de belastingplichtige en dat onder de tucht van de markt de transactie onder zakelijke condities tot stand komt. Van derde partijen kan worden aangenomen dat zij *at-arm's-length* met elkaar handelen. Daarnaast hoeft deze reële financieringsbehoefte niet per definitie aanwezig te zijn bij belastingplichtige. Deze kan ook op het niveau van de groep bestaan, maar met het oog op renteaftrek wordt de lening aangetrokken door de Nederlandse belastingplichtige. Vervolgens wordt daarmee elders in de groep een (externe) acquisitie wordt verricht. Ook in die situatie wordt kunstmatig een

²⁸⁵ Zie ook O.C.R. Marres, 'Winstdrainage door renteaftrek', FM 113, Kluwer, Deventer 2008, blz. 136.

rentelast gecreëerd, maar deze wordt in beginsel niet geraakt door art. 10a. In het kader van de gelijke behandeling van gelijke gevallen wordt deze rentelast op het eerste gezicht niet gelijkwaardig behandeld. In die zin wordt de financieringsvrijheid van de onderneming beperkt bij de keuze tussen interne en externe financiering. Verschil met een interne rentebetaling is wel dat de externe rentebetaling effectief de geconsolideerde winst drukt. Toch wordt de route van de interne schuld getoetst op zakelijkheid, maar kan ook een *at-arm's-length* financiering een gekunstelde route hebben afgelegd voordat deze op een reële wijze wordt aangewend. Vooruitlopend op de effectiviteit van de maatregel heeft dit onderscheid het perverse effect dat belastingplichtigen gestimuleerd worden vreemd vermogen aan te trekken van niet externe partijen. Dit terwijl de staatssecretaris in zijn Belastingplan 2012 kenbaar heeft gemaakt te streven naar een lagere schuldratio van het Nederlandse bedrijfsleven.²⁸⁶ Een deel van deze werking wordt inmiddels geneutraliseerd door de maatregel voor bovenmatige deelnemingsrente art. 13l.

De overkill in besmette financieringen lijkt (in theorie) beperkt. In combinatie met de zakelijkheidstoets zullen juist die schulden onder art. 10a vallen die kunstmatig zijn vormgegeven, of interne schulden die wel een zakelijk karakter kennen maar worden aangewend voor een niet zakelijke externe acquisitie.

5.3.1.3 *Mechanisme*

De causaal-historische beoordeling per schuld of sprake is van winstdrainage draagt bij aan een accurate werking van art. 10a. Het mechanisme is simpel. Of rente in aftrek wordt beperkt, hangt af van het individuele karakter van de rechtshandeling en de schuld zelf. De renteaftrek van twee belastingplichtigen met een vergelijkbare financieringsstructuur hangt van dezelfde omstandigheden af. Dit draagt bij aan de rechtvaardigheid van de bepaling ten opzichte van art. 13l en art. 15ad, die de renteaftrek af laten hangen van andere omstandigheden, zoals de eigen vermogenspositie of andere overnames. Art. 10a behandelt gelijke gevallen vanuit die optiek rechtvaardig. Toch kan het zijn dat twee vennootschappen als gevolg van de zakelijkheidstoets op verschillende kapitalisatiegrenzen uitkomen, afhankelijk van wat zakelijk geacht wordt. Bij een vaste kapitalisatie ratio kan wel iedere belastingplichtige dezelfde grens opzoeken, wat bijdraagt aan de gelijke behandeling.

Een vaste kapitaaltoets die wordt geflankeerd door een tegenbewijsregeling zou legitieme gevallen van renteaftrek buiten de aftrekbeperkingen moeten doen vallen.

Ik constateer wel mogelijke overkill door de frase ‘rehtens dan wel in feite, direct of indirect’, die het verband aan moet duiden met de besmette rechtshandeling. Door de ruime formulering is een dergelijk verband al snel aanwezig.²⁸⁷ Het is de wetgever daarom aan te bevelen om in plaats van deze frase

²⁸⁶ MvT, *kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 15.

²⁸⁷ O.C.R. Marres in *Aftrek van rente in de vennootschapsbelasting, in het bijzonder art. 10a: ongewijzigd handhaven, aanpassen of afschaffen*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap No. 228, Kluwer, Deventer 2006, blz. 8.

alleen het woord ‘feitelijk’ te gebruiken. Het verband wordt dan nog steeds materieel benaderd, maar het geeft wel een concretere invulling aan de relatie.

5.3.1.4 *Tegenbewijs*

Art. 10a hanteert een dubbele zakelijkheidsnorm bij de bepaling van niet aftrekbare rente. Het spreekt voor zich dat de open norm met een flexibel toepassingsbereik uiteindelijk kan leiden tot rechtsonzekerheid. Als randvoorwaarde voor het gebruik van een open norm geldt dat de ratio van de regeling helder moet zijn. Eerder in het onderzoek ben ik tot de conclusie gekomen dat de ratio van art. 10a niet geheel helder is. Toepassing van deze zakelijkheidsnorm legt daardoor een extra last op de belastingplichtige te bewijzen dat de gekozen financieringsfunctie voldoende economische realiteit kent.²⁸⁸ *Marres* duidt de verschillende wegenleer, de onzakelijke omleiding, de externe financieringseis en de compenserende heffingstoets als de meest in het oog springende onderdelen. Het effect van een te zware zakelijkheidstoets kan zijn dat belastingplichtigen met een legitieme financieringsstructuur niet kunnen voldoen aan de tegenbewijsregeling en derhalve onder de aftrekbeperking komen. In dit licht heeft de Hoge Raad recentelijk geoordeeld dat de last van de tegenbewijsregel van art. 10a, lid 2 niet dusdanig zwaar is dat aan deze mogelijkheid geen betekenis meer toekomt.^{289,290} De redactie van de *Vakstudie-Nieuws* heeft overigens twijfels over de aanzienlijke last om aan de tegenbewijsregel te voldoen.

In dit arrest werd tevens de vraag beantwoord, of het proportioneel is dat art. 10a de rente op de besmette schuld volledig in aftrek beperkt, ongeacht de fiscale behandeling bij de ontvanger. Het in aftrek beperken van rente roept dubbele heffing op, indien deze bij de ontvanger nogmaals in de heffing wordt betrokken. Bovenstaande vraag is gestoeld op de gedachte dat geen sprake kan zijn van misbruik voor zover de ontvanger belasting betaalt over de rente. Alleen het verschil tussen de effectieve heffing die naar Nederlandse maatstaven gebruikelijk is en wat daadwerkelijk wordt geheven is in die visie als misbruik te beschouwen. Hierop antwoordde Nederlands hoogste rechtscollege dat het vanuit bestrijdingsoogpunt niet onevenredig is om de rente volledig in aftrek te beperken.²⁹¹ In de kern ben ik het hier met de Hoge Raad eens. Art. 10a vormt een anti-misbruikmaatregel. Het kan niet zo zijn dat de consequentie van misbruik slechts beperkt blijft tot de correctie naar zakelijke maatstaven. Misbruik moet een sanctie kennen en dat is in dit geval de volledige beperking in aftrek.

²⁸⁸ O.C.R. Marres, ‘Het gat gedicht’, *NTFR* 2012-1682.

²⁸⁹ HR 1 maart 2013, nr. 11/00675, (Belgisch coördinatiecentrum) r.o. 4.4.4.2, *V-N* 2013/12.19.

²⁹⁰ Uit Europese jurisprudentie volgt - kort gezegd - dat het aanleveren van tegenbewijs ten behoeve van een antimisbruikmaatregel een belemmering kan vormen van het communautaire recht op vrijheid van vestiging.²⁹⁰ Het beschermen van de grondslag tegen misbruik door kunstmatige constructies met als doel het ontwijken van belastingheffing is een dwingende reden van algemeen belang, maar daar is alleen geoorloofd als deze ook proportioneel is. De belastingplichtige moet daarom in staat worden gesteld zonder buitensporige administratieve inspanningen bewijs aan te dragen dat niet sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie, HvJ EU, 13 maart 2007, C-524/04, (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*) r.o. 82, *V-N* 2007/15.9.

²⁹¹ Onder verwijzing naar HR 23 januari 2004, nr. 38258, *BNB* 2004/142.

Compenserende heffingstoets

Wat de compenserende heffingstoets betreft ben ik overigens van mening dat deze vanwege zijn mechanische insteek juist wel bijdraagt aan de nauwkeurigheid van de maatregel. Deze compenserende heffingstoets vloeit voort uit de antimisbruikgedachte, op basis waarvan het fiscale voordeel als gevolg van misbruik geneutraliseerd dient te worden. De huidige toets beperkt alles of niets, zuiverder zou zijn als, naargelang voldaan wordt aan de compenserende heffingstoets, rente in aftrek wordt toegestaan. Dit is rechtvaardiger dan het laten ontstaan van dubbele heffing op hetzelfde rentebestanddeel.

5.3.2 Art. 13l

5.3.2.1 Rechtshandeling

Art. 13l vormt als systeembewaker een correctie op de deelnemingsvrijstelling. Deze richt zich kort gezegd op drie categorieën rechtshandelingen: (i) de verliesfinanciering of verwerving van een deelneming niet zijnde een reële uitbreiding van de operationele activiteiten, (ii) de verwerving van agressief gefinancierde deelnemingen en (iii) deelnemingen die wel een reële uitbreiding vormen, maar vanuit de groep bezien met het oogmerk op renteaftrek door belastingplichtige zijn verworven. Voor deze categorieën deelnemingen wil de wetgever in wezen de ruime deelnemingsvrijstelling niet open stellen. Bij toekenning van deze royale vrijstelling heeft de wetgever kunnen voorzien dat ook de drie hiervoor genoemde categorieën hiervan zullen profiteren. Om een gunstig vestigingsklimaat te bieden aan het bedrijfsleven is hiervoor bewust gekozen. Nu de budgettaire schoen begint te wringen, heeft de staatssecretaris aangegeven alleen reële uitbreiding van operationele activiteiten te willen faciliteren. Grondslagerosie blijft alleen nog toegestaan voor reële uitbreidingsfinancieringen die gezond gefinancierd zijn. (In feite schuilt het probleem dus in een te lage drempel voor de deelnemingsvrijstelling.) Een deelneming die niet kwalificeert als een uitbreiding van de operationele activiteiten, zal veelal ter belegging worden gehouden. Deze categorie is de poort van de deelnemingsvrijstelling gepasseerd en geniet in beginsel de voordelen van de ruime deelnemingsvrijstelling. De wetgever staat geen aftrek van bovenmatige deelnemingsrente toe voor deze categorie, maar kennelijk zit het probleem dieper doordat de objectvrijstelling toepassing vindt op belangen die geen verlengstuk zijn van de onderneming,. Voor dergelijke belangen is de deelnemingsverrekening beter geschikt. De selectie aan de poort moet dus strenger.

Wat de eerste categorie betreft, zou een aanscherping van de oogmerktoets van de deelnemingsvrijstelling eerder op zijn plaats zijn. Ook de fiscaal gedreven interne verhandelingen kunnen dan beter worden bestreden. Temeer, nu door toedoen van de mathematische rekenregel en de fictieve toerekening van eigen vermogen het mogelijk is dat de rente ten behoeve van deze ongewenste deelnemingen willekeurig in aftrek kan worden beperkt. Dit kan leiden tot de ongelijke behandeling tussen twee belastingplichtigen die dezelfde rechtshandeling verrichten.

5.3.2.2 Type financiering

Zowel rente op interne, externe als fictieve deelnemingsschulden kan in de aftrekbeperking worden betrokken.²⁹² Bezien vanuit de ratio van de bepaling is dit juist, aangezien het gaat om de mate van excessiviteit van de financiering en gezien het feit ook externe financiering zich hiervoor leent.

Effectief ziet art. 13l op drie typen financiering. De eerste betreft de excessieve financiering van ongewenste deelnemingen. In lijn met de ratio van de bepaling en de wens van de staatsecretaris om de deelnemingsvrijstelling niet in ruime zin open te stellen voor deze categorie gerechtvaardigd.

De tweede betreft de financiering die een agressief karakter kent, namelijk die van een *double dip* of een *mismatch*. Een dergelijke *double dip* of *mismatch* vindt met name plaats in internationale situaties, waarin entiteiten en/of geldverstrekkingen anders worden gekwalificeerd door het buitenland dan door Nederland. Indien er sprake is van *double dips* en *mismatches* in nationale situaties, moet eerst sprake zijn van misbruik wil het gerechtvaardigd zijn dat deze rente op goede deelnemingen wordt uitgezonderd. Zoals gezegd vind ik dit buitenlandse grondslagbescherming geen zaak van de Nederlandse wetgever, zolang deze niet wordt benadeeld. Of de andere jurisdictie deze rentelast nogmaals in aftrek toestaat acht in niet van belang. Zolang staten hun heffingssoevereiniteit willen behouden zijn zij verantwoordelijk voor een juiste bepaling van de grondslag aldaar. Een economische activiteit kan overigens materieel maar op een plaats tegelijk ontplooit worden.

De derde en laatste categorie leningen ziet op deelnemingsschulden die op het niveau van de Nederlandse moedervennootschap worden aangetrokken met het oog op renteaftrek. In de visie van de wetgever is in dat geval sprake van misbruik. De moedervennootschap moet dan wel na de overname een beslissende rol gaan spelen ten behoeve van de deelneming, door bijvoorbeeld de strategie en het beleid van die deelneming te bepalen.

Als gevolg van de mathematische rekenregel en de fictieve toerekening van eigen vermogen zal eerder sprake zijn van underkill in deze agressieve leningen. Overkill zou zich wel voor kunnen doen als gevolg van procyclische effecten: door verliesgevende activiteiten kan binnen een periode het eigen vermogen slinken, terwijl in diezelfde periode geen nieuwe deelnemingen zijn verworven. Als gevolg van de mathematische rekenregel kan voor die periode alsnog sprake zijn van een bovenmatige deelnemingsschuld.

5.3.2.3 Tegenbewijs

De tegenbewijsregels van art. 13l spitsen zich toe op uitzondering voor reële uitbreidingsinvesteringen en een compenserende heffingstoets voor hybride financieringen. Met de uitzondering voor reële uitbreidingsinvesteringen is een nieuwe open norm geïntroduceerd.

²⁹² Op het moment van afronding van dit onderzoek kan tevens de vraag worden gesteld in hoeverre derde partijen nog bereid zijn om een excessieve financiering te verstrekken en of het betrekken van rente aan derden nog relevant is.

De tegenbewijsmogelijkheid voor de toetsen uit het zesde lid is wel beperkt. Zo kent onderdeel a voor dubbele aftrek überhaupt geen tegenbewijsregel. In onderdeel b staat deze alleen open mits sprake is van een compenserende heffing of er op zijn minst een belasting naar de winst wordt geheven bij de ontvanger van de rente. Beide onderdelen dragen daardoor potentiële overkill voor legitieme financieringen met zich. Dit is een andere invulling van de tegenbewijsregeling dan lid 3 van art. 10a. Het gevolg van die bepaling is namelijk dat de belastingplichtige de rente in zijn geheel wel of in zijn geheel niet mag aftrekken.

5.3.2.4 *Mechanisme*

Het teveel aan deelnemingsrente wordt wettelijk bepaald. Door af te stappen van de causaliteit kan (ongerechtvaardigd) onderscheid ontstaan tussen belastingplichtigen die een niet kwalificerende deelneming agressief willen financieren binnen de groep. De renteaftrekbepanking hangt ook af van de verhouding tussen het totale eigen vermogen en de niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen. Ik acht het niet rechtvaardig dat twee gelijke agressief gefinancierde deelnemingen mogelijk ongelijk worden behandeld, afhankelijk van de overige balansinrichting van de onderneming. De wettelijke benadering veroorzaakt deze verstoring. De minister was zich hier bij invoering terdege van bewust, maar uit budgettaire overwegingen is deze rekenregel in stand gelaten.²⁹³

Art. 13l corrigeert de ruime deelnemingsvrijstelling voor deelnemingsrente met een ongewenst karakter. Vanuit de coherentie van het belastingsysteem bezien, is een correctie acceptabel, maar wordt asymmetrie gecreëerd doordat slechts een beperkt deel van het volledige correctiemechanisme is doorgevoerd. Vanuit het beginsel van reciprociteit moet aan een correctie op het niveau van de moeder vennootschap in geval van deelnemingsrente ook op het niveau van de dochter vennootschap gevolg worden gegeven.²⁹⁴ De systematische samenhang ontbreekt aangezien de dochter vennootschap geen mogelijkheid wordt geboden de gewraakte deelnemingsrente ten laste te brengen van haar winst. Het betreft hier geen antimisbruikmaatregel die de grondslag moet beschermen onder sanctie van (eventuele) dubbele belastingheffing, maar een correctie op het systeem. Ik vind het daarom niet fair dat de wetgever op zijn beurt aan *cherry picking* doet, en alleen dat deel van het mechanisme heeft ingevoerd dat positief bijdraagt aan de schatkist.²⁹⁵ *Wattel* is de mening toegedaan dat de Nederlandse wetgever consequent moet zijn en imputatie van deelnemingskosten bij de dochter vennootschap toe moet staan.²⁹⁶ *Marres* en *Snel* steunen het uitgangspunt dat deelnemingskosten altijd ergens in aftrek

²⁹³ Minister van Financiën: “Vooropgesteld moet worden dat naar verwachting elke gesuggereerde versoepeling van de voorgestelde regeling zal leiden tot een budgettaire derving. Gezien de budgettaire kaders van het Begrotingsakkoord 2013 ligt een versoepeling dan niet voor de hand.” NV, Kamerstukken II, 33287, nr. 7, blz. 20.

²⁹⁴ HR 11 april 2001, nr. 35 729, (Bosal) BNB 2001/257 r.o. 3.4.4.

²⁹⁵ J.A.G. van der Geld in zijn noot bij BNB 2001/257c* (Bosal).

²⁹⁶ A-G *Wattel* in zijn conclusie bij HR 11 april 2001, nr. 35 729, (Bosal) BNB 2001/257 punt 6.7.

moeten worden gebracht, maar vinden de nadelen van imputatie op niveau van de dochtervennootschap te groot.^{297,298} Het primaire nadeel is dat de dochtervennootschap niet gebaat is bij de uitgaven. Secundaire nadelen zijn praktisch van aard. Zo vloeit bij verschillende aandeelhouders het fiscale voordeel van aftrek op niveau van de dochtervennootschap naar rato weg naar die aandeelhouders. Ook wordt deze imputatie bij de dochtervennootschap niet internationaal breed gedragen, waardoor *mismatches* zullen ontstaan. Ik vind het een interessant concept omdat het dicht blijft bij de aanwending van de schuld ten behoeve van economische activiteit. In het volgende hoofdstuk ga ik dieper op dit vraagstuk in.

5.3.3 Art. 15ad

5.3.3.1 *Rechtshandeling*

Art. 15ad is een van de maatregelen die moet voorkomen dat een Nederlandse belastingplichtige haar eigen overname financiert. In dat kader is het gerechtvaardigd dat in eerste instantie alle interne en externe overnames binnen het bereik van art. 15ad vallen. De bepaling is van toepassing op rente voor alle overgenomen en gevoegde maatschappijen, ook in die situaties waar voeging plaatsvindt uit volstrekt legitieme overwegingen, waardoor mogelijk overkill kan ontstaan. Dit hangt onder meer af van andere factoren, waardoor gelijke behandeling van twee identieke overnames niet is gewaarborgd.

5.3.3.2 *Financiering*

Art. 15ad richt zich op de voeging van de overnameholding en zijn schuldbron met een intern of extern gevoegde maatschappij in een fiscale eenheid. Dit is een logisch gevolg van de keuze van de wetgever om de kosten en opbrengsten van de gevoegde maatschappijen samen te nemen alsof sprake is van één belastingplichtige. In geval van misbruik van deze faciliteit is het gerechtvaardigd dat de voordelen die dit de belastingplichtige maatschappij(en) oplevert, worden ontnomen. De vraag is of de voordelen die de belastingplichtige worden ontnomen volgens de systematiek van art. 15ad, wel die belastingplichtigen treft waarbij sprake is van deze vorm van grondslaguitholling. Met andere woorden, identificeert art. 15ad wel die gevallen die beoogd zijn? Evenals voor art. 13l geldt dat een maatregel die een grens stelt aan de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen niet aansluit op de economische werkelijkheid. Een financiering die aansluit bij de bedrijfseconomische werkelijkheid zal niet bestreden hoeven worden met een misbruikmaatregel. Aangezien er gevallen zullen zijn die vanuit dat oogpunt wel geraakt worden is er op dit punt sprake van *overkill*.²⁹⁹ Een voorbeeld hiervan is de gezonde overnameschuld, waarop de rente in aftrek wordt beperkt, omdat in hetzelfde jaarcluster een andere agressieve overnamefinanciering is gesloten. Het is denkbaar dat op basis van de gemiddelde financieringsdrempel ook de gezonde financiering wordt beperkt. Ook het ontbreken van een compenserende heffingstoets bij de ontvanger creëert *overkill*.

²⁹⁷ O.C.R. Marres, 'Eerlijk delen in de fiscale jungle', oratie, onderdeel 5.1, SDU 2011.

²⁹⁸ F.P.J. Snel, 'Van moeders en dochters', SDU, Amersfoort 2005, blz. 134.

²⁹⁹ MvT, Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 3, blz. 10, over de noodzaak voor een tegenbewijsregel bij het oude art. 15ad.

Deze *overkill* is des te prangender in gevallen waarbij de financiering afkomstig is van onafhankelijke derden. In het algemeen kan worden aangenomen dat in dit geval sprake is van een bedrijfseconomisch reële financieringsverhouding, aangezien een onafhankelijke derde boven die grens geen financiering meer verstrekt.³⁰⁰ Daarbij neemt de wetgever aan dat wanneer rente op externe schulden aftrekbaar zal zijn, de overnemende partijen deze leningen zullen ‘vermommen’ in externe leningen. Deze situatie wordt reeds gedekt door art. 10a. De Redactie van de Vakstudie Nieuws voegt daaraan toe dat een externe lening vanuit aandeelhoudersperspectief een andere functie heeft dan een groepslening, aangezien een derderente vanuit de groep bezien een werkelijke kostenpost behelst.³⁰¹

5.3.3.3 *Mechanisme*

Dat de verhouding (welke verhouding?) in de optiek van de wetgever geen verstandige keuze is van de ondernemer is een andere discussie. De tucht van de markt is naar mijn mening leidend, welke gevolgd dient te worden door de belastingheffing. Om deze legitieme financieringsverhoudingen te ontzien zou evenals art. 13l ook art. 15ad een tegenbewijsregel moeten kennen.³⁰² Deze bewijsregel zou naar mijn mening ook een opening moeten bieden voor een teveel aan overnamerenten die is niet is ontstaan door een bewust excessief gefinancierde overname, maar door een verliesgevende eigen activiteit van de overnameholding. Een vergelijkbaar procyclisch bijeffect doet zich ook voor bij de lichamen van art. 13l, bij een geslonken eigen vermogen als gevolg van een verliesgevende activiteit van de moedermaatschappij. De wetgever is zich hier van bewust, maar juist om de maatregel uitvoerbaar te houden is gekozen voor een dergelijke forfaitaire benadering.³⁰³

5.3.3.4 *Tegenbewijs*

Art. 15ad resteert als enig artikel zonder tegenbewijsmechanisme. Dit wreekt zich met name bij de ‘harde’ financieringseis in het geval een overname met meer dan 60% met vreemd vermogen van derde partijen wordt gefinancierd. De fiscale benadering neemt dan afstand van de zakelijke omstandigheden in de bedrijfseconomische realiteit. De doelstelling om bonafide situaties te ontzien wordt op dit punt niet bereikt.

5.4 **Effectief**

Aan de hand van dit criterium beoordeel ik of en in hoeverre de wetgever (theoretisch) het door hem beoogde resultaat bereikt. Binnen dit criterium ga ik eerst in op de vraag of de beoogde rente op financiering van externe acquisities ook daadwerkelijk worden bestreden. Underkill doet zich voor wanneer rente- contrair aan de ratio van de maatregel -toch in aftrek van de belastinggrondslag kan worden gebracht. Indien van toepassing, ga ik daarna in op hoofdlijnen, doch niet uitputtend, op

³⁰⁰ G.M.M. Michielse, ‘*Thin capitalisation in het fiscale recht*’, FM nr. 67, Kluwer, Deventer 1994, blz. 300.

³⁰¹ NnavV Belastingplan 2012, V-N 2011/54.2.

³⁰² De Raad van State heeft dit bij invoering van art. 13l ook geadviseerd. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 287, nr. 4, blz. 17.

³⁰³ NnavV, *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 7, blz. 20 en MvT, *kamerstukken II 2011/12*, 33 287, nr. 3, blz. 11.

tekortkomingen van de maatregelen waardoor ontgaansmogelijkheden ontstaan. Deze tekortkomingen doen af aan een sluitend belastingstelsel. Binnen een sluitend belastingstelsel vullen de specifieke renteaftrekbeperkingen elkaar aan en worden idealiter alle beoogde gevallen omvat.

Het speerpunt van een stabiel belastingstelsel is dat de maatregelen ook het beoogde resultaat sorteren. Anders dan de meer rechtszekerheid, is totale effectiviteit van de renteaftrekbeperkingen in de praktijk moeilijk meetbaar. Alleen macro-economische gegevens (ramingen van de opbrengsten) zijn voorhanden en deze geven geen volledig beeld. Zo reiken de effecten van de maatregel verder dan slechts feitelijk in aftrek beperkte renten. Wanneer de regeling werkelijk doel treft, drukt deze excessief gedrag de kop in en corrigeert het een belastingplichtige naar een geoorloofde financieringsstructuur. De maatregel heeft dan een positief gedragseffect, maar dat uit zich niet in niet aftrekbare, dan wel getemporeerde rente. Daarnaast is het denkbaar dat de belastingplichtige anticipeert op de antimisbruikmaatregel door zijn fiscale structurering dusdanig vorm te geven dat alsnog belasting verijdeld wordt.³⁰⁴

5.4.1 Art. 10a

5.4.1.1. Beoogde structuren

Internationaal opererende ondernemingen nemen hun ondernemingsbeslissingen op basis van hun geconsolideerde balans, terwijl staten in hun heffing worden beperkt tot slechts het deel van de onderneming dat zich binnen zijn jurisdictie bevindt. Uit de ratio van art. 10a volgt dat het artikel op moet treden tegen geconsolideerd bezien de kunstmatige presentatie van eigen vermogen als vreemd vermogen door de groep aan de Nederlandse belastingdienst. *Van Strien* duidt de maatregel daarom ook wel als grondslagbewaker.³⁰⁵ Ik herken ook een element van totaalwinstbewaker, aangezien het rentekosten elimineert van een geldverstrekking die niet wordt aangewend in de onderneming van belastingplichtige. Daarbij beïnvloedt de rente aan een verbonden partij geconsolideerd beschouwd de totaalwinst van het concern niet. Om hier gevolg aan te geven, betreft art. 10a de kunstmatige financiering van vennootschappen met interne leningen (lid 1 onderdeel c).

Art. 10a geeft invulling aan deze kunstmatigheid van de rechtshandeling en financiering op basis van de open norm zakelijkheid. Belastingheffing vormt een kostenpost voor ondernemingen. Een onderneming weegt daarom de fiscale lasten mee in zijn ondernemingsbeslissingen. Een nadeel van de open norm is dat het onderscheid tussen een aanvaardbare combinatie van fiscale overwegingen en niet meer te accepteren overwegingen is niet eenvoudig te maken. Daar staat tegenover dat ruimte bestaat voor de invulling van het specifieke geval. Ondanks het grijze gebied rondom wat overwegend zakelijke mate per geval inhoudt, ben ik wel van mening dat een causaal verband in combinatie met

³⁰⁴ De specifieke vormgeving van laatste twee punten laat ik vanuit academisch oogpunt buiten beschouwing.

³⁰⁵ J. van Strien, 'Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting', Erasmus Universiteit Rotterdam, 2007, onderdeel 8.4.6.

een open norm nog steeds het dichtst bij de bedrijfseconomische realiteit staat. Uit dien hoofde draagt deze bij aan de effectiviteit in de te raken structuren.

Een van de mogelijkheden voor tegenbewijs is de redelijke heffingnorm ex art. 10a lid 3 onderdeel b. De redelijke heffingnorm kent een alles of niets benadering. Wanneer de besmette rente tegen een lagere maar als voldoende beschouwde compenserende heffing bij de ontvanger wordt belast, is de rente in zijn geheel aftrekbaar. Hier ontstaat een tariefsverschil, mogelijk zelfs op een lening die niet aan de zakelijke normen voldoet. De regeling zou in effect toenemen indien slechts de rente aftrekbaar zou zijn volgens de voor zover benadering: het tarief wat in het buitenland in aanmerking wordt genomen.

5.4.1.2 Underkill/ontgaansmogelijkheden

Vanwege de causale verbanden tussen de interne schuld en de externe acquisitie worden deze situaties over het algemeen door art. 10a bestreken. De acquisities en financieringen die geen overwegend zakelijk karakter hebben vallen daardoor onder deze bepaling. De bepaling wordt daarentegen wel in zijn effectiviteit beperkt door het huidige verbondenheids criterium. *Van Strien* en *Van der Geld* zijn van mening dat het huidige criterium van 33^{1/3}% tot overkill kan leiden, aangezien nog geen doorslaggevend belang wordt bestreken.^{306,307} In de regel zal dit bij kunstmatige transacties binnen een groep wel een pre zijn. Zelf ben ik van mening dat deze 33^{1/3}% nog te statisch is, in die zin dat alleen naar rechtspersonen en natuurlijk personen als verbonden partijen kunnen worden aangemerkt als onderdeling gelieerd. In de holding- en kasgeldconstructie jurisprudentie³⁰⁸ kwam ook veelvuldig samenwerkende de groep aandeelhouders³⁰⁹ voor. Indien een partij individueel niet in staat is te beschikken over de (i.c. winstreserves) maar door het vormen van een eensgezinde samenwerkende groep aandeelhouders hiertoe wel in staat is, werd een samenwerkende groep gevormd. Een dergelijke samenstelling van gelieerde partijen die als een geheel optreedt toe te zou moeten worden toegevoegd aan het verbondenheids criterium. Deze uitbreiding zou de reikwijdte in transacties en daarmee de effectiviteit van art. 10a doen toenemen.³¹⁰

5.4.2 Art. 13l

5.5.2.1 Beoogde structuren

In art. 13l lopen hoofdzakelijk drie beoogde doelstellingen door elkaar. De eerste vormt in wezen een correctie op het systeem van de bruto- in een netto deelnemingsvrijstelling. Financieringslasten die gedragen worden door de moedermaatschappij maar toerekenbaar aan de voordelen uit de

³⁰⁶ J. van Strien, 'Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting', Erasmus Universiteit Rotterdam, 2007, onderdeel 6.7.2.

³⁰⁷ J.A.G. van der Geld, 'De herziene deelnemingsvrijstelling', FM 20, Kluwer, Deventer 1990, blz. 148.

³⁰⁸ Hoge Raad 23 februari 2000, nr. 35 401, *BNB* 2000/149.

³⁰⁹ Of varianten daarop zoals certificaathouders, Hoge Raad 11 maart 1998, nr. 32 420, *BNB* 1998/129.

³¹⁰ A.H.M. Daniels en R.J. de Vries, 'Aanstaande overnameholdingwetgeving in de vennootschapsbelasting: waar gaan we met z'n allen naar toe?', *WFR* 2011/1322, onderdeel 4.

dochtervennootschap, moeten in de berekening van de deelnemingsvrijstelling worden meegenomen. De bruto deelnemingsvrijstelling geldt op die manier alleen voor actieve uitbreidingsinvesteringen. Over het algemeen weet lid 5 van art. 13l deze twee categorieën accuraat te onderscheiden. De tweede doelstelling ziet op de agressieve financiering van deelnemingen. De wetgever heeft lid 6 toegevoegd als aanvullende voorwaarden voor de uitbreidingsinvesteringen van lid 5. In het vorige hoofdstuk is gebleken dat dit lid van art. 13l sterke overeenkomsten kent met de dubbele zakelijkheidstoets van art. 10a. Dankzij de causale benadering van de schulden zullen deze individueel worden beoordeeld op ongewenste kenmerken als een te lage compenserende heffing, *double dips* en *mismatches*. Ook de bescherming van de buitenlandse grondslag wordt hier in betrokken. Op zichzelf is deze toets in staat agressieve schulden mee te nemen in de berekening van bovenmatige deelnemingsrente, vanwege zijn causale benadering in combinatie met de mogelijkheid tot tegenbewijs. Ten derde poogt onderdeel c van lid 6 de financiering van gezonde deelnemingen op het niveau van de Nederlandse moedermaatschappij tegen te gaan. De wettekst wijdt niet verder uit over de interpretatie van het begrip oogmerk, de parlementaire historie daarentegen wel. Bij de mathematische berekening van de deelnemingsschuld lopen deze drie doelstellingen door elkaar. In combinatie met de mathematische toets is het mogelijk dat per saldo geen deelnemingsrente bovenmatig is en ieder van deze doelstellingen niet bereikt wordt. Dit komt de kracht van de maatregel niet ten goede.

Per saldo wordt de bruto deelnemingsvrijstelling maar voor twee soorten deelnemingen gecorrigeerd. De correctie bereikt winsten die niet voortvloeien uit een activiteit die een uitbreiding vormt de eigen operationele activiteit van de groep, dan wel agressief gefinancierde deelnemingen. Voor deelnemingen met operationele activiteiten die niet agressief zijn bekostigd, wordt nog steeds de bruto-vrijstelling gehanteerd. In die zin slaagt art. 13l als grondslagbewaker.

5.5.2.2 Underkill/ontgaansmogelijkheden

Uiteindelijk hangt de aftrek volledig af van de totale debt:equity ratio. Wanneer sprake is van een toereikende hoeveelheid eigen vermogen ten opzichte van de ongewenste deelnemingen, wordt de bepaling niet getriggerd. Dit lokt uiteenlopende ontgaansmogelijkheden uit. Een daarvan is dat belastingplichtigen worden gestimuleerd reële uitbreidingsinvesteringen met gezonde financieringen vorm te geven. Deelnemingen die toch niet kwalificeren voor deze uitzondering van lid 5, worden al meegenomen in de mathematische rekenregel. Het kan daarom interessant zijn voor belastingplichtige om dergelijke deelnemingen agressief te financieren, aangezien deze deelneming toch al werd meegenomen. Door het bundelen van uitgezonderde deelnemingen met gezonde financiering en vice versa, kan een vertekend beeld worden opgeroepen van de mathematische deelnemingsschuld. Dit beperkt art. 13l ernstig in zijn effectiviteit.

Daarnaast kunnen transacties die onder art. 13l vallen ook worden bestreken door art. 10a. Ter voorkoming van een dubbele aftrekbepanking stelt art. 13l lid 8 dat schulden waarop de rente reeds in

aftrek is beperkt op basis van art. 10a niet nogmaals wordt meegenomen in de rekenregel. Doordat art. 10a de te beperken rente causaal vaststelt en art. 13l deze op basis van het gemiddelde van de deelnemingsrenten berekent, kunnen deze verschillend uitwerken. Op laagrentende art.10a leningen zal het daarom voor belastingplichtigen aantrekkelijker zijn voor toepassing van art. 10a te ‘kiezen’, door niet aan de tegenbewijsregel te voldoen.

5.4.3 Art. 15ad

5.4.3.1 *Beoogde structuren*

Uit de memorie van toelichting³¹¹ is op te maken dat doel en strekking van art. 15ad tweeledig is. Dat is, zoals eerder vermeld, het beperken van excessieve financiering met vreemd vermogen en de daarmee gepaard gaande uitholling van de belastinggrondslag in structuren met overnameholdings. De aftrekbeperking moet dus alleen dan effect hebben indien zonder fiscale eenheid de overnameholding na aftrek van de rente over de overnameschulden verlies maakt.³¹²

De maatregelen tegen overnameholdings moeten voorkomen dat een Nederlandse belastingplichtige zijn eigen overname financiert. Dit is mogelijk door de horizontale verliesverrekening van de fiscale eenheid, maar tevens door fusie, splitsing, of een activa/passiva transactie. In de kern worden deze figuren bestreken door art. 15ad en zijn flankerende maatregelen. Art. 15ad stelt per jaarcluster vast of en in hoeverre sprake is van bovenmatige overnamerente binnen een fiscale eenheid. Excessieve overnames kunnen door de bepaling per jaarcluster onder de gemiddelde financieringsdrempel blijven. Evenals bij art. 13l verstoort dit de effectiviteit van de maatregel.

5.4.3.2 *Underkill/ontgaansmogelijkheden*

De effectiviteit van de maatregel wordt verder verstoord door een aantal vormen van underkill, welke ik hieronder kort aanstip.

Verrekening gestalde rente via carry back compensabele verliezen

Wanneer de overnameschuld is afgelost of de overgenomen maatschappij is ontvoegd uit de fiscale eenheid met de overnameholding eindigt de renteaftrekbeperking van 15ad. De gestalde rente wordt dan in een keer ten laste gebracht van de belastbare winst van de fiscale eenheid dan wel de overnameholding. In hoofdstuk 4 heb ik beschreven dit bedrag aan rente middels carryback verrekend kan worden met de winst uit een eerder jaar.

Mixen gezonde schulden met ongezonde schulden binnen jaarcluster

Art. 15ad stelt per jaarcluster vast of en in hoeverre sprake is van bovenmatige overnamerente binnen een fiscale eenheid. Evenals bij art. 13l creëert dit een verstoring in de nauwkeurigheid van de

³¹¹ MvT, *kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 13.

³¹² MvT, *kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 3, blz. 87.

maatregel. Een belastingplichtige die binnen de grenzen van het jaarcluster een ‘gezonde’ samenstelling van overnames heeft, houdt de mogelijkheid om een excessieve bron van schuld met winstbron samen te laten komen. Dit terwijl het vanuit de ratio van de bepaling is beoogd excessieve overnamefinancieringen juist te raken. Daarbij geeft een vastgestelde ratio de impuls om binnen deze grenzen interne leenverhoudingen aan te gaan.³¹³

Waarschijnlijk heeft de wetgever het bedrijfsleven extra ruimte willen geven aan het bedrijfsleven om zijn overnamefinancieringen in te richten. Enerzijds komt dit ten goede aan het vestigingsklimaat, maar consequentie daarvan is wel dat dit ten koste gaat van de effectiviteit van de maatregel. Als gevolg van deze verschillende benaderingen is de merkwaardige situatie ontstaan dat de belastingplichtige die in aanraking komt met de beperking van deelnemingsrente, geneigd zal zijn om een fiscale eenheid te vormen. De fiscale eenheid wordt als een belastingplichtige beschouwd, en voor zover de deelnemingen in Nederland gevestigd zijn dan wel alhier een vaste inrichting aanhouden kan buiten het bereik van 13l gebleven worden. Uiteraard zijn de voorwaarden voor een fiscale eenheid strikter als voor de deelnemingsvrijstelling, maar het punt is dat art. 15ad nu juist niet wordt getriggerd door deze feitelijke omstandigheden. Voor het financieren van een belegging in een deelneming of agressieve financieringen is binnen art. 15ad veel meer ruimte. Daarnaast maakt het verschil of een dochtermaatschappij in of buiten Nederland is gevestigd. Tot nog toe ben ik er in dit onderzoek vanuitgegaan dat dit het geval is. Wanneer de dochter in het buitenland is gevestigd, worden alleen haar winsten en verliezen opgenomen die toerekenbaar zijn aan de Nederlandse jurisdictie: Nederlands inkomen van een buitenlandse belastingplichtige ex art. 17 Wet VPB 1969. Voor deze categorie wordt de subjectbenadering losgelaten en worden op causaal-economische gronden activa, passiva, kosten en opbrengsten toegerekend aan haar Nederlandse activiteit. Op die wijze kan alle overnamerente die causaal verband houdt worden toegerekend aan de winst van deze dochtervennootschap. Door een fiscale eenheid te vormen met een dochtermaatschappij welke een vaste inrichting heeft in Nederland staat een ontgaansmogelijkheid open.

Daarnaast streeft de wetgever ernaar om de financiering van ondernemingen met een *onevenredige verhouding* aan schuld te ontmoedigen en de schuldenlast van het Nederlandse bedrijfsleven te verlagen.³¹⁴ Dit argument is wellicht mede ingegeven in het licht van de economische laagconjunctuur. De staatssecretaris doelt echter in het bijzonder op *private equity* huizen die met vreemd vermogen een belang in een onderneming verwerven. Zij kiezen bewust voor financiering met vreemd vermogen vanwege het hefboom effect, gecreëerd door de marge tussen rente en rendement. In reactie hierop stelt de wetgever een norm welke verhouding gezond is. Het is niet de verwachting dat *private equity*

³¹³ Deze overweging lag ook ten grondslag aan de keuze voor een specifieke maatregel als art. 10a boven art. 10d. MvT, *Kamerstukken II, 1995/96*, 24 696, nr. 3, blz. 11.

³¹⁴ MvT, *kamerstukken II, 2011/12*, 33 003, nr. 3, blz. 15.

investeerders hierop anticiperen.³¹⁵ Een aftrekbeperking verhoogt slechts de kostenstructuur en de door de markt gedicteerde optimale verhouding.

De totale financiering van de activa van een onderneming speelt zich op een ander niveau af dan slechts de financiering van een overname of uitbreiding van een belang in een andere maatschappij. In dit opzicht is het dan opmerkelijk dat deze renteaftrekbeperking van 15ad alleen aansluit bij de wijze/het niveau waarop de overname is gefinancierd. In het volgende onderdeel zal hier verder op worden ingegaan.

Jaar van voeging is leidend: niet van verkrijging

Bij bepaling van de gezonde financieringsratio van art. 15ad van een jaarcluster is het jaar van voeging leidend. De financieringsdrempel binnen het jaarcluster geen rekening met eerdere fiscale eenheden waar de overgenomen maatschappij deel van heeft uitgemaakt. Op het moment dat de overgenomen maatschappij in een (nieuwe) fiscale eenheid gevoegd wordt, vangt het jaarcluster met een nieuw percentage aan. Het kan dus voor belastingplichtige opportuun zijn te wachten met de voeging van een overgenomen maatschappij, opdat deze in een ‘gezond’ cluster terechtkomt. Een vergelijkbaar resultaat wordt bereikt door een overgenomen maatschappij over te dragen naar een nieuwe overnameholding.

Mixen gezonde met ongezonde tussen jaarclusters: verkrijging nieuwe overnameholding

Vanuit het jaar van voeging kan het ook interessant zijn om ongezonde en gezonde jaarclusters samen te voegen in een nieuwe overnameholding. Afgezien van de fiscale motivering kunnen zakelijke redenen bestaan om een dergelijke herindeling van overgenomen maatschappijen vorm te geven. Op deze zakelijke situatie zal het leerstuk *fraus legis* in de regel niet van toepassing zijn.

5.4.4 Art. 10a, art. 13l en art. 15ad tezamen

De wetgever heeft de weg van generieke renteaftrekbeperkingen verlaten. Ondanks hun eenvoud en rechtszekerheid hebben zij in het verleden niet het gewenste resultaat gebracht. Met de keuze voor art. 10a, 13l en 15ad is hij de weg van de specifieke bepalingen ingeslagen. De inzet van specifieke maatregelen vereist dat je als beleidsmaker helder hebt hoe de financiering van externe acquisities fiscaal moet worden begeleid. De maatregelen beogen ieder op hun manier misbruik van renteaftrek bij externe acquisities te bestrijden. Het ontbreekt de wetgever mijns inziens wel aan een algehele visie. Dat gaat ten koste van de nauwkeurigheid. Daardoor worden sommige situaties dubbel en andere situaties helemaal niet beslagen. De wetgever doet er daarom goed aan de behandeling van deze renteaftrek te herbezinnen. Daarvoor moet worden gestart bij de basis, de inrichting van het systeem.

³¹⁵ ‘*Economische en sociale effecten van buyouts in Nederland* - meer werkgelegenheid en groei in ondernemingen na een private equity investering’, Rapport van Ernst & Young Transaction Advisory Services B.V. en Nederlandse Vereniging Participatiemaatschappijen, januari 2008.

Het is inmiddels common sense dat rentestromen die met enkele cosmetische correcties binnen groepsverband worden opgeroepen, niet gewenst zijn. Deze kunstmatige rentestromen kunnen ook door het leerstuk *fraus legis* worden beheerst. De wetgever is echter minder consequent in zijn keuze waar de lening en de renteaftrek thuis hoort: bij de moedervenootschap/crediteur of bij de dochtermaatschappij/deelneming. De wetgever hinkt op dit moment op twee gedachten. Art. 15ad verwijst voor renteaftrek naar de moedermaatschappij. Art. 13l kunnen in dezelfde situatie verwijzen naar de dochtermaatschappij/deelneming. In de onderdelen van 5.4.2 en 5.4.3 heb ik laten zien dat dit in combinatie met de mathematische drempels er toe kan leiden dat uiteindelijk geen van de twee beperkingen van toepassing is.

5.5 Efficiënt

De wetgever heeft een aantal fundamentele keuzes gemaakt in de wijze waarop zij de ondernemingswinst van een belastingplichtige benadert. Belastingplichtigen reageren slechts als vanzelfsprekend op keuzes die de wetgever bij de inrichting van het systeem van de vennootschapsbelasting heeft gemaakt. Deze keuzes gaan verder dan de vormgeving van de antimisbruikmaatregelen *an sich*. Als belangrijkste zijn te onderscheiden de ondernemingsfictie van art. 2 lid 5, het fiscale onderscheid in eigen vreemd vermogen en de inrichting van de deelnemingsvrijstelling. In het volgende hoofdstuk ga ik hier dieper op in. De wetgever geeft eerst de opening om kosten en opbrengsten in de heffing te betrekken die vanuit de ratio van de vennootschapsbelasting en het territorialiteitsbeginsel niet binnen de belastbare grondslag horen. Vervolgens veroorzaakt het fiscale onderscheid in eigen en vreemd vermogen een grotere aantrekkingskracht tot financiering met schuld.

Met specifieke maatregelen wordt beoogd deze gevolgen weer ongedaan te maken. In het licht van de efficiëntie zou men zich af kunnen vragen of de wetgever hiermee niet meer uitvoeringskosten voor zowel de ontvanger als de belastingplichtige afroept. Daar komt bij dat de wetgever deze correcties op de winstberekening ook niet consequent toepast. Weigering van renteaftrek bij de schuldenaar, leidt in nationale situaties niet tot een corresponderende correctie bij de schuldeiser, laat staat dat dit in internationale verhoudingen gebeurt. Beperking van renteaftrek leidt dus tot dubbele belastingheffing.

5.4.4 Art. 10a, art. 13l en art. 15ad tezamen

De aftrekbeperkingen kennen ook een zekere overlap doordat ze dezelfde figuren bestrijden. Zo richten zowel art. 10a als 15ad zich tegen renteaftrek bij overnameholdingconstructie. Eerstgenoemde legt een kwalitatieve toets aan en laatstgenoemde een kwantitatieve toets, wil rente in aftrek worden beperkt. Ook art. 13l wordt als het ware ‘overlapt’ door art. 10a, maar ook hier geldt een mathematische benadering. Daarnaast sluiten deze regelingen onvoldoende op elkaar aan, waardoor nog steeds grondslagerosie mogelijk is in situaties waarin dat ongewenst is. In de literatuur gaan

daarom ook stemmen op om deze maatregelen samen te voegen in art. 10a. In het volgende hoofdstuk wordt daar meer aandacht aan besteed.

Afgezien van de technische aspecten van de maatregelen, kan men zich afvragen of de administratieve lasten die deze bepalingen veroorzaken bij belastingplichtigen en het controleapparaat, gezien de relatief geringe opbrengst van de vennootschapsbelasting ten opzichte van de inkomsten uit omzetbelasting en loonbelasting.³¹⁶ Het is namelijk uit den boze dat een belastingplichtige voor een externe acquisitie van een dochtervennootschap mogelijk voor drie verschillende bepalingen een administratie bij dient te houden om zijn zakelijkheid, compenserende heffing, reële uitbreidingen en gezonde financieringen aan te kunnen tonen. Afgezien van de bepalingen voor renteaftrek komen daar de houdsterverliesmaatregel en de normale administratielasten nog bovenop. Deze maatregelen voor renteaftrek doen af aan de overzichtelijkheid van de vennootschapsbelasting. Naast de rechtszekerheid gaat dit gebrek ook ten koste van het vestigingsklimaat. Wanneer wij als vestigingsland het actieve bedrijfsleven willen ontzien en concurrerend willen houden, zullen wij na moeten denken over een efficiëntere inrichting van deze wijze van belastingheffing. De paradox is dat het (budgettaire) succes van de aftrekbeperking ten koste gaat van het vestigingsklimaat. De wetgever moet zich de vraag stellen of de resultaten van de maatregel opwegen tegen het verlies aan deze eerder genoemde belasting door verminderde activiteit in Nederland.

5.6 Deelconclusie

In dit onderdeel heb ik de renteaftrekbeperkingen beoordeeld op hun effectiviteit, efficiëntie en rechtvaardigheid. In hoofdstuk vier is gebleken dat de renteaftrekbeperkingen niet met elkaar zijn geharmoniseerd. Uit dit hoofdstuk is te concluderen dat vanwege hun specifieke karakters de maatregelen uiteenlopend presteren. Dit vloeit onder andere voort uit het feit dat zij uit pragmatisme zijn geboren als reactie op de gedragingen van belastingplichtigen.³¹⁷ De mate waarin de bepalingen voldoen aan de criteria voor een goed belastingstelsel laten zich het beste beschrijven aan de hand van een overzicht:

³¹⁶ A.H.M. Daniels en R.J. de Vries, 'Aanstaande overnameholding wetgeving in de vennootschapsbelasting: waar gaan we met z'n allen naar toe?', *WFR* 2011/1322.

³¹⁷ In de literatuur wordt ook de hoge snelheid en beperkte interesse, waarmee de wetgevende macht de wetsvoorstellen behandelt, als oorzaak genoemd voor de onevenwichtigheden. Zie onder meer A.H.M. Daniels en R.J. de Vries, 'Aanstaande overnameholdingwetgeving in de vennootschapsbelasting: waar gaan we met z'n allen naar toe?', *WFR* 2011/1322.

5.6.1 Matrix criteria goed belastingstelsel

	Art. 10a			Art. 13l		15ad		
Rechtvaardigheid	Overkill	Gelijkheid		Overkill	Gelijkheid		Overkill	Gelijkheid
Rechts-handeling	slecht	goed		Goed	Slecht		slecht	slecht
Type financiering	slecht	goed		Goed	Slecht		goed	slecht
Mechanisme	goed	goed		slecht	slecht		slecht	slecht
Tegenbewijs	slecht	goed		slecht	slecht		n.v.t.	n.v.t.
Effectiviteit	Beoogde structuren	Underkill/ Ontgaans- mogelijkheden		Beoogde structuren	Underkill/ Ontgaans- mogelijkheden		Beoogde structuren	Underkill/On- tgaansmoge- lijk-heden
	goed	goed		slecht	slecht		slecht	slecht
Efficiëntie	Binnen context belastingstelsel	Eenvoud/ administratieve lasten	Overlap					
	matig	slecht	slecht					

Rechtvaardigheid

Wat de rechtvaardigheid betreft kan gesteld worden dat art. 10a het beste presteert vanwege zijn causaal-historische beoordeling per schuld. Art. 10a werkt daarom het meest zuiver en rechtvaardig uit. In tegenstelling tot art. 13l en 15ad wordt de aftrek niet verstoord door berekening per jaarclusters of een mathematische balanstoets. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat art. 15ad gezonde overnamerente in aftrek beperkt, omdat in hetzelfde jaarcluster een andere agressieve overnamefinanciering is gesloten, of dat zoals in art. 13l ongewenste deelnemingsrente als gevolg van de totale financieringsverhouding aftrekbaar blijft. Ik acht het gebruik van deze rekenregels onrechtvaardig, omdat vergelijkbare belastingplichtigen voor vergelijkbare rechtshandelingen op eenzelfde wijze in de belastingheffing moeten worden betrokken.

Wel heb ik opgemerkt dat mogelijk de bewijslast van art. 10a zwaarder weegt dan proportioneel. Wat art. 15ad ontbreekt een tegenbewijsregeling in het geheel en in beginsel ook voor art. 13l. Wat wellicht de grootste gemeenschappelijke tekortkoming van de maatregelen is, is dat zij slechts eenzijdig een correctie vormen op de belastinggrondslag. Indien de ontvanger een Nederlands belastingplichtige is, wordt deze rente alsnog in de heffing betrokken.

Effectiviteit

Afgezien van de eerder geconstateerde *overkill*, beslaan de artikelen beslaan grotendeels de situaties welke beoogd zijn. Daar moet als grote kanttekening bij geplaatst worden dat vanuit de doelstelling van de vennootschapsbelasting de renteaftrekbeperkingen een noodzakelijk kwaad zijn. Deze aftrekbeperkingen zijn nodig als reactie op de gedragingen van belastingplichtigen, welke in de ogen van de wetgever onbedoeld zijn. Het merkwaardige is dat aftrek van rente gestimuleerd wordt door het onderscheid in eigen in vreemd vermogen, dat juridisch verschuldigde kosten ten laste van de winst mogen worden gebracht als gevolg van de ruime ondernemingsfictie en dat de deelnemingsvrijstelling bewust is ingegeven als brutovrijstelling.

Efficiëntie

Als laatste heb ik de bepalingen beoordeeld op hun efficiëntie. Het voornaamste aandachtspunt van efficiëntie kan gevonden worden op het vlak van de overlap die de bepalingen kennen.³¹⁸ Art 10a beslaat zowel situaties van overnameholdings als deelnemingsrente, maar kent zijn eigen maatstaven. Diezelfde situaties worden daarna vervolgens aan art. 15ad dan wel art. 13l onderworpen. Men kan zich afvragen hoe zinvol dit is. Afgezien daarvan, kennen deze bepalingen aanzienlijke uitvoeringskosten en veroorzaakt dubbele heffing een economische verstoring.

³¹⁸ L.G.M. Stevens, 'Fiscale Beleidsnotities 2012', WFR 2011/1200.

Met de kennis van dit hoofdstuk werpt de vraag zich op of de behandeling van rente op externe overnamefinancieringen niet rechtvaardiger, effectiever en efficiënter kan. Dit vraagstuk beantwoord ik daarom in het volgende hoofdstuk.

6. ALLOCATIE VAN RENTEAF TREK: GOING DUTCH

6.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk heb ik de huidige wettelijke aftrekbepalingen van art. 10a, 13l en 15ad geanalyseerd. De conclusie van deze analyse luidde dat deze bepalingen tekort schieten op hun rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie. Deze tekortkomingen vloeien voort uit fundamentele keuzes van de wetgever in behandeling van financieringslasten binnen de Nederlandse winstbepaling. In dit hoofdstuk onderzoek ik of en hoe deze tekortkomingen gepasseerd kunnen worden door een alternatieve benadering van overnamefinancieringen.

6.1.1 Onderzoeksvraag

Alvorens tot een alternatief te komen, ligt aan de behandeling van deze financieringslasten de vraag ten grondslag welke winsten Nederland wil of zou moeten belasten. De onderzoeksvraag voor dit onderdeel luidt dan ook als volgt: *Wat zijn de (fundamentele) knelpunten bij overnamefinancieringen in de vennootschapsbelasting en hoe zou de vennootschapsbelasting daar idealiter op moeten worden ingericht?*

6.1.2 Opzet

Dit hoofdstuk begint met een korte schets van de huidige uitgangspunten van het Nederlandse systeem voor de vennootschapsbelasting. In vorige hoofdstukken is gebleken dat bij de inrichting daarvan deze uitgangspunten leiden tot de huidige problematiek: veel aftrekbepalingen die administratieve lastendruk meebrengen, heel verschillend uitwerken en niet altijd de ongewenste renteaftrek blokkeren. Dit veroorzaakt in de literatuur een continue stroom aan alternatieven en verbeteringen. Om de knelpunten van het huidige systeem scherp te krijgen, toets ik deze aan drie criteria: neutraliteit, interne consistentie en een verbod op dubbele belasting in binnenlandse verhoudingen. Neutraliteit wordt nagestreefd in een belastingheffing die gelijksoortige handelingen even zwaar belast. De aanname is dat de nutmaximaliserende belastingplichtige voor de optimale investering kiest. Belastingheffing mag die keuze niet verstoren door de relatieve rendementen van die investeringen te beïnvloeden. Interne consistentie vereist dat een grensoverschrijdende situatie niet slechter wordt behandeld dan zijn binnenlandse equivalent. Door middel van deze interne consistentie werkt het verbod op dubbele heffing ook door naar grensoverschrijdende situaties, aangenomen dat het buitenland een soortgelijk stelsel hanteert als Nederland.

Vooruitlopend op mijn bevindingen, is het gezien de toenemende internationalisering en de complexe organisatie van ondernemingen niet eenvoudig om het huidige systeem fundamenteel te wijzigen. Daarom bespreek ik kort een aantal alternatieven die zo dicht mogelijk bij het huidige (mondiale) belastingsysteem staan. De verdragsrechtelijke en Europeesrechtelijke aspecten blijven buiten beschouwing. Met de kennis van deze alternatieven stel ik de uitgangspunten op om de

vennootschapsbelasting op het vlak van de behandeling van financieringslasten beter te laten functioneren. Tot slot doe ik aan de hand van deze punten een concreet voorstel voor een alternatieve behandeling van overnamefinanciering in de vennootschapsbelasting.

6.2 Huidig systeem

Het recht om belasting te heffen berust bij individuele staten zelf. Nederland heft als soevereine staat over de ondernemingswinsten die op het Nederlandse territorium opkomen.³¹⁹ Daarnaast belast zij in beginsel ook de winsten van degenen die zich op het Nederlandse territorium hebben gevestigd, maar elders in de wereld worden gegenereerd. In een globaliserende wereld worden grensoverschrijdende activiteiten van ondernemingen veelal beclaimd door verschillende jurisdicties. Iedere staat is – mede door toepassing van de belastingverdragen - beperkt tot zijn eigen jurisdictie. Door verschillen in hun individuele belastingheffing kunnen dispariteiten, dubbele heffingen en inefficiënties ontstaan. Verandering van fiscale jurisdictie wordt gevolgd door een verschil in belastingdruk. De marktverstoring die hierdoor optreedt, is alleen weg te nemen door harmonisatie van belastingssystemen. Daarvoor moet een staat een deel van zijn soevereiniteit inleveren.^{320,321}

De vennootschapsbelasting beoogt te heffen over ondernemingswinsten die als zodanig niet rechtstreeks in de inkomstenbelasting wordt betrokken, maar wel door rechtspersonen en andere rechtsentiteiten worden genoten, ongeacht wie de aandeelhouder is.³²² Binnen het klassieke stelsel wordt bij uitkering of vervreemding dezelfde winst economisch voor een tweede maal belast bij de aandeelhouder. Voor vaststelling van de Nederlandse belastinggrondslag onderscheid ik drie niveaus die bepalend zijn voor de behandeling van rentelasten, te weten: de juridische benadering van de belastbare grondslag, de ongelijke behandeling van eigen ten opzichte van vreemd vermogen en de wijze waarop voordelen uit hoofde van een deelneming worden belast.

6.2.1 Subjectbenadering of objectbenadering

Over de rechtsgrond en de belastingsubjecten voor de vennootschapsbelasting bestaat geen eensgezindheid in de wetenschap en ook de parlementaire geschiedenis is niet eenduidig. Grof gezegd is de vennootschapsbelasting een heffing van vennootschappen en aanverwante lichamen naar hun zuivere opbrengst. De grondslag hiervoor wordt bepaald volgens het totaalwinstbeginsel.³²³ Deze totale winst wordt onafhankelijk van de aandeelhoudersrelatie en groepsverbanden Bepaald. De

³¹⁹ Ik beperk mij tot het Europese deel van het land Nederland.

³²⁰ Zie ook M.F. de Wilde, 'Een aanzet voor een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van in Nederland actieve groepen', *MBB* 2011/9. Illustratief noemt hij voor de spanning tussen soevereiniteit en harmonisatie de moeizame Europese eenwording.

³²¹ Eén van de Europese initiatieven voor een grensoverschrijdende vennootschapsbelasting de Home State Taxation. Volgens dit concept wordt belasting centraal geheven van de moedervenootschap en belastingopbrengst wordt via een kwantitatieve verdeelsleutel toegerekend aan lidstaten waar dochters zijn gevestigd.

³²² S.A.W.J. Strik, *Cursus vennootschapsbelasting*, VPB 0.0.0, digitale editie, Kluwer, bijgewerkt tot 8 februari 2013.

³²³ Via art. 8 Wet VPB 1969 juncto 3.8 Wet IB 2001.

totaalwinst is simpel gezegd het bedrag aan gezamenlijke voordelen dat gedurende het gehele bestaan van een onderneming uit die onderneming wordt verkregen.

6.2.1.1 *Formeel-juridische benadering*

De wetgever heeft bij invoering van de vennootschapsbelasting gekozen de belastbare grondslag (bij wijze van ficties) te bepalen per rechtspersoon of per rechtentiteit: de formeel-juridische visie ofwel subjectieve belastingplicht. De vennootschapsbelasting is een belasting van vennootschappen en niet van ondernemingen.³²⁴ De belangrijkste fictie geldt voor de in art. 2, lid 1, onderdeel a tot en met d Wet VPB 1969 genoemde lichamen die in Nederland zijn gevestigd. Zij worden geacht een onderneming te drijven met behulp van hun gehele vermogen.³²⁵ Ook activa, passiva, kosten en baten die geen verband houden met de onderneming van belastingplichtige, worden derhalve in de ondernemings sfeer betrokken. Dit heeft vervolgens zijn weerslag op de bepaling van de totale winst uit onderneming.³²⁶

Toegesplitst op kostenaftrek, is de hoofdregel dat de lasten in aftrek komen bij de civielrechtelijke debiteur die de lasten betaalt, ongeacht of die kosten verband houden met de onderneming van belastingplichtige. Uitzonderingen daarop zijn correcties op basis van het totaalwinstbeginsel voor uitgaven die worden gedaan in de aandeelhouderssfeer, zodat een (verkapte) dividenduitkering moet worden aangenomen. Kosten en opbrengsten kunnen ook vanwege nationale of internationale transferpricingvoorschriften worden aangepast.³²⁷ Vanwege haar eenvoud wordt de formeel-juridische visie dan ook internationaal breed gedragen.³²⁸ Desondanks biedt deze juridische benadering juist een opening voor arbitrage voor ondernemingen die in verschillende jurisdicties met verschillende vennootschappen opereren. Zij krijgen de mogelijkheid via de juridische lijnen activa, passiva, kosten en opbrengsten ‘op papier’ toe te delen aan de gewenste jurisdictie. De balans en de zuivere winst kunnen daardoor vervuild raken met bestanddelen die niet voortvloeien uit eigen ondernemingsactiviteiten. In het kader van renteaftrek, kunnen rentekosten kunstmatig langs de belastingplichtige worden geleid opdat deze aftrek zijn belastbare grondslag verlaagt, los van de vraag of deze feitelijk verband houden met de onderneming van de belastingplichtige. In principe zullen kosten dus neerslaan daar waar zij het meest de effectieve belastingdruk verlagen en winsten zullen vloeien naar de laagbelastende jurisdictie. Ondanks hun eenvoud, leiden de formeel-juridische benadering en de ondernemingsfictie dieper in het systeem van de vennootschapsbelasting tot verstoringen. Vervolgens moeten met wettelijke en jurisprudentiële instrumenten deze uitwassen worden bestreden. Art. 10a en art. 15ad vormen in feite zo een correctie op deze civiel-juridische

³²⁴ Zie ook P.H.J. Essers in zijn noot bij Hoge Raad 3 mei 2002, nr. 36 821, *BNB* 2002/257.

³²⁵ Art. 2, lid 5 Wet VPB 1969.

³²⁶ Zie ook F. Horzen, ‘Art. 2, lid 5, Wet VPB 1969: een foute bepaling?’, *NtFR* 2009/1824.

³²⁷ Bijvoorbeeld art. 9 van het OESO modelverdrag en zijn afgeleide art. 8b Wet VPB 1969.

³²⁸ Rapport Studiecommissie Belastingstelsel Van Weeghel, in opdracht van het Ministerie van Financiën, Den Haag, 7 april 2010. Zie ook J.A.G. van der Geld in zijn noot bij Hoge Raad 11 april 2001, nr. 35 729 (*Bosal Holding*), *BNB* 2001/257c*, onderdeel 3.

benadering om kosten die geen verband houden met de (belaste) ondernemingswinst uit de winstbepaling van de belastingplichtige te abstraheren.³²⁹

6.2.1.2 Causaal-economische benadering

Een tegenovergestelde benadering van kostenallocatie is de causaal-economische visie. Dit kan ook wel als materiële benadering worden gezien. Niet de juridische verplichting tot betaling is leidend, maar de vraag of de kosten toerekenbaar zijn aan de onderneming van belastingplichtige. De opbrengsten van een belastingplichtige worden gematched met de kosten van de productiefactoren die worden opgeofferd om zijn activiteiten te ontplooiën. In mijn optiek verdient deze benadering de voorkeur, aangezien de economische winst van een onderneming op veel zuiverder wijze wordt benaderd. De winst wordt belast bij de onderneming (in de jurisdictie) waar deze opkomt. Dit doet recht aan het territorialiteitsbeginsel.

Voor een beperkt deel van de grondslag van de vennootschapsbelasting wordt bij wijze van uitzondering de causaal-economische methode gehanteerd. Deze objectbenadering wordt gehanteerd voor winsten van in het buitenland gevestigde lichamen met een onderneming in de vorm van een vaste inrichting in Nederland en vice versa. De OESO definitie van een vaste inrichting luidt: ‘(..) a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.’³³⁰

Vanwege het fictieve karakter van de vaste inrichting kent deze geen juridische zelfstandigheid. De winst van een vaste inrichting wordt benaderd aan de hand van de economische werkelijkheid. Deze economische werkelijkheid wordt weergegeven aan de hand van het at-arms-length beginsel. Op basis van verschillende methoden kunnen kosten en opbrengsten aan de vaste inrichting toegerekend.³³¹ Het treedt buiten de kaders van dit onderzoek om op deze specifieke methodes en hun implicaties in te gaan.

In beginsel worden interne leningen tussen hoofdhuis en vaste inrichting fiscaal niet erkend als vreemd vermogen voor de vaste inrichting, indien dit vermogen niet door het hoofdhuis extern is ingeleend.³³² Lasten die juridisch niet worden gedragen door het hoofdhuis, kunnen op basis van causaliteit alsnog worden toegerekend aan de onderneming in de vaste inrichting. In dit kader is ook het arrest *Seabrokers* vermeldenswaardig.³³³ Het Hof van Justitie EVA oordeelde dat kosten die specifiek

³²⁹ Art. 131 beschouw ik in wezen als fiscale correctie op de deelnemingsvrijstelling, maar de deelnemingsvrijstelling vindt ook zijn oorsprong in de belastingheffing op basis van juridisch zelfstandigheid. Hier ga ik in een volgend onderdeel op in.

³³⁰ Artikel 5 lid 1 OESO modelverdrag 2010.

³³¹ De OESO geeft haar voorkeur aan de ‘functionally separate entity approach’. De onderneming van de vaste inrichting wordt daarin beschouwd als aparte entiteit die interne transacties kan doen met het hoofdhuis en daarmee los van het hoofdhuis winsten en verliezen kan maken. ‘OECD Report on the attribution of profits to permanent establishments’, OECD, Parijs, 22 juli 2010.

³³² Hoge Raad 7 mei 1997, nr. 30 294, r.o. 3.3.2, *BNB* 1997/263. In het bijzondere geval dat een schuld voortkomt uit goederenleveranties wordt deze fiscaal wel erkend, Hoge Raad 8 november 1989, nr. 25 089, r.o. 4.2, *BNB* 1990/36.

³³³ EVA Hof, 7 mei 2008, nr. E-7/07 (*Seabrokers*), r.o. 68, *V-N* 2008/47.8.

toerekenbaar zijn aan een buitenlandse activiteit niet in aftrek hoeven te worden toegestaan in de woonstaat.

Het bepalen van de vaste inrichtingswinst ziet op de verdeling van ondernemingswinst tussen twee jurisdicties. De toerekening van financieringskosten op overnamefinancieringen voor een fiscaal zelfstandige partij kan ook binnen een jurisdictie plaatsvinden. De gedachte achter de economische methodiek is echter hetzelfde: rentelasten komen in aftrek bij de belastingplichtige die de schuld aanwendt om zijn belaste ondernemingsactiviteit te ontplooien.³³⁴

6.2.1.3 Beschouwing

De Nederlandse vennootschapsbelasting kent zowel de formeel-juridische als de causaal-economische benadering.³³⁵ De kracht van een heffing die aansluit bij de juridische werkelijkheid is zijn eenvoud. De consequentie daarvan is dat grote bedragen aan rente in aftrek kunnen worden gebracht bij de juridische schuldenaar. De renteaftrek zoekt daarentegen ook naar aansluiting bij de causaal-economische werkelijkheid. De zakelijkheid van de transactie, de lening en het verband met de lening zijn causaal-economische toetsen. Rentelasten die in de ogen van de wetgever niet thuishoren in de grondslagbepaling van de belastingplichtige worden geabstraheerd. Enerzijds is juridisch verschuldigde rente ten principale aftrekbaar. Anderzijds moet het wel binnen de economische perken blijven. De behandeling van rentelasten hinkt dus op twee gedachten.

Indien de wetgever besluit juridisch verschuldigde rente bij gebrek aan causaal-economische gronden in aftrek te weigeren, zou vice versa ook de rente die juridisch niet verschuldigd is, maar wel causaal-economisch verband houdt, in aftrek worden toegestaan. *A-G Wattel* concludeerde in 2001 al dat de wetgever niet consequent is in deze benadering.³³⁶ In het bijzonder rentelasten die elders in de keten door de Nederlandse fiscus in aftrek zijn geblokkeerd wegens afwezigheid van deze economische grond zou op diezelfde grond moeten worden toegestaan met het oog op de interne consistentie van het belastingstelsel.

6.2.2 Fiscaal onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen

De eerste fundamentele keuze ziet op de benadering van de winst. Een daarmee samenhangende keuze is die voor het klassieke stelsel. De basis van het klassieke stelsel ligt in het civielrechtelijke onderscheid tussen eigen vermogen en vreemd vermogen. Het zijn twee afzonderlijke wijzen van

³³⁴ Hoge Raad 7 mei 1997, nr. 30 294, r.o. 3.3.2, *BNB* 1997/263. In het bijzondere geval dat een schuld voortkomt uit goederenleveranties wordt deze fiscaal wel erkend, Hoge Raad 8 november 1989, nr. 25 089, r.o. 4.2, *BNB* 1990/36.

³³⁵ Deze benaderingen veroorzaken verschillen in de belastingheffing over activiteiten die belastingplichtige ontplooit in de vorm van een deelneming dan wel vaste inrichting.

³³⁶ Hoge Raad, 11 april 2001, nr. 35729, *BNB* 2001/257c.

aantrekken van de productiefactor kapitaal, waar verschillende rechten en plichten mee gemeoid zijn.³³⁷

6.2.2.1 *Klassiek stelsel*

Het klassieke stelsel is gebaseerd op een samenloop van twee gedachten. Enerzijds is volgens de antropomorfe benadering de rechtspersoon een zelfstandig opererende deelnemer aan het economische leven.³³⁸ De rechtspersoon is daarom het subject van de vennootschapsbelasting. In het verlengde daarvan zijn rente en dividend beiden kosten ter financiering van het aangetrokken vermogen. Vanuit het subject bezien vormen de betaling van rente en de uitkering van winst een last. Het ligt in de rede dat beide lasten dan aftrekbaar zouden moeten zijn van de belastbare grondslag. In het Nederlandse stelsel is dat - evenals vrijwel elk ander land - niet het geval. Anderzijds kan de rechtspersoon gezien worden als een samenwerking van participanten. In dat geval treft de vennootschapsbelasting het rendement dat wordt behaald binnen deze samenwerking, ongeacht uitdelingen aan participanten. Het vreemd vermogen is geen ondernemend vermogen en de lasten daarvan vormen een resultaatbepalende uitgave. Het eigen vermogen van de kapitaalverschaffers is risicodragend ondernemingsvermogen. De aangroei van dit kapitaal is het rendement dat wordt behaald en vormt de heffingsgrondslag, ongeacht of de winst wordt uitgekeerd aan de aandeelhouders.³³⁹ De uitkering van dividend is slechts een resultaatbestemmende uitgave die geen invloed heeft op de winst zelf. De eenvoud van de winstbepaling vormt een van de voordelen van het klassieke stelsel. Het lichaam wordt zelfstandig belast over zijn winst, los van de vraag of deze winst wordt uitgekeerd. De heffing van vennootschapsbelasting is in feite een voorheffing op het rendement van de aandeelhouder. De discriminatoire behandeling van de vergoeding op eigen ten opzichte van vreemd vermogen speelt overigens niet alleen in de vennootschapsbelasting. Ook de heffing van dividendbelasting tegenover de afwezigheid van een Nederlandse bronbelasting op rente kan een verstrend effect opleveren. Dit effect kan en wordt overigens gemitigeerd door bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting of de Europese Moeder & Dochterrichtlijn.

6.2.2.2 *Beschouwing*

Discriminatie van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen heeft tot gevolg dat ondernemingen worden geprikkeld een grotere schuldenlast aan te gaan, wat de investeringsbeslissing verstoort.³⁴⁰ Het nettorendement op eigen vermogen is relatief lager dan op vreemd vermogen, waardoor minder wordt geïnvesteerd en de minder kapitaal accumuleert. Op lange termijn zal dit

³³⁷ Bij dit civielrechtelijke onderscheid sta ik niet verder stil.

³³⁸ Hofstra hangt deze visie aan in H.J. Hofstra, bewerkt door R.E.C.M. Niessen, *'Inleiding tot het Nederlandse belastingrecht'*, Kluwer, Deventer 2002.

³³⁹ Ook wel het *Schanz-Haig-Simons* concept, vernoemd naar G. van Schanz, 'Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetz,' 13 *Finanz-Archiv* no. 1, 1896 en later bediscussieerd door H.C. Simons, *'Personal Income Taxation: The Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy'*, University of Chicago Press, 1938.

³⁴⁰ L.G.M. Stevens, *'Elementair Belastingrecht'*, Deventer, Kluwer 2013, blz. 309.

leiden tot lagere lonen en minder werkgelegenheid.³⁴¹ Daarnaast wordt ook hier door de wetgever gelegenheid gecreëerd tot arbitrage in zowel nationale als internationale groepsverbanden. Het opnemen van rentebetalingen in de belaste sfeer biedt de mogelijkheid door middel van financieringsstromen winsten te verschuiven tussen belastingplichtigen. Wanneer een winstgevende hoogbelaste groepsmaatschappij rente betaalt aan een laagbelaste groepsmaatschappij, wordt middels de rentebetaling winst verschoven naar de laagbelaste ontvanger van de rente. De aftrekbaarheid resp. de belastbaarheid van rente biedt de opening tot verschuiving, maar het uiteindelijke voordeel wordt bepaald door het tariefsverschil.³⁴²

In de literatuur pleiten diverse auteurs daarom voor opheffing van het fiscale onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen. Enerzijds kan dit door ook dividend of primair rendement aftrekbaar te stellen, de zogenoemde *Allowance for Corporate Equity*. Het doel van de aftrek van primair dividend is dat alleen de overwinsten belast zullen worden en de ‘normale’ vergoeding op kapitaal aftrekbaar is.

Anderzijds door het uitsluiten van rente als aftrekbare financieringslast, de *Comprehensive Business Income Tax*. Het treedt buiten de kaders van dit onderzoek om hier uitvoerig op in te gaan, maar ook deze oplossingen zijn niet zaligmakend. Door (primair)dividend aftrekbaar te stellen wordt de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting dusdanig versmald dat Nederland effectief niet of nauwelijks over de winst kan heffen die binnen zijn jurisdictie is behaald. Een verhoging van het statutaire tarief zal dan noodzakelijk zijn

De afwezigheid van deze voorheffing vormt vooral een probleem indien de uiteindelijke aandeelhouder niet aan de Nederlandse inkomstenbelasting onderworpen is.³⁴³ Andersom leidt defiscalisering van rente tot een verslechtering van het vestigingsklimaat. De *CBIT* drijft een nog grotere wig tussen de economische werkelijkheid en de fiscale gevolgtrekking, waardoor de fiscale grondslag hoger wordt vastgesteld dan de winst in werkelijkheid is.³⁴⁴

De bottleneck is dat Nederland deze stelselwijziging niet eenzijdig door zal kunnen voeren, omdat dit zowel budgettaire derving als arbitragemogelijkheden uitlokt. Een dergelijke stelselwijziging zal dus

³⁴¹ B. Jacobs, *‘De prijs van gelijkheid’*, blz. 188, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2005.

³⁴² R.A. de Mooij, *‘Heeft de VPB een toekomst?’*, oratie, Erasmus Universiteit Rotterdam, 21 december 2003.

³⁴³ Oostenrijk, Italië en Kroatië hebben in het verleden een ACE systeem gekend. In Brazilië geldt een partieel ACE systeem voor specifieke belastingplichtigen, alwaar de voorlopige conclusie luidt dat de verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen nog niet is gewijzigd. Zie A. Klemm, *‘Allowances for Corporate Equity in Practice’*, IMF Working Paper, New York, november 2006.

België hanteert ook een systeem met de kenmerken van ACE, maar heeft per 1 januari 2013 zijn zogeheten notionele interestaftrek verlaagd en de voorwaarden aangescherpt ter bestrijding van misbruik. Zie ook *IBFD Tax Research Platform*, Corporate Taxation Belgium, onderdeel 1.9.6 Notional Interest Deduction.

³⁴⁴ B. Jacobs, *‘De prijs van gelijkheid’*, blz. 191, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 2005. R.A. de Mooij & M. Devereux stellen een tussenform voor van beide systemen in *‘An applied analysis of ACE and CBIT reform in the EU’*, CPB Discussion Paper, Den Haag juli 2009.

op internationale schaal moeten plaatsvinden. Het stroomlijnen van fiscale wetgeving op internationaal niveau verloopt moeizaam en is tijdrovend. Daarom heeft afschaffen van het onderscheid in theoretische discussies weliswaar de voorkeur, maar op korte dan wel middellange termijn is dit simpelweg niet realistisch.³⁴⁵

6.2.3 Voordelen uit deelneming

Als derde en laatste fundamentele keuze is relevant hoe wordt omgegaan met winststromen die reeds belast zijn. Dienaangaande bespreek ik op hoofdlijnen een selectie van kenmerken die relevant zijn voor de problematiek rond renteaftrek op financiering van externe acquisities.

Het doel van de vennootschapsbelasting is het belasten van het rendement op niveau van de vennootschap, vooruitlopend op heffing over het inkomen op het niveau van de aandeelhouder/natuurlijk persoon. De vennootschapsbelasting vervult dus een steunfunctie, waarbij cumulatie van belasting niet in de rede ligt.³⁴⁶ In het geval een aandeelhouder op zijn beurt ook een belastingplichtig lichaam is, ligt het dus niet in de rede dat reeds belaste winst opnieuw in de heffing wordt betrokken. Deze derde fundamentele keuze hangt deels ook samen met de eerste keuze voor de formeel-juridische benadering. Nederland wenst te heffen over inkomsten uit aandelen die juridisch toekomen aan belastingplichtige lichamen, afgezien of deze inkomsten ook economisch toerekenbaar zijn aan de Nederlandse jurisdictie. Hetzelfde geldt voor de lasten die deze aandelen met zich brengen. Ter voorkoming van deze cumulatie zijn de deelnemingsvrijstelling en deelnemingsverrekening in het leven geroepen.³⁴⁷

6.2.3.1 Objectvrijstelling

De deelnemingsvrijstelling is een objectvrijstelling voor alle voor- en nadelen die voortvloeien uit het houden van een deelneming. In de literatuur bestaat onenigheid over de vraag welk beginsel ten grondslag ligt aan deze deelnemingsvrijstelling, aangezien zij beiden zijn te herleiden in de deelnemingsvrijstelling.³⁴⁸ Zonder hier uitgebreid bij stil te staan, schrijft het ne-bis-in-idem beginsel voor dat winsten en verliezen niet tweemaal in de heffing van vennootschapsbelasting betrokken mogen worden.³⁴⁹ De leidende gedachte is dat het niet wenselijk is als deze baten in de grondslag worden betrokken, zoals dit ook in de kwijtscheldingswinstvrijstelling speelt.^{350, 351} De verlengstuk- of

³⁴⁵ Zie ook antwoord 5 in S. van Weeghel, 'Antwoorden van prof. mr. S. van Weeghel', *TFO* 2004/166 en F.J. Elswelier & J.A. van der Geld, 'Renteaftrekbeperkingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting – tijd voor sanering', *TFO* 2012/120.1, onderdeel 7.

³⁴⁶ F.P.J. Snel, *'Van Moedervennootschaps en Dochters'*, FWR04, SDU 2005, onderdeel 3.2.

³⁴⁷ Ik beperk mij tot de deelnemingsvrijstelling aangezien deze hoofdzakelijk ten grondslag ligt aan de renteproblematiek.

³⁴⁸ Voor een uitgebreid overzicht van deze discussie verwijs ik naar J.A.G. van der Geld, *'De deelnemingsvrijstelling'*, derde druk, Kluwer, Deventer 2011, blz. 64.

³⁴⁹ Dit beginsel als grondslag is ook benadrukt door de Hoge Raad in Hoge Raad 22 november 2002, nr. 36 272, (Falcons-arrest), r.o. 3.3.1, *BNB* 2003/34.

³⁵⁰ J.H. Christiaanse, *'Belastingconsulentendag '75, Deelnemingsvrijstelling en Holdings'*, Uitgeverij FED Deventer 1975, blz. 13.

³⁵¹ Art. 3.13 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001 juncto art. 8 lid 1 Wet Vpb 1969.

wel de concerngedachte beschouwt de deelneming en haar activiteiten als verlengstuk van de moedervenootschap.³⁵² De in het concern te belasten totale winst mag daarom niet groter zijn dan de samentelling van de in de afzonderlijke maatschappijen te belasten winst.³⁵³ Elders belaste winst uit bezittingen die in lijn liggen met de normale bedrijfsvoering van de onderneming moeten daarom worden vrijgesteld.³⁵⁴ Deze benadering past ook in de wens om inkomsten uit buitenlandse vaste inrichtingen zo gelijk mogelijk te behandelen als die uit deelnemingen. Daar sta ik later nog bij stil. De huidige deelnemingsvrijstelling voor dividenden, vervreemdingswinsten en -verliezen³⁵⁵ is voor actieve deelnemingen vormgegeven als bruto-vrijstelling. Dit houdt in dat het voordeel uit de deelneming geheel wordt vrijgesteld, maar met de deelneming samenhangende lasten aftrekbaar blijven (dus niet vrijgesteld). Dit is kenmerkend voor het ne-bis-in-idem beginsel. In een zogeheten nettovrijstelling worden een aantal fiscale correcties aangebracht op de vrij te stellen voordelen, ten behoeve van kosten die wel verband houden met de deelneming. Voor aankoop- en verkoopkosten zijn wettelijke uitzonderingen gemaakt en ook onder de vrijstelling gebracht, naast de bovenmatige deelnemingsrente van art. 131.^{356, 357, 358} De huidige deelnemingsvrijstelling is daarmee verworpen tot een tussenvorm van bruto- en nettovrijstelling.

6.2.3.2 Beschouwing

Een van de voordelen die een objectvrijstelling kent, is zijn eenvoud. Vergeleken met andere systemen ter voorkoming van cumulatie als een consolidatiesysteem, imputatie van resultaten of een verrekeningssysteem, is eenvoudig vast te stellen wat de vrij te stellen voordelen zijn.³⁵⁹ Hiervoor is immers alleen informatie van de belastingplichtige moedervenootschap nodig.³⁶⁰

Daarnaast is de ruime deelnemingsvrijstelling van oudsher het ‘visitekaartje’ van het Nederlandse vestigingsklimaat.³⁶¹ De effectieve belastingdruk op de winst van buitenlandse dochtermaatschappijen wordt alleen bepaald door de wijze van belastingheffing aldaar. Door deze kapitaalimportneutraliteit staan buitenlandse dochtervenootschappen daarmee fiscaal in een gelijkwaardige positie ten opzichte van hun lokale concurrenten. De wetgever verwacht dat dit een positief effect heeft op de internationale expansie van Nederlandse ondernemingen. De ruime invulling van de

³⁵² D. Juch, *‘De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting’*, Uitgeverij FED, Deventer 1974, blz. 9.

³⁵³ Hoge Raad 19 oktober 1988, 25 425, *BNB* 1989/43.

³⁵⁴ De staatssecretaris meent dat deze verlengstukgedachte leidend is, *Kamerstukken II*, 1987/88, 19 968, nr. 7, blz. 4.

³⁵⁵ Deze voordelen zijn wettelijk uitgebreid met die uit een earn-outregeling, uit hoofde van correcties van de prijs waartegen de deelneming is vervreemd of verkregen en die worden behaald met het afdekken van valutarisico dat met een deelneming wordt gelopen, art. 13 lid 6 en lid 7 Wet VPB 1969.

³⁵⁶ De hoofdkantoorkosten ten behoeve van beheer, inning en administratie zijn nog wel aftrekbaar.

³⁵⁷ De Hoge Raad had voorafgaand aan deze wettelijke uitzonderingen dat verkoopkosten op een i.c. binnenlandse deelneming vanuit teleologische interpretatie wel aftrekbaar zijn: Hoge Raad 19 oktober 1988, 25 425, *BNB* 1989/43.

³⁵⁸ Hetzelfde geldt voor bemiddelingskosten bij aankoop, die volgens de Hoge Raad daarom dienden te worden geactiveerd (maar wellicht bij vervreemding aftrekbaar zijn). Hoge Raad 8 juli 1996, 31 496, *BNB* 1996/368.

³⁵⁹ F.P.J. Snel, *‘Van Moedervenootschaps en dochters’*, SDU 2005, onderdeel 5.9.2.

³⁶⁰ Dit valt al onder haar administratieplicht, art. 52 AWR.

³⁶¹ Met deze woorden duidt de staatssecretaris de bruto deelnemingsvrijstelling, MvT, *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 572, nr. 3, blz. 12.

deelnemingsvrijstelling moet ook de aantrekkingskracht van Nederland internationale hoofdkantoren houden.³⁶² Hieruit valt overigens ook op te maken dat de wetgever aftrek van deelnemingsrente tegenover vrijgestelde voordelen destijds juist als een *unique sellingpoint* zag, in tegenstelling tot ‘ongewenste’ aftrek nu. Om deze reden is het ‘Bosal-gat’ in het verleden gelaten voor wat het is. De ruime deelnemingsvrijstelling draagt bij aan de neutraliteit op concernniveau. Kosten zijn eenmaal aftrekbaar op het niveau van de moedervennootschap en opbrengsten eenmaal belast op het niveau van de dochtervennootschap en wel tot het lokale tarief. Keerzijde is dat door deelnemingskosten aftrekbaar te houden, Nederland mogelijk meer winst vrijstelt dan dat de moedervennootschap in zijn jurisdictie effectief aan belast rendement geniet. Met andere woorden: door de ruime deelnemingsvrijstelling laat Nederland bewust de mogelijkheid open voor Nederlandse grondslagerosie.

Bij de keuze tussen een bruto- of netto-objectvrijstelling moet daarom worden overwogen hoe om te gaan met deze deelnemingskosten waarvan in het bijzonder de deelnemingsrente. In volstrekt binnenlandse moeder-dochter verhoudingen is het minder van belang op welk niveau deelnemingskosten in aftrek mogen worden gebracht, aangezien alle kosten en opbrengsten tot de Nederlandse heffingsgrondslag behoren. Ik behandel eerst deze situatie. Daarna breid ik dit uit naar de situatie dat sprake is van een deelneming in een buitenlandse dochtervennootschap. Deze situatie is gecompliceerder. Ten eerste is het totaal aan kosten en opbrengsten binnen de Nederlandse jurisdictie niet gelijk aan het totaal aan kosten en opbrengsten van de moedervennootschap en de dochtervennootschap. Ten tweede vormt de deelnemingsvrijstelling een belangrijk instrument ter voorkoming van dubbele belasting in het internationale belastingrecht.

Als gezegd wordt in een ruime deelnemingsvrijstelling mogelijk een hogere vrijstelling verleend dan het effectieve voordeel dat wordt genoten, maar door deelnemingskosten ook onder de vrijstelling te scharen, wordt de neutraliteit van de belastingheffing verstoord. In de literatuur komt daarom veelvuldig de stelling voor dat het niet toestaan van financieringslasten bij de moedervennootschap diverse ongewenste effecten oplevert. *Snel* weet deze verstoringen treffend op te sommen.³⁶³ Ten eerste wordt het evenwicht van de winstsfeer doorbroken: een vergoeding die belast is bij de ontvanger moet aftrekbaar zijn bij de verschuldigde, wil sprake zijn van een evenwichtig stelsel. In het verlengde daarvan ligt dat ook de neutraliteit in eigen en vreemd vermogen verstoord: rente en dividend zijn beiden niet belast, maar het dividend is onder deelnemingsvrijstelling vrijgesteld. De discriminatoire behandeling is daarmee omgedraaid. Ten tweede wordt de beslissing verstoord tussen

³⁶² Nederland heeft concurrentie van andere vestigingslocaties voor hoofdkantoren, met name het Verenigd Koninkrijk is in opkomst. Zie P.B.N. van Os, ‘Toekomstig internationaal opererend beursfonds zoekt fiscale woonplaats: Nederland of het Verenigd Koninkrijk?’, *Forfaitair* 2013/233 en J.W. Bellingwout e.a., *Corporate Taxation of Headquarter Services in Europe*, VU Amsterdam en ZEW Mannheim, Amsterdam, juni 2012, blz. 107.

³⁶³ F.P.J. Snel, *Van Moedervennootschaps en dochters*, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, Den Haag: SDU 2005, onderdeel 6.2.2.

rechtstreeks investeren in de eigen onderneming dan wel in die van een deelneming. In het eerste geval is deze in beginsel aftrekbaar, in het tweede geval niet. Ten derde creëert een weigering van aftrek een onderscheid tussen aandeelhouders met en zonder controlerend belang. Eerstgenoemde heeft binnen de grenzen van de totaalwinst en at-arm's-length beginsel de mogelijkheid niet aftrekbare kosten via de deelneming te leiden.

Deze argumenten van *Van der Geld*³⁶⁴ en *Snel* snijden op zichzelf stuk voor stuk hout. Het probleem van deze analyse is mijns inziens dat slechts wordt geredeneerd vanuit de moedervenootschap. Het neutraliteitsprobleem ontstaat in feite op het niveau van de dochtervenootschap. Daar moet dan ook de oplossing gezocht worden. Vanuit de juridische benadering worden bij de dochtervenootschap minder lasten in aanmerking genomen dan economisch op het rendement drukken. In het geval van een buitenlandse dochter heft de buitenlandse jurisdictie daarmee over een grotere portie dan hem economisch toekomt. In wezen ontstaat hier een verstoring van de neutraliteit. *Martens* stelt het nog scherper.³⁶⁵ De lasten die toerekenbaar zijn aan de deelneming hadden at-arm's-length moeten worden doorbelast om het lagere, zuivere rendement op het eigen vermogen van de dochtervenootschap te benaderen. Deze lasten vormen in wezen een informele kapitaalstorting welke de kostprijs van de deelneming verhoogt. In principe horen de kosten dan ook bij de dochtervenootschap in aftrek te komen van deze winst. Nederland probeert deze verstoring te corrigeren door een ruime deelnemingsvrijstelling toe te kennen aan de moedervenootschap. Er bestaat dus een spanningsveld tussen het bewaren van de neutraliteit van het concern en het recht doen aan de eigen territorialiteit.

6.2.4 *Tussenconclusie*

Op het gebied van de financiering van externe acquisities leidt het huidige systeem tot fenomenen die door de wetgever als problematisch wordt ervaren. De eerste ziet op de excessieve financiering met vreemd vermogen. De tweede is de problematiek rondom financiering van vrijgestelde deelnemingen. Het probleem is dat de wetgever aan een heldere en consequente visie ontbreekt waar deze rentelasten thuis horen. De inrichting van het systeem duidt op een toekenning aan de aandeelhouder. Tegen de ongewenste uitvloeiselen van dit systeem worden instrumenten als art. 10a en art. 13l ingezet. Uitgangspunt is hier juist dat rente geweerd moet worden uit de grondslag van de aandeelhouder. Hierop ga ik in het volgende onderdeel in.

³⁶⁴ J.A.G. van der Geld, *'De herziene deelnemingsvrijstelling, met name in internationale verhoudingen'*, Kluwer, Deventer 1990, blz. 295.

³⁶⁵ W.C.M. Martens, *'De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969'*, Kluwer, Deventer 2011, blz. 41.

6.3 Welke jurisdictie komt heffingsrecht toe?

De belastingheffing van lichamen over hun winst sluit aan bij de geografische locatie³⁶⁶ van de economische activiteit. Dit is relevant omdat op die locatie waarde wordt toegevoegd aan de productieketen. Het heffingsrecht over deze toegevoegde waarde komt in het internationale systeem toe aan de staat binnen wiens territorium deze activiteit plaatsvindt en de toegevoegde waarde wordt gecreëerd. Deze activiteit wordt gemeten met het concept *permanent establishment*. Dit concept is afgeleid van het bronlandbeginsel. Het bronland biedt de geografische locatie en de faciliteiten om de economische activiteiten te ontplooiën. Vanuit de profijtgedachte staat hier tegenover dat de genietter van de inkomsten een bijdrage levert voor de publieke taken die het bronland heeft verricht.³⁶⁷

Tegelijkertijd zijn lichamen het subject van de winstbelasting. Het heffingsrecht over deze lichamen wordt bepaald aan de hand van hun vestigingsplaats: de *place of effective management*. Dit woonplaatsbeginsel brengt dat zij belastingplichtig zijn over hun wereldwijde inkomen. Deze wereldwijde belastingplicht overlapt in dat geval ook het heffingsrecht van activiteiten in een andere jurisdictie. Dit werpt de vraag op aan welke jurisdictie het heffingsrecht toekomt.

Een inwoner van een staat geniet de geografische en publieke faciliteiten die zijn woon-/vestigingsstaat biedt. Bruins³⁶⁸ bepleit daarom dat een heffing op basis van woonplaats in de rede ligt. Men kan zich afvragen of een heffing op inkomen het meest geschikte instrument is om dit genot te meten en te belasten. In wezen is het resideren in een staat geen productieve maar consumptieve activiteit. Een heffing op consumptie ligt daarom meer voor de hand. Een voordeel van een woon-/vestigingsstaatheffing is dat deze jurisdictie in de regel over voldoende informatie beschikt over het wereldinkomen. Dit maakt dat de heffing kan worden afgestemd naar draagkracht en dat het voor de wetgever eenvoudig is om de heffing ook te effectueren.

Kemmeren stelt in zijn proefschrift dat het bronlandbeginsel leidend is.³⁶⁹ Hij onderscheidt daarbij wel het *principle of source* en het *principle of origin*. Het *principle of source* gaat ervanuit dat heffingsrecht toekomt aan de standplaats vanwaaruit de vergoeding afkomstig is. Het *principle of origin* ziet op de jurisdictie waar het voordeel van origine is ontstaan. De bron (economische activiteit) en de gerechtigde tot de voordelen uit die bron kregen de gelegenheid om inkomen te genereren dankzij de eigenschappen die de bronstaat biedt. Deze bron bevindt zich op dat moment alleen op zijn territorium. Door deze beperkte reikwijdte is het niet langer mogelijk om op basis van draagkracht te heffen over het wereldwijde inkomen van een belastingplichtige. Wanneer alle staten zich beperken tot

³⁶⁶ Onder geografische locatie versta ik naast de natuurlijke omstandigheden ook commerciële eigenschappen zoals afzetmarkt en opleidingsniveau van de beroepsbevolking.

³⁶⁷ A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Kluwer, Deventer 2009, blz. 4.

³⁶⁸ Bruins e.a., 'Report on double taxation', *rapport van de financiële commissie van de Volkenbond*, Geneve 1923.

³⁶⁹ E.C.C.M. Kemmeren, 'Principle of origin in tax conventions, a rethinking of models', *dissertatie*, Universiteit Tilburg, Dongen 2001, blz.37.

heffen over bronnen binnen hun territorium, dan zou idealiter geen internationale dubbele belasting meer bestaan.

Bruins en *Graetz* brengen daar tegenin dat het niet aan de economische activiteit te danken is dat waarde wordt toegevoegd, want dat kan een bron niet zelfstandig. Het zijn uiteindelijk de subjecten achter de bron die door middel van kennis en ondernemerschap dit surplus bewerkstelligen.³⁷⁰ Naar mijn mening is dit waar, maar in feite zijn kennis en ondernemerschap vormen van arbeid of inspanning. Als dit de proporties aanneemt van economische activiteit dan moet dit op zijn beurt belast worden in de staat waar deze inspanning geleverd wordt.

Voorgaande overwegingen zijn gebaseerd op inkomen uit een actieve ondernemingsactiviteiten. Er wordt daarbij arbeid en inspanning geleverd om toegevoegde waarde te behalen. Uit dien hoofde is de vergoeding toerekenbaar aan de jurisdictie van de onderneming. Deze opoffering speelt tekent zich af aan de actiefzijde van de balans. De vraag doet zich voor of ook de passiefzijde geldt.

Eenzijds kan gezegd worden dat de vergoeding die wordt betaald aan de verstrekker van vermogen alleen kan worden betaald uit de opbrengst van de onderneming. Deze 'rent' is daarmee ontstaan op het territorium van de onderneming. Welke juridische vorm deze aanneemt is daarvan onafhankelijk. Het heffingsrecht over deze rent komt daarom toe aan de bronstaat. In het klassieke systeem wordt de aangroei, de vergoeding van eigen vermogen al belast. De vergoeding op vreemd vermogen kan worden belast met een bronheffing dan wel door deze niet aftrekbaar te stellen.

Anderzijds kan worden gezegd dat het de verstrekker van vermogen is die het risico loopt op het kapitaal. De rest van de economische opbrengst komt toe aan de bronstaat. Uitgaande van at-arms-length transacties zit de economische opbrengst reeds verpakt in de vergoeding voor arbeid (kennis) en opgeofferde activa. Het Zowel de vergoeding op het eigen vermogen als op het vreemde vermogen komt daarmee toe aan de vestigingsstaat van deze verstrekker.

In internationale verhoudingen is het gebruikelijk dat de vergoeding op het gebruik van eigen vermogen wordt toegekend aan de bronstaat. Deze bronstaat faciliteert economische activiteit van de onderneming door middel van fysieke voorzieningen en een rechtssysteem wat het eigendom beschermt. De vergoeding op de winst van deze onderneming wordt daarom toegekend aan de bronstaat. De heffing op basis juridische toerekening aan de vestigingsplaats moet wijken voor deze bronstaatheffing door middel van een vrijstellings- of verrekeningsmechanisme.

³⁷⁰ E.C.C.M. Kemmeren, 'Principle of origin in tax conventions, a rethinking of models', *dissertatie*, Universiteit Tilburg, Dongen 2001, blz. 33.

6.3.1 Moedervenootschap

Volgens de formeel-juridische benadering is de moedervenootschap de drager van de schuld. Zij draagt de verplichting om rente te betalen en de lening af te lossen. Wanneer de deelneming niet in staat is om de investeringen terug te verdienen, wordt deze verarming gedragen door de moedervenootschap. Aansprakelijkheid voor deze kosten ontbreekt in beginsel. Deze juridische status vormt een aanknopingspunt voor toerekening. Ook zal een vreemd vermogenverstrekker de voorkeur geven aan een financiering aan de moedervenootschap, omdat deze in de regel meer zekerheden kan bieden dan ‘lagere’ werkmaatschappijen. Maar ook vanuit economisch oogpunt valt te onderbouwen waarom de rente op bij de moedervenootschap in aftrek dient te komen. De moedervenootschap heeft als ondernemer de beslissing genomen tot acquisitie. De rente is daarmee – ook bedrijfseconomisch – een last. Zij neemt deze last op zich, omdat zij meent dat zij met een aandeel in het kapitaal van de dochtervenootschap een positief rendement kan behalen. In deze visie wordt de financiering als een aandeelhoudersaangelegenheid beschouwd. Vanaf het moment dat het vermogen wordt aangewend voor de acquisitie, maakt het onderdeel van een nieuwe rechtsverhouding, namelijk die tussen aandeelhouder en vennootschap. Daarnaast voert *Snel* aan dat de vennootschapsbelasting een voorheffing is op de aandeelhouders, los van wie die aandeelhouder is. Dit argument vind ik minder sterk. Het is nu juist het thema van de discussie of uitgaande van deze aard van de vennootschapsbelasting daar wel de juiste invulling aan wordt gegeven.

6.3.2 Dochtervenootschap

De dochtervenootschap trekt vermogen aan ter financiering van haar ondernemingsactiviteiten. De vergoeding voor dit vermogen zijn rente dan wel dividend. De vergoeding dekt het ondernemersrisico van tenietgaan van het kapitaal en het feit dat het tijdelijke niet beschikbaar voor aanwendingsmogelijkheden.

Het vermogen wordt aangewend in het productieproces van de onderneming. De uiteindelijke winst die wordt behaald in deze onderneming zou de maatstaf van heffing moeten vormen.

De winst zou niet per subject maar binnen een jurisdictie moeten worden beschouwd. Naast de kosten van de productiefactoren die door de dochtervenootschap zijn opgeofferd, vormen ook de rentelasten indirect onderdeel van de financiering van het productieproces. Zij dienen dan ook bij de dochtervenootschap in aanmerking genomen te worden. Dit is mogelijk door middel van fiscale imputatie dan wel consolidatie. Het in aftrek laten van de financieringslast bij de dochtervenootschap draagt bij aan de kapitaalimportneutraliteit, dan wel vestigingsexportneutraliteit.³⁷¹ De winst van de buitenlandse dochtervenootschap wordt dan op dezelfde wijze berekend als een in diezelfde jurisdictie gevestigde lokale onderneming en aan dezelfde belastingdruk blootgesteld. Daar staat

³⁷¹ Conclusie A-G Wattel, 19 oktober 2000, 35 729, *BNB* 2001/275c, onderdeel 7.

tegenover dat rentelasten bij de moeder vennootschapmaatschappij in aftrek zouden moeten worden geweigerd.

Een complicerende factor bestaat wanneer de moeder vennootschap de dochter vennootschap beheerst. Dit is mogelijk wanneer zij doorslaggevende zeggenschap heeft of onderdeel uitmaakt van een samenwerkende groep aandeelhouders die gezamenlijk doorslaggevende zeggenschap hebben. Feitelijk kan de aandeelhouder geen dagelijks bestuur voeren, deze taak is aan de bestuurder. Indirect kan de aandeelhouder zijn invloed op de vennootschap toch uitoefenen door zijn recht bestuurders aan te stellen en te ontslaan. De keuze voor financiering van de deelneming is daarmee aan de moeder vennootschap.

In zowel binnenlandse als in grensoverschrijdende verhoudingen kan deze financiering worden beïnvloed door fiscale overwegingen.³⁷² In enkele binnenlandse situaties speelt dit een rol wanneer moeder vennootschap of dochter vennootschap fiscaal compensabele verliezen heeft. *Van Brunschot* meent dat het geen recht doet aan de realiteit door bij belastingheffing over activiteiten binnen een concern, slechts aan te sluiten bij een gedeelte van dat concern. Kenmerkend van een concern is nu dat juist een concern als een geheel opereert.³⁷³ In grensoverschrijdende situaties is het ook een kwestie van verdeling van heffingsrecht over het surplus tussen twee jurisdicties. Internationaal is de juridische benadering het meest gangbaar. Wanneer Nederland eenzijdig aan de dochter vennootschap rentelasten toerekent, is het mogelijk dat dubbele aftrek ontstaat. *Graetz* bepleit dan ook een internationaal breed gedragen invoering van dit systeem.³⁷⁴

Een probleem dat zich voordoet bij een dochter vennootschap met meerdere aandeelhouders, is dat de correctie bij de dochter vennootschap leidt tot een lagere effectieve belastingdruk. Alle overige aandeelhouders zonder deelnemingsrente profiteren hier onbedoeld van mee.³⁷⁵

6.3.3 Beschouwing

Is financiering een aandeelhouderslast of een last van de dochter vennootschap waar deze aandeelhouder een aandeel heeft? Mijn conclusie is, dat de financiering uiteindelijk een last is van de dochter vennootschap, omdat het vermogen uiteindelijk wordt aangewend voor diens ondernemingsactiviteit. In de literatuur wordt ervoor gepleit rente alleen in aftrek te laten bij de dochter vennootschap indien sprake is van een doorslaggevend belang. Hier ga ik in mee. Indien de

³⁷² In binnenlandse verhoudingen zal de moeder vennootschap geneigd zijn de dochter met vreemd vermogen te financieren indien de moeder vennootschap verliezen heeft; eigen vermogen indien de dochter vennootschap verliezen heeft), lijkt mij geen probleem.

³⁷³ F.W.G.M. van Brunschot, *Bespreking van het rapport van de commissie ter bestudering van het verschijnsel internationale belastingvlucht van lichamen, en van maatregelen daartegen*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 198, Deventer, Kluwer 1995, blz. 8.

³⁷⁴ M.J. Graetz, 'A Multilateral Solution for the Income Tax Treatment of Interest Expenses', IBFD, *Bulletin for International Taxation* November 2008, blz. 488.

³⁷⁵ F.P.J. Snel, 'Van Moeders en Dochters', FWR04, SDU 2005, onderdeel 6.2.2.

Nederlandse wetgever zou kiezen voor toerekening op dochterniveau, zou hij hier wel consequent in moeten en dit voor alle Nederlandse dochtervennootschappen moeten toekennen. Dat betekent dat zowel aandeelhouders die in het binnenland als in het buitenland zijn gevestigd hier onder horen te vallen. De vervolgvraag is of daarbij onderscheid gemaakt moet worden tussen financiering vanuit de groep en van derden.

6.5 Alternatieven in de literatuur

Een alternatieve aanpak van de problematiek rondom renteaftrek heeft het afgelopen decennium vele pennen in beweging gebracht. Ik noem bij wijze van voorbeeld: robuuste generieke maatregelen, zoals een algemeen geformuleerde renteaftrekbeperking,³⁷⁶ een renteaftrek met vermogensbijtelling,³⁷⁷ een (naar Duits recht geïnspireerde) earningsstrippingmaatregel,³⁷⁸ *thin capitalisation* bepalingen en de specifiek voor interne schuldverhoudingen toegesneden groepsrentebox.³⁷⁹ Afgezien van hun onderlinge diversiteit, laten zij de mijns inziens verstorende fundamentele in de vennootschapsbelasting in stand. De maatregelen komen daarmee niet verder dan symptoombestrijding. In mijn opinie kan alleen een oplossing die ook deze fundamentele voor zover mogelijk betreft tot een oplossing voor de renteproblematiek leiden. Hieronder bespreek ik op hoofdlijnen drie alternatieven die mij het meest aanspreken, omdat zij inspelen op de tekortkomingen uit onderdeel 6.2.

6.5.1 Consolidatie: grensoverschrijdende fiscale eenheid

Ondernemingen bepalen hun financiering op concernniveau. De geconsolideerde balans van een concern zou een aanknopingspunt kunnen vormen voor de bepaling van renteaftrek ten laste van de Nederlandse grondslag. De Nederlandse vennootschapsbelasting biedt in beginsel geen ruimte om subjectoverstijgend de totaalwinst te kunnen benaderen.³⁸⁰ Het wettelijke regime voor de fiscale eenheid en faciliteiten voor fusies en splitsingen vormen een uitzondering. *De Wilde* staat een systeem van fiscale consolidatie voor³⁸¹, of met andere woorden een grensoverschrijdende fiscale eenheid. Dit systeem bestrijkt dus alle economische activiteiten binnen een concern. De financiering is slechts een zijde van de medaille.

³⁷⁶ O.C.R. Marres stelt in zijn proefschrift een naar Europese maatstaven gedefinieerde antimisbruikregel voor. O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek, Artikel 10a Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 na 'Werken aan Winst'*, FM 113, Kluwer, Deventer 2007, blz. 296.

³⁷⁷ Rapport Studiecommissie Belastingstelsel Van Weeghel, in opdracht van het Ministerie van Financiën, Den Haag, 7 april 2010.

³⁷⁸ J. van Strien & M.G.H. van der Kroon, 'Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?', *NTFR* 2011-614.

³⁷⁹ Deze groepsrentebox ziet op een apart regime voor groepsrente en is opgenomen in art. 12c Wet VPB 1969. Tot op heden is dit artikel nog niet in werking getreden.

³⁸⁰ Hoge Raad 3 mei 2002, nr. 36 821, r.o. 4.3, *BNB* 2002/257.

³⁸¹ M.F. de Wilde, 'Een aanzet voor een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van in Nederland actieve groepen', *MBB* 2011/9.

Bij consolidatie wordt van de moeder vennootschap geheven alsof zij de enige belastingplichtige is voor de gehele geconsolideerde grondslag. Deze consolidatie is gebaseerd op de concerngedachte waar ook het huidige regime van de fiscale eenheid op is geïnspireerd. De basis is daarmee al gelegd. Eerst moet worden bepaald welke subjecten tot de groep behoren. In het voorstel van *De Wilde* behoren alleen die maatschappijen tot de groep waar de moeder vennootschap een doorslaggevende zeggenschap in heeft, ook wel ‘controlerend belang’ genoemd. Daarnaast moet vanuit de concerngedachte sprake zijn van een vermogensrechtelijke betrekking met de ondernemingsactiviteiten als bedrijfsmiddel. De omvang van de groep wordt daarmee bepaald op twee materiële gronden.

Aan de hand van deze groep wordt de geconsolideerde balans opgesteld. Interne leningen tussen deze groepsmaatschappijen worden door de consolidatie als het ware gedefiscaliseerd. De mogelijkheid bovenmatig veel groepsrente neer te laten slaan bij een (hoogbelaste) vennootschap waarin de moeder vennootschap een doorslaggevende zeggenschap heeft, wordt daarmee uitgesloten (gedefiscaliseerd). De externe leningen blijven zichtbaar op de geconsolideerde balans.

Vervolgens vindt toerekening aan vennootschappen van een jurisdictie plaats op basis van causaal-economische verbanden. Dit kan plaatsvinden op basis van het huidige art. 15ah Wet VPB 1969. De toerekening aan een jurisdictie is daarmee vergelijkbaar als die tussen een hoofdhuis en zijn vaste inrichting. waartussen immers geen juridische verbanden kunnen bestaan.

Ten slotte wordt grondslag die niet toerekenbaar is aan de jurisdictie van Nederland vrijgesteld ter voorkoming van dubbele belasting. In arresten gewezen onder het tot 2003 geldende regime voor de fiscale eenheid heeft de Hoge Raad laten blijken dat het mogelijk is dat deze grensoverschrijdende fiscale eenheid doorwerkt naar belastingverdragen.³⁸² De Hoge Raad overweegt meerdere malen dat het door toepassing van internationale regels ter voorkoming van dubbele belasting niet tot onvoorziene gevolgen hoeft te leiden, ondanks het feit dat lichamen onder regimes van verschillende mogelijkheden worden belast. Zolang geen sprake is van uitholling van het heffingsrecht van de verdragspartner, treedt ook geen verstoring in de verdeling van heffingsrechten op het niveau van het Verdrag.^{383, 384}

³⁸² Hoge Raad 29 juni 1988, nr. 24 738, r.o. 4.3, *BNB* 1988/331, (Britse grensoverschrijdende FE), Hoge Raad 16 maart 1994, nr. 27 764, *BNB* 1994/191, r.o. 3.10.1 (Antilliaanse grensoverschrijdende FE), Hoge Raad 13 november 1996, nr. 31 008, r.o. 3.3, *BNB* 1998/47 (Ierse grensoverschrijdende NV) In Hoge Raad 17 februari 1993, nr. 28 260, *BNB* 1994/163* (Tweede Ierland-arrest) werd anders geoordeeld. Zie de begeleidende noot van A. Nooteboom.

³⁸³ Hoge Raad 3 februari 2012, 10/05383, r.o. 3.3.3, *BNB* 2012/126 en Hoge Raad 6 december 2002, 36 773, r.o. 3.4, *BNB* 2003/285.

³⁸⁴ F.P.G. Pötgens en W.E.J. Dijkstra, ‘De grensoverschrijdende fiscale eenheid en belastingverdragen: niets nieuws onder de zon?’, *WFR* 2013-708.

6.5.2 Beschouwing

Met betrekking tot de financiering van een externe acquisitie brengt fiscale consolidatie verschillende voordelen met zich. Ten eerste wordt het onderscheid tussen vreemd en eigen vermogen binnen groepsverband weggenomen. Dit bevordert de neutraliteit tussen interne en externe groepsfinanciering. Alleen voor externe vermogenssoorten is nog plaats op de balans, met als voordeel dat synchroon loopt aan balans op basis waarvan een multinationale groep zijn ondernemersbeslissingen neemt. Ten tweede wordt de mismatch van deelnemingskosten onder de objectvrijstelling voor voordelen uit deelnemingen weggenomen, omdat toerekening aan een jurisdictie slechts nog plaats vindt op basis van de economische realiteit.³⁸⁵ Ten slotte wordt door de causaal-economische benadering de heffing van individuele belastingplichtigen ten opzichte van groepen in binnenlandse en grensoverschrijdende situaties gelijk behandeld. De interne consistentie en de het verbod op dubbele belastingen wordt daarmee in theorie gewaarborgd. Hoewel de filialisering bedoeld is om tot een rechtvaardiger systeem te komen, hoeft dit in zowel binnenlandse als grensoverschrijdende situaties niet per definitie zo uit te werken. De geconsolideerde vennootschappen worden voor toepassing van de vennootschapsbelasting als transparant behandeld. Door de doorslaggevend belang-eis ontstaat onderscheid tussen de wijze waarop rente in aanmerking wordt genomen bij aandeelhouders met een doorslaggevend belang en aandeelhouders die dat niet hebben. De neutraliteit is daarmee doorbroken. In internationale verhoudingen zou dit hybride-entiteiten problematiek kunnen vergroten, zoals ik dit eerder uiteen heb gezet in hoofdstuk vier. *Marres* verwacht dat bij een dergelijke (eenzijdige) benadering juist nieuwe dispariteiten zullen ontstaan ten opzichte van staten die wel de juridische benadering toepassen.³⁸⁶ Een eenzijdige Nederlandse aanpak ligt daarmee niet in de verwachting.

Een probleem van praktische aard is dat voor toerekening vele malen meer informatie benodigd is van in het buitenland gevestigde rechtspersonen. Met name informatie van buitenlandse vennootschappen die hoger in een juridische structuur zijn gepositioneerd zal niet altijd eenvoudig te verkrijgen zijn. Fiscale consolidatie kan daarom niet goed mogelijk zijn indien een moedervernootschap geen controlerend belang heeft. Ik meen dat dit geen probleem van fiscaal theoretische aard is, omdat deze is te vervullen met een juridische informatieverplichting naar de dochtervernootschap toe. Voor de informatievoorziening van de belastingdienst is dit tevens een extra stimulans om de elektronische gegevensuitwisseling naar een hoger internationaal niveau te tillen. Desondanks blijft de administratieve last waar een belastingplichtige mee wordt geconfronteerd zwaar. Daar staat tegenover dat de gecompliceerde renteaftrekbepalingen van art. 10a, 13l en 15ad voor in ieder geval groepsrente kan komen te vervallen.

³⁸⁵ Als laatste voordeel brengt fiscale consolidatie dat de buitenlandse vaste inrichting gelijk wordt gesteld aan de gevoegde deelneming.

³⁸⁶ O.C.R. Marres, 'Het gat gedicht', *NtFR* 2012-1682.

6.5.3 Imputatie van rente

Imputatie is een afgeleid systeem van fiscale consolidatie.³⁸⁷ Bij imputatie blijft ieder zelfstandig subject belastingplichtig, de verstrekking van vreemd vermogen blijft juridisch zichtbaar bij imputatie. De bedragen die worden geïmputeerd zijn slechts afgeleid op basis van (fiscale) consolidatie. Imputatie is in feite een correctie van baten en lasten in de grondslag van het belastingplichtige subject. Imputatie kan op verschillende gronden plaatsvinden, maar mijns inziens is de imputatie van baten en lasten die economisch verband houden met de activiteiten van het subject het dichtst bij de economische werkelijkheid. Het systeem van imputatie komt internationaal voor in *CFC*³⁸⁸ regelgeving. In situaties dat een laagbelaste dochtervennootschap passief inkomen heeft, kan dat worden toegerekend aan de belastingplichtige moedervennootschap.

Vleggeert en *Graetz* bepleiten een variant van imputatie waar rentelasten op basis van activa op de geconsolideerde balans in plaats van juridische verschuldigheid worden gealloceerd.^{389,390} Wat *Vleggeert* betreft wordt imputatie alleen toegepast voor zover het financieringslasten betreft. Valutaresultaten en overige baten en lasten vallen buiten de imputatie. Deze benadering is dus minder verstrekking dan het voorstel van *De Wilde*.

Door middel van consolidatie wordt de externe concernschuld berekend. Het deel van de concernschuld dat wordt toegekend aan de belastingplichtige hangt af van zijn aandeel in de totale activa van de concernbalans. Naar rato van de concernschuld wordt ook de te imputeren rente berekend. Bij de bepaling van rentebaten en –lasten wordt de economische werkelijkheid dus losgelaten in ruil voor de concernratio. Het gevolg is dat in geval van een juridisch hogere schuldratio dan het concerngemiddelde de rente in aftrek wordt beperkt. Dit heeft iets weg van de *thincap escape* toets van het oude art. 10d lid 5, maar deze concernratio werkt twee kanten uit. In geval van een onderkapitalisatie ten opzichte van het concerngemiddelde wordt dus meer rente geïmputeerd dan juridisch verschuldigd is. Dit kende het voormalige art. 10d niet.

6.5.4 Beschouwing

Imputatie heeft evenals consolidatie het voordeel dat de belastingheffing aansluit bij dezelfde geconsolideerde balans als waar ondernemingen hun beslissingen van laten afhangen. Het staat daarmee dicht bij de economische realiteit. De fiscaal theoretische en praktische beperkingen van consolidatie gelden daarmee ook voor imputatie. Door imputatie ontstaan nieuwe mismatches tussen de causaal-economische benadering enerzijds en de juridische toerekening anderzijds.³⁹¹ Ook in binnenlandse situaties is het mogelijk dat verstoringen optreden vanwege de economische benadering die gekozen wordt bij een controlerend belang.

³⁸⁷ F.P.J. Snel, *'Van Moedervernootschaps en Dochters'*, FWR04, SDU 2005, onderdeel 5.4.

³⁸⁸ Controlled Foreign Company.

³⁸⁹ J. Vleggeert, *'Deelnemingsrente'*, WFR 2011/1222.

³⁹⁰ M.J. Graetz, *'A Multilateral Solution for the Income Tax Treatment of Interest Expenses'*, IBFD *Bulletin for International Taxation* November 2008, blz. 490.

³⁹¹ O.C.R. Marres, *'Ongewenste dumping van rentelasten'*, NTFR 2012-2312.

De kapitalisatienorm in variant die *Vleggeert* bepleit, brengt een extra verstoring met zich. Door rente te berekenen op basis van de concernratio is het mogelijk dat rente dubbel wordt belast of dubbel wordt afgetrokken. De kapitalisatienorm sluit niet aan bij de economische werkelijkheid waarin de belastingplichtige zijn activiteiten ontplooit. Ik ben daarom van mening dat deze variant geen realistische oplossing is.

6.5.6 Deelnemingsvrijstelling met fiscale correctie deelnemingsrente

Voorgaande alternatieven, in het bijzonder de grensoverschrijdende fiscale consolidatie, vereisen beiden hervorming van de vennootschapsbelasting. Een alternatief dat kan worden ingebed in de huidige bepalingen is het beperken van de ruime deelnemingsvrijstelling. Dit is mogelijk door financieringskosten die verband houden met een deelneming ook onder de vrijstelling van art. 13 te brengen. Op de hoofdkantoorkosten na is dan sprake van een nettovrijstelling. Doordat de maatregel in wezen alle deelnemingsrente in aftrek beperkt die niet in de grondslag thuishoort, kan art. 13l worden geschrapt.

6.5.7 Beschouwing

Door deelnemingsrente onder de deelnemingsvrijstelling te brengen wordt meer recht gedaan aan de economische realiteit waar de moedervenootschap in verkeerd. Rentelasten die niet bijdragen aan de winst op het niveau van de moedervenootschap worden daarom niet meegerekend. De gedachte is dat deze rentelasten thuishoren bij de deelneming, omdat het vermogen uiteindelijk wordt aangewend voor zijn activiteiten (of deze maakt opnieuw de investeringsbeslissing om het elders te investeren). De fiscus legt geen claim op de voordelen uit de deelneming. Het is dan ook niet reëel om nadelen uit de deelneming in de grondslag te betrekken, om te repareren wat bij een ander subject is nagelaten: aftrek toekennen aan de deelneming.

Nu is een minderheidsaandeelhouder lang niet altijd in de positie te beslissen of hij de lening zelf of door de dochtervenootschap aan laat trekken. In dat geval wordt deze minderheidsaandeelhouder noodgedwongen geconfronteerd met een aftrekbeperking/vrijstelling, zonder een alternatief. Het is daarom het overwegen waard om de vrijstelling alleen van toepassing te laten zijn bij een controlerend belang.

Snel is van mening dat een algehele nettovrijstelling te grof uitwerkt. Ook bonafide situaties worden getroffen. Deelnemingsrente mag wat hem betreft alleen worden beperkt ingeval van misbruikbestrijding met open normen. *Van der Vegt* is geen voorstander van een nettovrijstelling.³⁹² Wel is hij van mening dat wanneer voor deze optie wordt gekozen, tegenover vrijgestelde aftrek van deelnemingsrente ook de ontvangen deelnemingsrente onder de vrijstelling moet worden gebracht.

³⁹² P.C. van der Vegt, 'Enkele hoofdlijnen van een meer beginselmatige en neutrale Wet op de vennootschapsbelasting', *WFR* 2012/340.

Eventueel kan daaraan de voorwaarde worden toegevoegd dat dit alleen geldt voor groepsrente voor zover de met die voordelen corresponderende vergoeding bij de debiteur niet aftrekbaar is.

Zoals ik heb betoogd in onderdeel 6.2.3, draagt beperking van deelnemingsrente niet bij aan de beoogde neutraliteit in binnenlandse en buitenlandse situaties. De investeringsbeslissing wordt verstoord doordat financiering met vreemd vermogen wordt belast bij de crediteur, maar niet aftrekbaar is bij de debiteur. Dividend daarentegen blijft gedefiscaliseerd. Dit bevoordeelt de financiering met eigen vermogen. Daarbij treedt dubbele belastingheffing op, aangezien over het hele concern meer winst wordt belast dan in werkelijkheid wordt behaald. Eerder heb ik al betoogd dat dit een gevolg is van een te brede grondslagbepaling in het buitenland.

6.6 Afweging

In voorgaande paragrafen heb ik drie relevante knelpunten in de vennootschapsbelasting uiteengezet. Deze knelpunten dragen naar mijn mening bij aan de huidige fiscale problematiek rond financiering van externe overnames. Ook is duidelijk dat een totaaloplossing niet eenvoudig is. Uit de eerder geschetste alternatieven blijkt dat iedere oplossing nieuwe problemen met zich brengt, zoals rechtsonzekerheid, dispariteiten, nieuwe grondslagerosie en het gevaar van dubbele belastingheffing. Dit zijn slechts symptomen van het feit dat de wetgever geen consequente keuze maakt in de fiscale behandeling van de overnamefinanciering. Bij de vormgeving van een oplossing zal die afweging eerst gemaakt moeten worden. Ik start daarom met het opstellen van uitgangspunten waar de alternatieve behandeling van rente aan moet voldoen. Deze uitgangspunten behandel ik in de volgorde van de keuzes die wetgever heeft gemaakt binnen het huidige systeem. Zie daarvoor onderdeel 6.2. Op basis van deze uitgangspunten kom ik tot een voorstel. Dit voorstel zal ik uitwerken aan de hand van drie standaardsituaties. Ik begin met een moedervernootschap die 100% belang in een binnenlandse deelneming. De situatie dat meerdere aandeelhouders bestaan of dat een belastingplichtige een buitenlandse moedervernootschap heeft, vormen twee varianten op de eerste situatie. Ik sluit af met een selectie aan bijzonderheden en de wijze waarop dit alternatief reflecteert op maatregelen als art. 10a, 13l en 15ad.

6.6.1 Uitgangspunten

6.6.1.1 Actie op korte termijn

In dit onderzoek ben ik op zoek naar een alternatief dat op korte termijn werkbaar is. Een aantal scherpe randjes van de huidige fiscale behandeling zal daardoor niet weggenomen kunnen worden. Maar ik acht actie op korte termijn noodzakelijker dan een theoretisch zuivere oplossing, die nog lang op zich laat wachten. Men zou mijn alternatief daarom ook wel als tussenoplossing kunnen beschouwen. Het verdient daarbij de voorkeur gebruik te maken van de huidige contouren van de vennootschapsbelasting.

6.6.1.2 Klassiek stelsel

Om te beginnen wil ik daarom het klassieke stelsel handhaven. Dit stelsel kent een discriminatoire fiscale behandeling van eigen vermogen ten opzichte van vreemd vermogen. In onderdeel 6.2.2. heb ik betoogd dat de verwachting niet reëel is dat Nederland op korte termijn eenzijdig van dit stelsel af kan stappen.

6.6.1.3 Hoofdregel: subjectbenadering

De wetgever moet naar mijn mening wel afstappen van de formeel-juridische bepaling van rentelasten. De juridische drager van rentelasten is eenvoudig te herleiden en dat draagt bij aan de rechtszekerheid van de fiscale positie van belastingplichtige. Daarbij is deze internationaal geaccepteerd.

Deze benadering doet echter geen recht aan het bronstaatbeginsel. De winsten die worden gegenereerd moeten in een jurisdictie zo zuiver mogelijk worden benaderd. Een ondernemer voegt waarde toe door productiefactoren te combineren. De productiefactoren die worden opgeofferd, vormen een kostenpost en drukken de toegevoegde waarde. Van de toegevoegde waarde moeten de vermogensverstrekkers worden betaald. De maatstaf van de vennootschapsbelasting is het rendement op het eigen vermogen dat behaald wordt met behulp van de onderneming. Bedrijfseconomisch is het de onderneming die de vergoeding voor zowel eigen als vreemd vermogen moet genereren. In de bepaling van deze maatstaf moet dus rekening worden gehouden met de vergoeding die direct of indirect toekomt aan de verstrekker van vreemd vermogen. Bij de formeel-juridische benadering is hier geen sprake van indien de rentelast van de schuld juridisch wordt gedragen door de moedervernootschap. De maatstaf voor het rendement op het eigen vermogen wordt dan groter genomen dan dat deze in werkelijkheid is. Daarnaast geeft de formeel-juridische benadering gelegenheid tot misbruik met kunstmatige financieringsstromen. Rente komt volgens de causaal-economische benadering alleen nog in aftrek wanneer de financiering ook wordt aangewend voor een economische activiteit van de belastingplichtige. In dat geval kan geen sprake zijn van kunstmatigheid.

Toch voert het te ver door om over te gaan tot volledige causaal-economische winstbepaling van in Nederland actieve groepen. De substantiële uitvoeringslasten die dat naar verwachting met zich brengt en de internationale acceptatie nopen tot een subjectbenadering als basis. Onder bijzondere omstandigheden verdient een causaal-economische benadering de voorkeur.

6.6.1.4 Uitzondering: Nettovrijstelling bij controlerende zeggenschap

Wanneer een moedervernootschap de macht heeft om het financiële en operationele beleid van een dochtervernootschap te bepalen, beheerst zij als het ware deze vennootschap. De dochtervernootschap functioneert dan als een verlengstuk van de moedervernootschap. Zij heeft in dat geval de keuze om de deelnemingsschuld door de dochtervernootschap te laten dragen of deze last voor eigen rekening te nemen. Zij zal daarbij haar eigen fiscale positie en die van de dochtervernootschap in overweging

nemen. In die situaties vind ik dat de rente die geen causaal verband houdt met de economische activiteit van moeder vennootschap maar die van een deelneming, niet ten laste hoort te komen van de grondslag van de moeder vennootschap. Deze toerekening doet recht aan de economische realiteit. De grondslagerosie door kunstmatige rentestromen wordt voorkomen. Bij meer dan 50% feitelijke zeggenschap wordt in feite een nettovrijstelling van voordelen uit de deelneming toegepast.

6.6.1.5 Wat is controlerende zeggenschap?

De verbondenheid wordt binnen dit concept niet langer bepaald door een derde ‘belang’ in de zin van art. 10a lid 4. Daarvoor in de plaats komt het criterium dat de moeder vennootschap de dochter vennootschap vennootschap moet beheersen. Om dit handvatten te geven kan aansluiting worden gezocht bij het criterium van zeggenschap zoals dat wordt gehanteerd in de standaard voor geconsolideerde jaarrekeningen IFRS 10.³⁹³ Het basisprincipe is dat wanneer de moeder vennootschap voor meer dan de helft de zeggenschap heeft in het financiële en operationele beleid van de dochter vennootschap vennootschap, de moeder vennootschap en dochter vennootschap vennootschap handelen alsof ze een entiteit zijn. De moeder vennootschap heeft daarmee invloed op het al dan niet aantrekken van een lening op niveau van de deelneming. Een moeder vennootschap met meer dan de helft van de stemrechten heeft zeggenschap in de deelneming. De meerderheid van stemmen is echter geen vereiste. Zeggenschap kan ook bestaan indien de moeder vennootschap ‘de facto’ controle heeft over de deelneming, bijvoorbeeld door het recht de meerderheid van de leden van bestuursorganen te benoemen en te ontslaan. Ook leden van een samenwerkende groep natuurlijk personen en/of lichamen kunnen met hun stemgedrag op een aandeelhoudersvergadering gezamenlijk de controle hebben over een deelneming. In dat geval moet ook ieder lid als houder van controlerende zeggenschap worden aangemerkt.

6.6.1.6 Brutovrijstelling voor 5% – 50% zeggenschap

Binnen het alternatief blijft voor deelnemingen waarin de moeder vennootschap geen controlerende zeggenschap houdt een brutovrijstelling van toepassing. Deelnemingsrente blijft dus aftrekbaar. In deze situaties heeft de moeder vennootschap geen controle in het aantrekken van schulden op het niveau van de deelneming.

Deze benadering maakt nog meer onderscheid in de behandeling van voordelen uit een dochter vennootschap vennootschap. De financiering van een deelneming waar geen controle over is, wordt gunstiger behandeld dan een financiering van een deelneming met controlerende zeggenschap. Dit onderscheid is mijns inziens te rechtvaardigen omdat een deelneming waarin een moeder vennootschap controle over heeft wezenlijk verschilt van een deelneming waarin daar geen

³⁹³ De IFRS standaarden worden opgesteld door de International Accounting Standards Board. IFRS 10 bevat een consolidatievrijstelling voor investeringsentiteiten. De doelstelling van deze externe verslaggeving is een getrouwe weergave van de bedrijfseconomische werkelijkheid. Fiscale antimisbruikwetgeving probeert juist een correctie te maken op deze weergave. Deze consolidatievrijstelling moet in dit fiscale concept uiteraard niet van toepassing zijn.

sprake van is. In het eerste geval zijn moedervennootschap en de deelneming namelijk als één (economische) entiteit te beschouwen.

Voor voordelen uit belangen in een deelneming die kleiner zijn dan 5% geldt geen deelnemingsvrijstelling. Belangen van die omvang worden vanuit de moedervennootschapmaatschappij gezien, geacht geen verlengstuk van de onderneming te zijn, maar als belegging te worden gehouden. Dit formele onderscheid bestaat sinds de Wet Werken aan Winst. Deze drempel van de deelnemingsvrijstelling treedt buiten de kaders van dit onderzoek. Het moge duidelijk zijn dat het een afweging is tussen eenvoud en rechtszekerheid enerzijds en aansluiting bij de bedrijfseconomische werkelijkheid en het ne-bis-in-idem beginsel anderzijds.

6.6.1.7 Interne consistentie

Rente die op basis van voorgaande niet aftrekbaar is bij de juridische debiteur, maar wel in de heffing wordt betrokken bij de crediteur, kan tot dubbele belastingheffing leiden. De coherentie van het fiscale stelsel komt daarmee in geding. Daarom streef ik op het punt van renteaftrek een intern consistent systeem na. Als rente op het niveau van de moedervennootschap om causaal-economische redenen in aftrek wordt beperkt, moet deze vice versa bij dochtervennootschap worden toegelaten. Het is daarbij noodzakelijk om de voorwaarde te stellen dat de rente van rechtswege nog niet in aftrek is gekomen bij de moedervennootschap. Anders wordt aan de moedervennootschap de keuze gelaten de rente te laten ‘vallen’ in de jurisdictie met de hoogste belastingdruk.

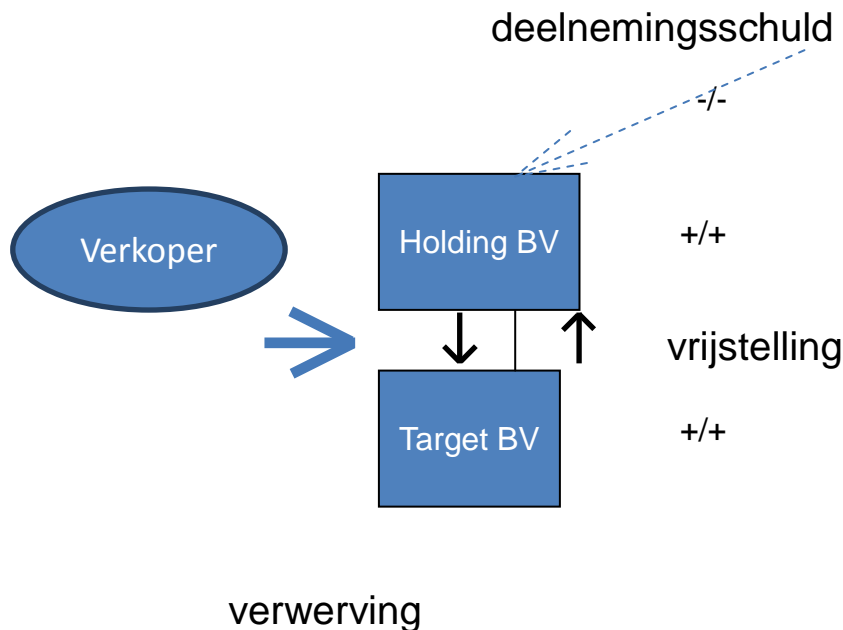
Samenvattend streef ik de volgende uitgangspunten na:

- Het alternatief moet op korte termijn haalbaar zijn.
- Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen blijft gehandhaafd.
- De maatregel moet een specifiek karakter hebben. In het verleden is gebleken dat generieke maatregelen te grof uitwerken en juist die situaties treffen die niet beoogd zijn.
- Hoofregel blijft ook dat rente aftrekbaar is bij de juridische drager van de schuld.
- Voor schulden die verband houden met deelnemingen waarin de belastingplichtige een controlerend belang houdt geldt een bijzondere behandeling. Deze rente ter financiering van een controlerend belang moet op causaal-economische wijze aan de deelneming worden gealloceerd. Deze renteaftrek hoort dus niet langer thuis bij de belastingplichtige. De deelnemingsvrijstelling werkt voor deze deelnemingsrente effectief uit als nettovrijstelling.
- Het systeem moet voor rentelasten interne consistentie nastreven: rente die bij de moedervennootschap niet in aftrek is gebracht, mag op niveau van de dochtervennootschapvennootschap worden geïmputeerd.

Deze uitgangspunten wil ik toepassen op drie standaardsituaties.

6.6.2 Standaardsituatie 1: NL moedervernootschap houdt 100% belang in Nederlandse dochtervernootschap

De eerste standaardsituatie ziet op een Nederlands belastingplichtig lichaam dat een deelneming houdt in een ander in Nederland gevestigd lichaam. De belastingplichtige moedervernootschap heeft ten behoeve van de acquisitie van de deelneming een externe financiering aangetrokken, de deelnemingsschuld. De moedervernootschap is over deze vergoeding jaarlijks rente verschuldigd aan de verstrekker van het vermogen. De voordelen die uit de deelneming worden genoten vallen onder de deelnemingsvrijstelling.



6.6.2.1 Uitwerking: Moedervernootschap

Deelnemingsrente die niet toerekenbaar is aan de activiteit bij de moedervernootschap maar aan de dochtervernootschap, moet wettelijk buiten de grondslag van de moedervernootschap worden gehouden. De moedervernootschap neemt een rentelast voor haar rekening ten behoeve van de acquisitie van de dochtervernootschap. Zij kan hiertoe (bijvoorbeeld) besluiten omdat haar marginale belastingdruk hoger ligt dan de marginale belastingdruk van dochtervernootschap. De rentelast die zij voor haar rekening neemt, vergroot de toekomstige winstpotentie dan wel de intrinsieke waarde van de dochtervernootschap. De betaling verhoogt de verkrijgingsprijs van de deelneming. Een dergelijke maatregel luidt bijvoorbeeld:

Rente en kosten op een schuld die verband houdt met de verwerving of uitbreiding van een controlerend belang in een deelneming zijn niet aftrekbaar.

De journaalposten zien er dan als volgt uit:

Voorbeeld 1 – deelnemingsrente als informele kapitaalstorting

Verkrijgingsprijs deelneming	€ 1.000.000
(a) liquide middelen	€ 1.000.000

6.6.2.2 Uitwerking: Dochtervennootschap

Deelnemingsrente voor controlerende belangen blijft dus buiten aanmerking bij de moedervennootschap. De wetgever moet consequent zijn in het volgen van renteaftrek die bedrijfseconomisch toerekenbaar is aan de dochtervennootschap. Het laatste uitgangspunt ziet daarom op een intern consistent systeem van rentelasten. Een volgende bepaling kan dit bewerkstelligen:

Rente en kosten op een schuld die verband houdt met de verwerving of uitbreiding van een controlerend belang in belastingplichtige mogen in aanmerking worden genomen voor zover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat deze renten en kosten van rechtswege niet in aanmerking zijn genomen bij de berekening van een belasting naar de winst door de – middellijke of onmiddellijke - houder van het controlerend belang.

De dochtervennootschap moet zich in dit geval inspannen om de rente ten laste van haar belastbare winst te brengen, zij geniet immers de fiscale aftrek. Uiteraard kan dochtervennootschap dit niet zelfstandig. Voor de juiste onderbouwing zullen cijfers en data van de moedervennootschap nodig zijn. Aangezien de moedervennootschap de dochtervennootschap beheerst, moet dit geen probleem opleveren. Als de dochtervennootschap hieraan voldoet, zien de journaalposten er als volgt uit:

Voorbeeld 2 – deelnemingsrente als informele kapitaalstorting

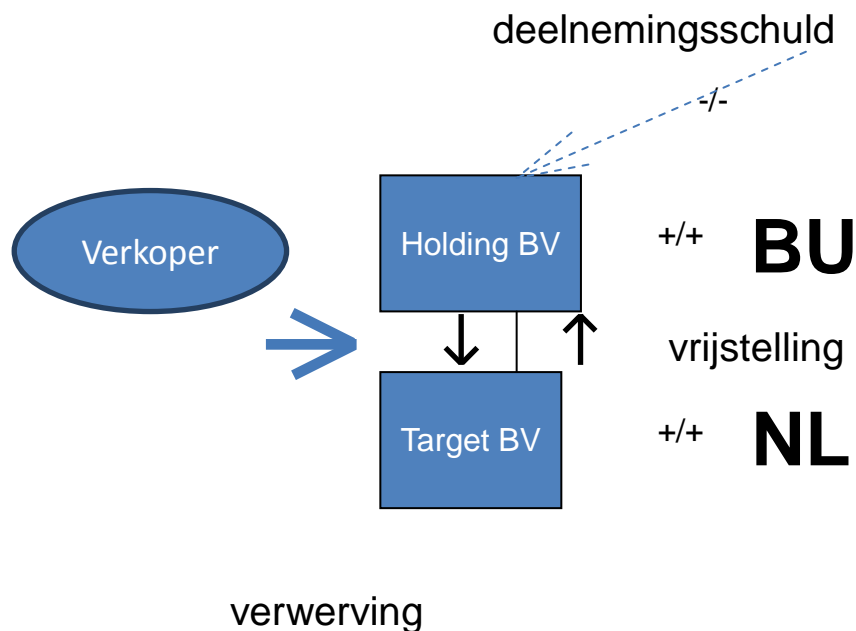
Interestlasten	€ 1.000.000
(a) agio	€ 1.000.000

De deelnemingsrente is alleen aftrekbaar indien deze rente nog niet in aanmerking is genomen door de moedervennootschap. Dit voorbeeld ziet op een interne situatie. De moedervennootschap is derhalve onderworpen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting en het Nederlandse systeem van beperking van deelnemingsrente loopt synchroon aan deze imputatie op het niveau van dochtervennootschap.

De oorsprong van het probleem rond deelnemingsfinancieringen ligt niet in zuivere interne verhoudingen. De som van opbrengsten en kosten van moedervennootschap en dochtervennootschap is gelijk aan de gezamenlijke grondslag. In zuiver interne situaties loopt de Nederlandse fiscus ook niets mis. Het probleem ontstaat juist wanneer sprake is van verschillende jurisdicties die te maken hebben met de voordelen en kosten van de deelneming.

6.6.3 Standaardsituatie 2: Buitenlandse moedervernootschap houdt 100% belang in NL dochtervernootschap

De tweede standaardsituatie ziet op een niet in Nederland belastingplichtige moedervernootschap welke 100% belang houdt in haar in Nederland gevestigde dochtervernootschap.



6.6.3.1 Uitwerking: Moedervernootschap

De niet in Nederland onderworpen moedervernootschap valt derhalve niet onder de voorgestelde beperking voor aftrek van deelnemingsrente. De behandeling van rente hangt af van het belastingsysteem van de jurisdictie aan wie het heffingsrecht toekomt. Mogelijkerwijs is de deelnemingsrente in die jurisdictie ook aftrekbaar van de fiscale winst. Het bepalen en beschermen van de grondslag in haar jurisdictie is een taak van de wetgever aldaar.

6.6.3.2 Uitwerking: Dochtervernootschap

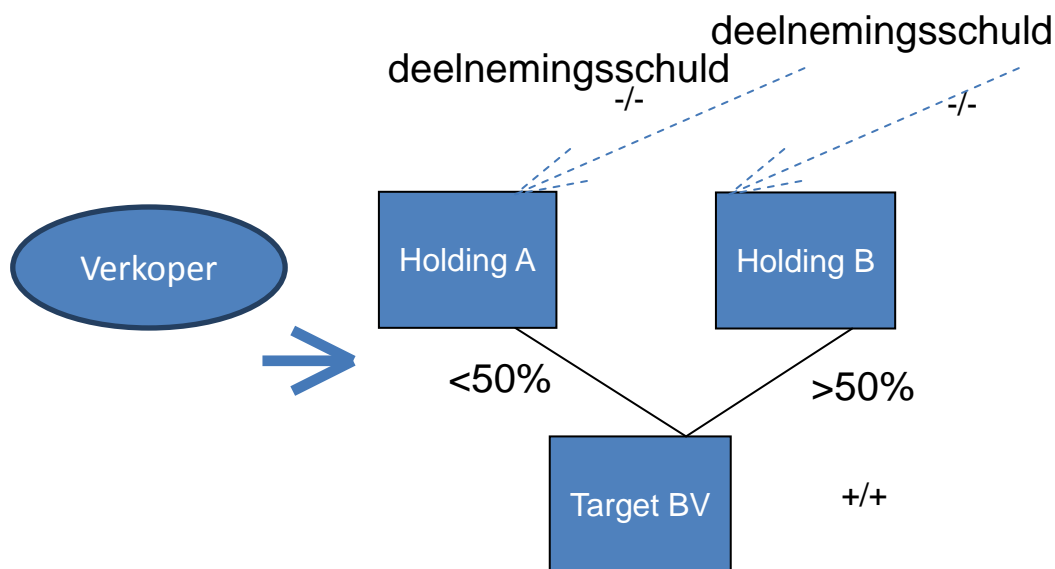
Uit het arrest Bosal Holding vloeit voort dat een lidstaat geen nadeliger onderscheid mag maken in de aftrek van kosten van een buitenlandse ten opzichte van een binnenlandse deelneming. In spiegelbeeld leidt dat ertoe dat een Nederlands belastingplichtige dezelfde rentelasten mag imputeren van haar Nederlandse moedervernootschap als een moedervernootschap die ingezetene is van een andere lidstaat. De imputatie verloopt dus onder dezelfde voorwaarden als in een strikt interne verhouding.

Deelnemingsrente kan alleen bij de dochtervernootschap worden geïmputeerd, indien deze niet reeds ten laste van de winst van de moedervernootschap is gekomen. Dit ziet dus ook op rente die ten laste is gebracht van de buitenlandse grondslag. Daarmee wordt eenzijdig voorkomen dat een *mismatch* wordt gecreëerd die tot dubbele aftrek leidt in beide jurisdicties. Nederland loopt hiermee ook geen deel van de in Nederland opgekomen winsten mis. De grondslag is wellicht kleiner dan op formeel-juridische basis, maar door op de causaal-economische wijze een eventuele rentelast mee te rekenen,

wordt juist voorkomen dat de grondslag ruimer wordt vastgelegd dan dat deze in de bedrijfseconomische werkelijkheid is.

6.6.4 Standaardsituatie 3: NL moeder vennootschap houdt controlerend <100% belang

In de derde situatie is sprake van twee aandeelhouders met een belang in de dochtervennootschap. Holding B heeft in deze situatie de controle over de dochtervennootschap.



verwerving

Wanneer een moedervennootschap het gehele belang heeft in haar dochtervennootschap, dan is imputatie van deelnemingsrente een vestzak-broekzak handeling. De grondslag van de moedervennootschap wordt hoger vastgesteld door de aftrekbeperking waardoor haar effectieve belastingdruk stijgt. Daar staat tegenover dat de grondslag van de dochtervennootschap als gevolg van de imputatie lager wordt vastgesteld. De effectieve belastingdruk van de dochtervennootschap neemt daarmee af. Dit vertaalt zich naar een hoger rendement op het eigen vermogen voor de aandeelhouder. Per saldo kan dit tarief- of liquiditeitsverschillen opleveren, maar de som van kosten en opbrengsten moedervennootschap en dochtervennootschap blijven gelijk.

In de bovengeschetste situatie ligt dit anders. Holding A heeft geen controle over de deelneming. Vanuit die optiek is de brutovrijstelling van toepassing en mag de deelnemingsrente ten laste komen van haar grondslag. Deze deelnemingsrente kan derhalve niet bij de dochtervennootschap worden geïmputeerd. Voor controlerend aandeelhouder B pakt dit anders uit. De deelnemingsrente wordt niet in aftrek toegestaan bij de moedervennootschap op basis van de het ontbreken van een causaal-economisch verband.

De dochtervennootschap mag deze rente daarom juiste wel in aanmerking nemen. Dit verlaagt de effectieve belastingdruk. Alle aandelen, waaronder die van medeaandeelhouders, zien in beginsel op

de waarde van het gehele vermogen van vennootschap. Het voordeel vloeit dus uit over alle uitstaande aandelen, waaronder die van medeaandeelhouder Holding A. De aandeelhouder-crediteur kan dit voorkomen door zijn storting statutair als agio te binden aan zijn aandelen. Hij kan ook als tegenprestatie de uitreiking van cumulatief preferente aandelen of letteraandelen vereisen³⁹⁴ of een verrekeningsbeding opnemen in een aandeelhoudersovereenkomst.

6.6.5 Andere aanpassingen

De invoering van een nettovrijstelling voor controlerende belangen straalt ook uit naar andere bepalingen in de Wet VPB 1969. Een selectie van deze raakvlakken zal ik hierna bespreken. Daarvoorafgaand sta ik stil bij een eventueel in te voeren franchise.

6.6.5.1 Franchise

Deelnemingsrente die op basis van de hoofdregel niet voor aftrek in aanmerking komt, blijft toch aftrekbaar indien deze beneden de drempel van de franchise blijft. In art. 13l en het huidige 15ad worden ook franchises gehanteerd. In hoofdstuk vijf heb ik laten zien dat beide bepalingen ruw uit kunnen werken en de kans op overkill aanwezig is. Om alleen grote interestlasten te raken, gelden franchises van €750.000 respectievelijk €1.000.000. In de alternatieve behandeling wordt renteaftrek bepaald op basis van de bedrijfseconomische werkelijkheid. Nederland hoeft geen renteaftrek te accepteren die niet in haar jurisdictie thuis hoort. De maatregel werkt evenals art. 10a door zijn causale benadering veel nauwkeuriger uit dan art. 13l en art. 15ad. Om efficiencyredenen kan nog een kleine franchise van € 50.000 overwogen worden.

6.6.5.2 Uitbreiding liquidatieverliesregeling

De moedervernootschap neemt bedrijfseconomisch de rentelast voor haar rekening, ondanks het feit dat de deelnemingsrente bij de dochtervernootschap wordt meegenomen in berekening van de grondslag. Wanneer een dochtervernootschap in een verliessituatie verkeerd is het echter mogelijk dat deze rentelasten deels niet zijn afgezet tegen winsten. Wanneer deze dochtervernootschap wordt ontbonden ontstaat een bijzondere situatie. Zij houdt op te bestaan de rentelasten worden nooit meer verrekend met toekomstige winsten. Ik pleit daarom voor een uitbreiding van de liquidatieverliesregeling met in aftrek beperkte deelnemingsrente. Deze regeling voor deelnemingen is opgenomen in art. 13d. De liquidatieverliesregeling schrijft echter niet voor dat het totale verlies van de dochtervernootschap kan worden overgeheveld naar de moedervernootschap. Alleen het verlies dat de moedervernootschap zelf heeft geleden wordt onder de liquidatieverliesregeling in aanmerking genomen.

In eerste instantie druist het alsnog in aanmerking nemen van een rentelast bij de moedervernootschap in tegen de ratio van het causaal-economisch concept. Dat schrijft nu juist voor dat opbrengsten en

³⁹⁴ NDFR Artikelsgewijs commentaar, deel Wet IB 2001, artikel 4.21 Wet IB 2001, onderdeel 1.7.4.

kosten (i.c. rente) worden toegerekend aan de dochtervennootschap voor zover dat verband houdt met diens economische activiteit. Deze rentelast hoort dan ook daar thuis. Temeer nu de dochtervennootschap wel succesvol was geworden, de voordelen uit de dochtervennootschap wel vrijgesteld zijn van vennootschapsbelasting.

Als gezegd is liquidatie van een vennootschap een bijzondere toestand. De vennootschap zal in de toekomst geen nieuwe winsten meer genereren. Van een in de toekomst mogelijke grondslag zal dan ook geen sprake meer zijn. De deelnemingsvrijstelling is onder meer gebaseerd op het ne bis in idem beginsel. Winsten en verliezen mogen slechts een keer in aanmerking worden genomen bij de bepaling van de vennootschapsbelasting. Daarom vind ik het passend dat in deze bijzondere situatie de deelnemingsrente alsnog in aanmerking wordt genomen. Het in aanmerking nemen komt ook niet ten goede aan de belastingopbrengst bij de dochtervennootschap. Met name in het geval van een buitenlandse dochtervennootschap vind ik dit van belang. Daarnaast zie ik het in aanmerking nemen van deze rente kan daarom ook wel als een vorm van coulance naar de moedervernootschap die haar kind kwijt is.

Om bovenstaande vorm te geven moet de liquidatieverliesregeling worden uitgebreid. Zonder in detail te treden werkt de liquidatieregeling als volgt. Alleen het liquidatieverlies wordt als het verlies van de moedervernootschap beschouwd. Dit bestaat uit het verlies dat de moedervernootschap zelfstandig heeft geleden. De verliezen van de dochtervennootschap blijven hier dus buiten. Het liquidatieverlies wordt bepaald door het opgeofferd bedrag te verminderen met de liquidatie-uitkeringen. Het opgeofferd bedrag bestaat onder meer uit de prijs die moedervernootschap heeft betaald voor de deelneming vermeerderd met aankoopkosten en de waarde van formele en informele stortingen van kapitaal. De niet aftrekbare deelnemingsrente kan daar als zijnde informele kapitaalstorting bijgeteld worden. Onder een informele kapitaalstorting wordt een bewuste bevoordeling van een vennootschap verstaan, waartegenover geen aandelen worden uitgegeven en welke zijn oorzaak vindt in de interne relatie tussen de verkrijgende vennootschap en zijn aandeelhouder.³⁹⁵ Dit opgeofferde bedrag komt niet voor op de fiscale of vennootschappelijke boekhouding en moet extracomptabel worden bijgehouden.

6.6.5.3 Bestaansrecht art. 10a

Alleen rente op schulden die worden aangewend voor de eigen ondernemingsactiviteit kan in aanmerking worden genomen. Kunstmatige rentestromen worden op basis van de toerekeningsregel bij de moedervernootschap al uitgesloten van aftrek. In situaties van geen controlerende zeggenschap is het geoorloofd dat rente in aftrek komt bij de moedervernootschap. Kunstmatige transacties in groepsverhoudingen worden afdoende bestreden met het rechtsmiddel *fraus legis*. Voor zover art. 10a

³⁹⁵ Hoge Raad 31 mei 1978, nr. 18 230, *BNB 1978/252*.

ziet op kunstmatige balansverlenging en externe acquisities kan deze bepaling daarom komen te vervallen. Op dit moment strekt de werking van art. 10a zich ook uit binnen het regime van de fiscale eenheid. Dit zou dan ook komen te vervallen. Daarmee gaan we terug naar de situatie van voor 1996 toen alleen dergelijke constructies met het leerstuk van *fraus legis* werden bestreden.

6.6.5.4 *Bestaansrecht art. 13l en art. 20 lid 4-6*

Het geschetste alternatief biedt voornamelijk een oplossing voor de financiering van vrijgestelde deelnemingen. Art. 13l kan in zijn rol van het gedeeltelijk dichten van het Bosal-gat komen te vervallen. In gevallen van 5-50% feitelijke zeggenschap zal de deelnemingsrente dus aftrekbaar zijn. Een deelneming waar controlerende zeggenschap over is, verschilt wezenlijk van een deelneming waar die controle over ontbreekt. Zo is de aandeelhouder zonder controlerende zeggenschap in de regel niet in de positie verkeren om de lening door de dochtervennootschap aan te laten gaan. Ik vind het dan ook gerechtvaardigd dat zij hun rente nog wel onder de brutovrijstelling mogen aftrekken. Naast het dichten van het Bosal-gat treedt art. 13l op als beschermer van de buitenlandse grondslag. De alternatieve maatregel vervult deze rol niet. De mogelijkheid dat in het buitenland grondslaguitholling plaatsvindt, is de consequentie van het heffen van belasting op basis van soevereiniteit. Ik vind het eenzijdig beschermen van de grondslag van andere een jurisdictie daarom geen taak van Nederland.

Ook de eerder ingevoerde houdsterverliesregeling ex art. 20 lid 4 - lid 6 heeft aan belang ingeboet, aangezien geen verliezen meer kunnen ontstaan uit hoofde van deelnemingsrente. De toerekenbare deelnemingsrente is niet langer aftrekbaar bij de houdster. Uit de resterende houdster- en financieringsactiviteiten kunnen nog wel verliezen ontstaan. Aangezien de aanleiding van de bepaling, namelijk een alternatieve aanpak van Bosal-rente, zich niet meer voordoet, doet de wetgever er goed aan deze beperking van verliesverrekening te schrappen.

6.6.5.5 *Bestaansrecht art. 15ad*

Voorgaand alternatief alloceert overnamerente aan de grondslag van de dochtervennootschap. Art. 15ad richt zich nu juist op bescherming van de grondslag tegen excessieve financiering van de dochtervennootschap. Vanuit die visie wordt deze rente toegerekend aan de grondslag van de moedervennootschap. Betekent dit dat bij invoering van het alternatief de bepalingen van art. 15ad moeten vervallen?

Art. 15ad strookt principieel niet met de ratio van mijn alternatief. Vanuit de ratio van het alternatief volgt dat het niet uitmaakt of de belastingplichtige zijn onderneming met eigen of vreemd vermogen financiert, als het vermogen maar zijn aanwending vindt in de bedrijfseconomische activiteit van de belastingplichtige.

Daarnaast functioneert art. 15ad niet naar behoren. Door de omslachtige vormgeving blijven krijgen belastingplichtigen de kans om de werking van art. 15ad te omzeilen. De beoogde situaties blijven nog steeds buiten schot. Dit heb ik uitgewerkt in hoofdstuk vijf. Hetzelfde geldt in feite voor de flankerende maatregelen in art. 14a en art. 14b. Tegen de verwachtingen van de wetgever in, begeeft de budgettaire opbrengst zich op termijn richting nihil.

De consequentie van afschaffen van art. 15ad is dat volledige financiering met schuld is toegestaan zolang deze aan de voorwaarden voldoet (het economische verband). Een Nederlandse dochtervennootschap kan dan worden volgestopt met (geïmputeerde) schuld. Onder het huidige art. 10a en art. 13l is dit ook al mogelijk. Dit is een logisch gevolg van het aftrekbaar stellen van rente. Wanneer de wetgever meent dat te weinig grondslag resteert om vennootschapsbelasting over te heffen, kan hij overwegen om een maximale schuldratio invoeren. Ik ben geen voorstander van een thincap-achtige bepaling. Het generieke karakter sluit onvoldoende aan bij de bedrijfseconomische werkelijkheid. Daardoor zijn situaties van overkill en underkill moeilijk te onderscheiden.

6.7 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik de principiële tekortkomingen in de behandeling van renteaftrek op overnamefinancieringen onderzocht. Aan de hand daarvan heb ik gezocht naar een alternatief concept om deze tekortkomingen weg te nemen. Dit heb ik gedaan aan de hand van de volgende vraag: *Wat zijn de fundamentele knelpunten bij overnamefinancieringen in het systeem van de vennootschapsbelasting en hoe zou de vennootschapsbelasting daar idealiter op moeten worden ingericht?*

Uit de analyse van het huidige systeem blijkt dat de wetgever drie fundamentele keuzes heeft gemaakt die naar mijn mening ten grondslag liggen aan de huidige financieringsproblematiek van externe acquisities. De wetgever heeft ten eerste gekozen de heffing van vennootschapsbelasting te baseren op basis van het subject. Door verdragen ter voorkoming van dubbele belasting wordt het territorium van de Nederlandse wetgever beperkt. De grondslag op formeel-juridische wijze benaderen is eenvoudig en biedt rechtszekerheid. Het biedt daarentegen de mogelijkheid dat kosten in de winstbepaling sluipen die economisch geen verband houden met de belaste ondernemingswinst van de moedervernootschap. Het klassieke onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen werkt een economische voorkeur naar financiering met schuld in de hand. De aansluiting van belastingheffing bij de bedrijfseconomische werkelijkheid wordt daarmee doorbroken. Het afschaffen van deze discriminatie is alleen mogelijk op internationaal niveau en is daarmee geen realistische oplossingsrichting in het fiscale debat. Voorlopig zal de fiscaal-economische wetenschap met dit onderscheid moeten leven. De ruime deelnemingsvrijstelling bewerkstelligt dat de heffing op concernniveau neutraal verloopt. Door

deelnemingskosten in aftrek toe te staan wordt in internationale verhoudingen een groter deel van de het rendement wordt vrijgesteld dan dat er effectief uit de deelneming wordt behaald.

Het probleem is dat de wetgever aan een heldere en consequente visie ontbreekt waar deze rentelasten thuis horen. De inrichting van het systeem duidt op een toekenning aan de aandeelhouder. Tegen de ongewenste uitvloeiselen van dit systeem worden instrumenten als art. 10a en art. 13l ingezet. Uitgangspunt is hier juist dat rente geweerd moet worden uit de grondslag van de aandeelhouder. In onderdeel 6.3 heb ik betoogd dat de bedrijfseconomische werkelijkheid leidend is. Renteaftrek moet worden toegerekend aan de partij die de middelen van de schuld aanwendt in zijn onderneming om winsten te genereren.

Daarnaast heb ik drie alternatieven uit de literatuur geschetst. *De Wilde* en *Wattel* noemen consolidatie van in Nederland actieve groepen als een manier om rentelasten toe te rekenen aan de grondslag van een jurisdictie. Zij volgen dezelfde causaal-economische benadering als de winstbepaling vaste inrichtingen. Een dergelijke grensoverschrijdende consolidatie is administratief intensief en vergroot het risico op *mismatches*. *Vleggeert* en *Graetz* bepleiten een variant van imputatie waar rentelasten op basis van activa op de geconsolideerde balans in plaats van juridische verschuldigheid worden gealloceerd. Daarmee wordt groepsrente meegeconsolideerd en aansluiting gezocht bij de schuldratio van de groep. Het laatste alternatief ziet op een objectvrijstelling voor deelnemingen met fiscale correcties. Onder deze fiscale correcties schaarst zich met name de aftrek van deelnemingsrente. Deze variant is minder vergaand dan de andere twee, maar is daarmee een stuk realistischer om op korte termijn in te voeren.

Op basis van deze bevindingen heb ik een concept renteaftrekbeperking uitgewerkt. Dit alternatief moet op relatief korte termijn haalbaar zijn en het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen blijft derhalve gehandhaafd. In het verleden is gebleken dat generieke maatregelen te grof uitwerken en juist situaties treffen die niet beoogd zijn. De maatregel moet daarom een specifiek karakter hebben. In aanvulling op de huidige deelnemingsvrijstelling geldt dat rente die verband houdt met deelnemingen waarin de belastingplichtige een controlerend belang houdt, wordt vrijgesteld. Bij een controlerend belang kunnen moedervenootschap en dochtervenootschap als het ware als één entiteit handelen. Deze rente ter financiering van een controlerend belang moet op causaal-economische wijze aan de deelneming worden gealloceerd. Deze renteaftrek hoort dus niet langer thuis bij de belastingplichtige. De deelnemingsvrijstelling werkt voor deze deelnemingsrente effectief uit als nettovrijstelling. Ter verzekering van de interne consistentie van het systeem mag rente die bij de moedervenootschap niet in aftrek is gebracht, op niveau van de dochtervenootschap worden geïmputeerd.

Dit alternatief heeft ook zijn uitstraling naar andere fiscale regelingen. De aftrek van (geïmputeerde) rente is toegestaan zolang deze schuld een bedrijfseconomische functie vervult. Zo kan art. 10a wat externe acquisities en de kunstmatige balansverlenging betreft komen te vervallen. Voor het overige kunnen kunstmatige opzetjes worden afgedekt door het rechtsmiddel van *fraus legis*. Ook art. 131 is in zijn rol als systeembewaker van de deelnemingsvrijstelling uitgerangeerd. Ik bepleit renteaftrek daar waar de schuld ook wordt aangewend tot het genereren van winsten. De ratio achter art. 15ad strookt daarom niet met mijn uitgangspunt en kan ook komen te vervallen. Ik zie financiering die bedrijfseconomisch een wezenlijke rol speelt, maar in de ogen van de wetgever als excessief wordt aangemerkt slechts als een logisch gevolg van het onderscheid van eigen en vreemd vermogen.

7. CONCLUSIE

In dit onderzoek staat de fiscale behandeling van de financiering met betrekking tot externe acquisities centraal. Dit ter beantwoording van de vraag:

Voldoen de huidige fiscale maatregelen voor financiering van externe acquisities aan de voorwaarden voor een goed belastingstelsel en zo niet, welke maatregelen moeten in de toekomst genomen worden?

Financiering van externe acquisities met vreemd vermogen vormen een bijzondere combinatie. Door het onderscheid in eigen en vreemd vermogen mogen de kosten van financiering met schuld ten laste van de winst worden gebracht. Dit geeft een economische prikkel die kan leiden tot kunstmatige en excessieve vormen van financiering. De externe acquisitie is in die zin bijzonder dat de koper deel gaat nemen in het risicodragend kapitaal van een vennootschap. De uitgekeerde vergoeding op dit eigen vermogen is niet aftrekbaar voor de dochtervennootschap en onder voorwaarden bij de ontvanger vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling. Dit systeem geeft een economische prikkel die kan leiden tot kunstmatige en excessieve schuldfinanciering. Dit kan leiden tot – in de ogen van de wetgever - oneigenlijke en ongewenste wetstoepassing.

Om een beeld te vormen heb ik eerst de totstandkoming en vormgeving van de bepalingen in art. 10a, 13l en 15ad uiteengezet. In het tweede deel van dit onderzoek heb ik deze maatregelen geanalyseerd, met elkaar vergeleken en beoordeeld op de voorwaarden van een goed belastingstelsel. Ik ben tot de conclusie gekomen dat het huidige systeem niet goed functioneert. Dit vloeit voort uit een aantal fundamentele keuzes van de wetgever. Deze keuzes heb ik heroverwogen en ik ben tot een alternatief concept gekomen. De rode draad daarin is dat rente ten laste van de winst gebracht moet worden bij de entiteit die het vermogen aanwendt in zijn ondernemingsactiviteit, aangezien de vergoeding op de rente daar ook is ontstaan.

7.1 Systematiek en beoordeling art. 10a, 13l en 15ad

Vennootschapsbelasting wordt niet geheven van ondernemingen of concerns, maar van subjecten. De aandeelhouders of groepsverbanden spelen bij het bepalen van de zuivere winst geen rol. Het subject heeft ten aanzien van art. 8 juncto 3.8 Wet IB 2001 financieringsvrijheid in de wijze waarop hij een externe acquisitie vormgeeft. Deze vrijheid reikt echter tot waar sprake is van misbruik van deze wetstoepassing. De beoogde wetstoepassing op deze handelingen leidt tot belastingverijdeling en komt in strijd met doel en strekking van de wet. *Fraus legis* bestrijdt een samenstel van rechtshandelingen in groepsverband. Derde partijen zullen onder de tucht van de markt op zakelijke gronden met elkaar handelen, zodat hun transactie of financiering niet door misbruik kan zijn ingegeven.

De wetgever heeft een selectie van deze jurisprudentie gecodificeerd in art. 10a. Bovendien is deze antimisbruikbepaling scherper geformuleerd, aangezien – bijvoorbeeld – ook de externe overname onder art. 10a is gebracht, terwijl die niet onder het bereik van *fraus legis* viel. Art. 10a moet in zijn functie als grondslagbewaker de totaalwinst zuiveren van kunstmatig opgeroepen rentelasten ten behoeve van drie rechtshandelingen die in de vrijgestelde sfeer plaatsvinden. Door middel van een dubbele zakelijkheidstoets of een compenserende heffingstoets kan worden voorkomen dat de rentekosten niet aftrekbaar zijn. Deze tegenbewijsregelingen zijn de scharnierpunten van art. 10a. Uit recente jurisprudentie vloeit voort dat de belastingplichtige niet alleen aannemelijk moet maken dat de rechtshandeling en financiering een zakelijk doel dienen. Conform deze zogenoemde *verschillende wegenleer* mag ook de wijze waarop dit tot stand komt niet in overwegende mate fiscaal gedreven is zijn.

Grondslagbewaker art. 10a benadert de externe overname en financiering op basis van hun causale verband. Dit draagt bij aan de effectiviteit van de maatregel en het waarborgt in beginsel dat gelijke gevallen ook gelijk worden behandeld. De tweeledige tegenbewijsmogelijkheid is daarentegen administratief intensief. Dat draagt bovendien bij aan de kans dat gevallen waarin materieel geen sprake is van misbruik niet kunnen voldoen aan de formele vereisten. Desondanks ben ik van mening dat art. 10a voor externe acquisities moet komen te vervallen. Art. 10a is gebouwd rondom de theoretische norm ‘zakelijkheid’. Het gebruik van een open norm is alleen mogelijk wanneer de bedoeling van de wetgever duidelijk toepasbaar is op een specifieke situatie. De wetgever heeft er - in tegenstelling tot de vergoeding op eigen vermogen - voor gekozen rente op vreemd vermogen aftrekbaar te stellen. Een voorkeur voor financiering met schuld is in dat geval ook een bedrijfseconomisch logische consequentie. In de praktijk zal ook altijd een grijs gebied bestaan tussen bedrijfseconomisch en fiscaal gedreven ondernemersbeslissingen, omdat laatstgenoemde onderdeel is van eerstgenoemde. In die zin is de rechtszekerheid laag. De echte gevallen van misbruik worden nog steeds bestreken door *fraus legis* en in het verleden is dit instrument afdoende gebleken. Art. 10a lid 1 onderdeel c is dan alleen nog van toepassing op interne verhangingen.

Andere figuren waarin een schuldenlast kan worden samengebracht met een winstbron zijn de fiscale eenheid, juridische fusie en juridische splitsing. Art. 15ad en zijn flankerende grondslagbewakers moeten voorkomen dat een teveel aan renten op overnameschulden ten laste van de winst van de overgenomen dochtermaatschappij gebracht kan worden. De ratio is dat overnamerente niet thuishoort in de grondslag van de dochtermaatschappij en de overnameholding het teveel aan bovenmatige overnamerente daarom zelf moet kunnen voldoen uit zijn ‘eigen winst’.

Het zwaartepunt van art. 15ad ligt bij de jaarclusters. Aan de hand van de financiering en de verkrijgingsprijs van de in een jaar gevoegde maatschappijen wordt bepaald of sprake is van een

teveel aan overnameschulden. Deze toerekening vindt ook op causaal-economische basis plaats, waardoor alleen schulden in de maatregel kunnen worden betrokken die ook daadwerkelijke verband houden met de externe acquisitie. Voor zover de overnameschulden binnen een jaarcluster boven deze drempel uitstijgen, is in die verhouding sprake van een bovenmatige overnamerente. Voor zover de bovenmatige overnamerente niet gedragen kan worden door de eigen winst is sprake van een teveel aan overnamerente, met een franchise van €1.000.000. Deze rente is in het betreffende boekjaar niet aftrekbaar, maar kan onbeperkt in de tijd voortgewenteld worden naar een volgend jaar waarin de overnemende fiscale eenheid wel voldoende eigen winst genereert. Art. 15ad is dus een temporiseringsmaatregel. De overnameholding moet ooit wel voldoende winst maken om deze voortgewentelde rente tegen af te zetten. Het is maar de vraag of die gelegenheid zich ooit nog zal voordoen voor een lichaam dat louter is opgericht als overnamevehikel. Daarnaast moeten de overnameschulden en eventuele getemporeerde overnamerente extracomptabel worden bijgehouden, wat de nodige administratieve rompslomp oplevert.

De gemiddelde schuldratio van in een jaar gevoegde maatschappijen wordt binnen een jaarcluster getoetst. De norm bedraagt een maximaal 60% van de verkrijgingsprijs. De aftrekbaarheid van de overnamerente hangt daarmee mede af van de schuldratio van andere gevoegde maatschappijen. Dit gaat ten koste van het gelijkheidsbeginsel. Daarnaast wordt belastingplichtigen de mogelijkheid geboden de regel te ontgaan, doordat bij voeging gerekend wordt vanaf een nieuw jaarcluster. Belastingplichtigen zullen ook participeren op de maximale financieringsnorm en om deze norm heen structureren. Art. 15ad is daarmee niet effectief en zal naar mijn verwachting ook geen budgettaire bijdrage leveren. Kortom, art. 15ad is niet rechtvaardig en in combinatie met art. 10a ook niet efficiënt. Art. 15ad kan budgetneutraal geschrapt worden.

Systeembewaker art. 13l richt zich tegen Nederlandse grondslaguitholling bij de moedermaatschappij door bovenmatige aftrek van deelnemingsrente te bestrijden, terwijl de voordelen uit deze deelneming zijn onder de brutodeelnemingsvrijstelling vallen. Het teveel aan bovenmatige deelnemingsrente wordt berekend op met een mathematische rekenregel. Het eerste scharnierpunt is de verhouding tussen ongezonde deelnemingen en het eigen vermogen. Ongezonder is een deelneming die geen uitbreiding vormt van de operationele activiteit van de groep, veelal deelnemingen die ter belegging worden gehouden. Het tweede scharnierpunt ziet op de vraag of een gezonde deelneming agressief is gefinancierd, dan wel structurering via Nederland heeft plaatsgevonden met de aftrek van deelnemingsrente als oogmerk. De bepaling richt zich daarmee op verliesfinanciering en drie categorieën deelnemingen met een deelnemingsschuld:

1. Ongezonde deelnemingen;
2. (On)gezonde deelnemingen die agressief zijn gefinancierd;

3. (On)gezonde deelnemingen die alleen met het oogmerk van renteaftrek worden gehouden door de Nederlandse moederverenootschap.

De eerste en tweede categorie van art. 13l zijn vergelijkbaar met de dubbele zakelijkheidstoets: zowel de besmette rechtshandeling als financiering wordt getest. Ik zie hier overeenkomsten met de zakelijkheidstoets op de besmette rechtshandeling van art. 10a. Met de derde categorie hanteert art. 13l in wezen een ‘verkapte’ tegenbewijsmogelijkheid om het karakter van de investeringen te toetsen. De oogmerktoets in art. 13l, lid 6, onderdeel c voor reële uitbreidingsinvesteringen zie ik als tegenhanger van de zakelijkheidstoets op een rechtshandeling in art. 10a, lid 3, onderdeel a. Het onderscheid schuilt in de voorwaarde van art. 10a dat in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag moeten liggen aan zowel de schuld als de rechtshandeling. Met andere woorden: de zakelijke overwegingen zijn zwaarder dan de fiscale overwegingen. Dit is strikt genomen anders dan de vraag of de rechtshandeling ook had plaatsgevonden indien de renteaftrek buiten beschouwing zou worden gelaten.

Het bestaan van een deelnemingsschuld wordt in eerste aanleg niet causaal maar mathematisch benaderd. Door de mathematische benadering in combinatie met de fictieve toerekening hangt de vraag of überhaupt sprake is van een teveel aan bovenmatige deelnemingsschuld voornamelijk af van de ratio tussen meegerekende deelnemingen en het eigen vermogen. Deze omslachtige wijze van het berekenen en beoordelen van de deelnemingsschuld, beperkt de actieradius van art. 13l. Daarnaast ben ik van mening dat nog steeds de verkeerde entiteit de renteaftrek claimt en dat een netto-vrijstelling voor de moederverenootschap uitgangspunt moet zijn. Art. 13l voorziet hier niet in. Zolang het eigen vermogen niet minder bedraagt dan de meegerekende deelnemingen is geen sprake van een aftrekbeperking. Binnen deze grenzen is aftrek op alle drie categorieën deelnemingsschuld geoorloofd. De effectiviteit van de maatregel komt hierdoor in het gedrang. Belastingplichtigen kunnen op de mathematische toets anticiperen door gezonde deelnemingen met gezonde schuld te financieren en ongezonde deelnemingen met agressieve schuld of eigen vermogen. Ik verwacht echter niet dat belastingplichtigen de uiterste grens op zullen zoeken zoals dat in art. 15ad mogelijk is, omdat de stand van de winstreserves aan het eind van het boekjaar moeilijker te voorspellen is. Evenals de benadering per jaarcluster in art. 15ad komt met deze speelruimte ook de gelijke behandeling van gelijke gevallen in het geding, doordat renteaftrek niet rechtstreeks afhangt van vormgeving van de rechtshandeling en de financiering, maar van het balanstotaal. Om bovengenoemde redenen voldoet art. 13l niet aan de vereiste rechtvaardigheid, effectiviteit en efficiëntie als voorwaarden voor een goed belastingstelsel.

Wat de efficiëntie betreft is belangrijk of de bepalingen elkaar overlappen. Art 10a beslaat zowel situaties van overnameholdings dan wel deelnemingsrente. Diezelfde situaties worden daarna

vervolgens aan art. 15ad dan wel art. 13l onderworpen. Voor iedere bepaling moet extracomptabel een andere administratie worden bijgehouden om aan de bewijslast te voldoen. Dit zorgt voor rechtsonzekerheid, aanzienlijke uitvoeringskosten en veroorzaakt vanwege eventuele economische dubbele belastingheffing voor economische verstoringen.

Een gemeenschappelijke tekortkoming van de maatregelen is dat zij slechts eenzijdig een correctie vormen op de belastinggrondslag. Indien de ontvanger van de rente een Nederlandse belastingplichtige is, wordt deze rente bij deze crediteur alsnog in de heffing betrokken.

7.2 Alternatieve behandeling van renteaftrek op externe acquisities

Deze aftrekbeperkingen zijn een reactie op de gedragingen van belastingplichtigen. In de ogen van de wetgever zijn deze gedragingen ongewenst, maar in mijn ogen is het slechts een logisch gevolg van drie principiële keuzes die de wetgever heeft gemaakt bij inrichting van het systeem. Allereerst is het opmerkelijk dat aftrek van rente juist gestimuleerd wordt door het onderscheid in eigen en vreemd vermogen. Ten tweede is de subjectbenadering eenvoudig en rechtszeker, maar maak kunstmatige rentestromen mogelijk doordat in beginsel alle juridisch verschuldigde kosten ten laste van de winst mogen worden gebracht. Ten derde is de objectvrijstelling voor voordelen uit deelnemingen bewust vormgegeven als brutovrijstelling wat deelnemingsrente aftrekbaar maakt. Het gevolg is dat rente geclaimd wordt op het verkeerde niveau.

Een probleem van algemene aard is dat de wetgever aan een heldere en consequente visie ontbreekt waar deze rentelasten in fiscale zin thuishoren: bij de moedervernootschap of bij de dochtervernootschap. De inrichting van het systeem duidt op een toekenning aan de aandeelhouder. Tegen de ongewenste uitvloeiselen van dit systeem worden instrumenten als art. 10a en art. 13l ingezet. Uitgangspunt is hier juist dat rente geweerd moet worden uit de grondslag van de aandeelhouder. In onderdeel 6.3 heb ik betoogd dat de bedrijfseconomische werkelijkheid leidend zou moeten zijn. Dit vloeit voort uit het *principle of source*: daar waar het vermogen wordt aangewend om in een productieproces waarde toe te voegen, wordt ook de vergoeding op dit vermogen gegenereerd. De enige manier om de zuivere winst te bepalen die voortvloeit uit deze activiteiten is door alle aftrekbare kosten en belaste opbrengsten die daar aan toerekenbaar zijn samen te tellen. Mijn uitgangspunt hierna zal dan ook zijn dat renteaftrek moet worden toegerekend aan de partij die de middelen van de schuld aanwendt in zijn onderneming om (belaste) winsten te genereren.

Op basis van deze bevindingen heb ik een concept renteaftrekbeperking uitgewerkt. Dit alternatief moet op relatief korte termijn haalbaar zijn en het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen blijft derhalve gehandhaafd. In het verleden is gebleken dat generieke maatregelen te grof uitwerken en juist situaties treffen die niet beoogd zijn. De maatregel moet daarom een specifiek karakter hebben.

In aanvulling op de huidige deelnemingsvrijstelling geldt dat rente die verband houdt met deelnemingen waarin de belastingplichtige een controlerend belang houdt, wordt vrijgesteld. Bij een controlerend belang kunnen moedervenootschap en dochtervenootschap als het ware als één entiteit handelen. Het controlerend belang moet worden bepaald naar de feitelijke omstandigheden. Deze rente ter financiering van een controlerend belang moet op causaal-economische wijze aan de deelneming worden gealloceerd. Deze renteaftrek hoort dus niet langer thuis bij de belastingplichtige. De deelnemingsvrijstelling werkt voor deze deelnemingsrente effectief uit als nettovrijstelling. Ter verzekering van de interne consistentie van het systeem mag rente die bij de moedervenootschap niet in aftrek is gebracht, op het niveau van de dochtervenootschap worden geïmputeerd. Het is daarbij noodzakelijk om de voorwaarde te stellen dat de rente van rechtswege nog niet in aftrek is gekomen bij de moedervenootschap. Anders wordt aan de moedervenootschap de keuze gelaten de rente te laten ‘vallen’ in de jurisdictie met de hoogste belastingdruk.

De tekst van deze maatregel kan als volgt luiden:

- a) *Rente en kosten op een schuld die verband houdt met de verwerving of uitbreiding van een feitelijk controlerend belang in een deelneming zijn niet aftrekbaar.*
- b) *Rente en kosten op een schuld die verband houdt met de verwerving of uitbreiding van een controlerend belang in belastingplichtige mogen in aanmerking worden genomen voor zover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat deze renten en kosten van rechtswege niet in aanmerking zijn genomen bij de berekening van een belasting naar de winst door de houder van het controlerend belang.*

Dit alternatief heeft ook zijn uitstraling naar andere fiscale regelingen. De aftrek van (geïmputeerde) rente is toegestaan zolang deze schuld een bedrijfseconomische functie vervult. Zo kan art. 10a wat externe acquisities en de kunstmatige balansverlenging wat externe overnames betreft komen te vervallen. Voor het overige kunnen kunstmatige opzetjes worden afgedekt door het rechtsmiddel van *fraus legis*. In gevallen van 5-50% feitelijke zeggenschap zal de deelnemingsrente dus aftrekbaar zijn. Een deelneming waar controlerende zeggenschap over is, verschilt wezenlijk van een deelneming waar die controle over ontbreekt. Zo is de aandeelhouder zonder controlerende zeggenschap in de regel niet in de positie verkeren om de lening door de dochtervenootschap aan te laten gaan. Ik vind het dan ook gerechtvaardigd dat zij hun rente nog wel onder de brutovrijstelling mogen aftrekken. Ook art. 13l is dan als systeembewaker van de deelnemingsvrijstelling uitgerangeerd.

Ik bepleit renteaftrek daar waar de schuld ook wordt aangewend tot het genereren van winsten. De ratio achter art. 15ad strookt daarom niet met mijn uitgangspunt en kan ook komen te vervallen. Ik zie financiering die bedrijfseconomisch een wezenlijke rol speelt, maar in de ogen van de wetgever als

excessief wordt aangemerkt slechts als een logisch gevolg van het onderscheid van eigen en vreemd vermogen.

Wanneer deze opzet wordt gevolgd is mijns inziens de financieringsproblematiek rondom externe overnames voor het overgrote deel opgelost, doordat iedere vennootschap de rente voor zijn rekening neemt die toerekenbaar is aan zijn winst.

Van Masters of Tax Avoidance terug Going Dutch.

8. Literatuuroverzicht

Jurisprudentie Hof van Justitie EG

- HvJ EU 18 september 2003, nr. C-168/01, (Bosal Holding B.V.) *BNB* 2003/344
- HvJ EU 23 februari 2006, nr. C-471/04, (Keller Holding) *V-N* 2006/14.17
- HvJ EU 13 maart 2007, C-524/04, (Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation) *V-N* 2007/15.9

Jurisprudentie Nederlandse rechtscolleges (incl. conclusies)

- Hoge Raad 5 oktober 1955, nr. 12 507, *BNB* 1955/348
- Hoge Raad 31 mei 1978, nr. 18 230, *BNB* 1978/252
- Hoge Raad 9 maart 1983, nr. 21 163, *BNB* 1983/202
- Hoge Raad 29 juni 1988, nr. 24 738, *BNB* 1988/331
- Hoge Raad 19 oktober 1988, nr. 25 425, *BNB* 1989/43
- Hoge Raad 8 november 1989, nr. 25 089, *BNB* 1990/36.
- Hoge Raad 11 juli 1990, nr. 26 306, *BNB* 1990/293
- Hoge Raad 10 maart 1993, nr. 27 295, *BNB* 1993/194.
- Hoge Raad 10 maart 1993, nr. 27 992, *BNB* 1993/195
- Hoge Raad 10 maart 1993, nr. 28 139, *BNB* 1993/196
- Hoge Raad 10 maart 1993, nr. 28 484, *BNB* 1993/197
- Hoge Raad 17 februari 1993, nr. 28 260, *BNB* 1994/163
- Hoge Raad 16 maart 1994, nr. 27 764, *BNB* 1994/191
- Hoge Raad 6 september 1995, nr. 27 927, *BNB* 1996/4
- Hoge Raad 21 september 1994, nr. 29 696, *BNB* 1995/71
- Hoge Raad 23 augustus 1995, nr. 29 521, *BNB* 1996/5
- Hoge Raad 27 september 1995, nr. 30 400, *BNB* 1996/6
- Hoge Raad 8 juli 1996, nr. 31 496, *BNB* 1996/368
- Hoge Raad 13 november 1996, nr. 31 008, *BNB* 1998/47
- Hoge Raad 7 mei 1997, nr. 30 294, *BNB* 1997/263
- Hoge Raad 11 maart 1998, nr. 32 420, *BNB* 1998/129
- Hoge Raad 23 februari 2000, nr. 35 401, *BNB* 2000/149
- Hoge Raad 11 april 2001, nr. 35 729, *BNB* 2001/257
- Hoge Raad 8 februari 2002, zaak 36 358, *BNB* 2002/118
- Hoge Raad 8 maart 2002, nr. 36 292, *BNB* 2002/210
- Hoge Raad 3 mei 2002, nr. 36 821, *BNB* 2002/257
- Hoge Raad 22 november 2002, nr. 36 272, *BNB* 2003/34
- Hoge Raad 6 december 2002, 36 773, *BNB* 2003/285
- Hoge Raad 23 januari 2004, nr. 38258, *BNB* 2004/142
- Hoge Raad 17 december 2004, nr. 39 080 *BNB* 2005/169
- Hoge Raad 17 juni 2005, nr. 40 819 *BNB* 2005/304
- Hoge Raad 11 juli 2008, nr. 43 376, *BNB* 2008/266
- Hoge Raad 10 juli 2009, nr. 43 363, r.o. 3.3.3, *BNB* 2009/237.
- Hoge Raad 8 april 2011, nr. 10/00651, *BNB* 2011/156
- Hoge Raad 1 juni 2012, nr. 00009, *BNB* 2012/213.
- Hoge Raad 1 maart 2013, nr. 11/00675, *V-N* 2013/12.19

- Hof Arnhem 1 december 2009, nr. 08/00618, *V-N* 2010/6.26
- Hof Arnhem 1 december 2009, nr. 08/00619, *V-N* 2010/6.26
- Hof Amsterdam, 4 juli 2013, nr. 12-00008, *V-N* 2013/37.12

- Conclusie A-G Wattel 11 april 2001, nr. 35 729, *BNB* 2001/257c
- Conclusie A-G Wattel 30 november 2010, nr. 10/00075, *V-N* 2011/3.19

- Conclusie A-G Wattel 19 oktober 2000, 35 729, *BNB* 2001/275c
- Conclusie A-G Overgaauw 17 december 2004, nr. 39 080, *BNB* 2005/169c
- Conclusie A-G Wattel 26 juni 2003, nr. 38 258, *BNB* 2004/142c
- Conclusie A-G Wattel 30 november 2010, nr. 10/00075, *V-N* 2011/3.19

Jurisprudentie buitenlandse rechtscolleges

- EVA Hof, 7 mei 2008, nr. E-7/07 (Seabrokers), *V-N* 2008/47.8

Boeken

- L.A. de Blicke e.a., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, FED Fiscale studieresie, Deventer: Kluwer 2011
- F.W.G.M. van Brunshot, *Bespreking van het rapport van de commissie ter bestudering van het verschijnsel internationale belastingvlucht van lichamen, en van maatregelen daartegen*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 198, Deventer, Kluwer 1995
- J.W. Bellingwout e.a., *Corporate Taxation of Headquarter Services in Europe*, VU Amsterdam en ZEW Mannheim, Amsterdam, juni 2012
- J.H. Christiaanse, *Belastingconsulentendag '75, Deelnemingsvrijstelling en Holdings*, Deventer: Uitgeverij FED 1975
- R.P. van den Dool & E.J.W. Heithuis, *De fiscale positie van de DGA*, Kluwer: Deventer 2009
- J.A.G. van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling, met name in internationale verhoudingen*, Deventer: Kluwer 1990
- J.A.G. van der Geld, *De deelnemingsvrijstelling*, derde druk, Deventer: Kluwer 2011
- A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2009
- H.J. Hofstra, bewerkt door R.E.C.M. Niessen, *Inleiding tot het Nederlandse belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2002
- R.L.H. IJzerman, *Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht*, FM nr. 54, Deventer: Kluwer 1991
- B. Jacobs, *De prijs van gelijkheid*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2005
- D. Juch, *De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Uitgeverij FED 1974
- E.C.C.M. Kemmeren, *Principle of origin in tax conventions, a rethinking of models*, *dissertatie*, Dongen: Universiteit Tilburg 2001
- Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, onderdeel 9.3.3.1.*, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, Deventer: Kluwer 2005
- O.C.R. Marres, *Aftrek van rente in de vennootschapsbelasting, in het bijzonder art. 10a: ongewijzigd handhaven, aanpassen of afschaffen*, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap No. 228, Deventer: Kluwer 2006
- O.C.R. Marres, *Winstdrainage door renteaftrek, Artikel 10a Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 na 'Werken aan Winst'*, FM 113, Deventer: Kluwer 2007
- W.C.M. Martens, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Deventer: Kluwer 2011
- G.M.M. Michielse, *Thin capitalisation in het fiscale recht*, FM nr. 67, Deventer: Kluwer 1994
- F.P.J. Snel, *Van Moedervenootschaps en dochters*, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, Den Haag: SDU 2005
- G. van Schanz, *Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetz*, 13 *Finanz-Archiv* no. 1, Wenen 1896
- S.A.W.J. Strik, *Lezingen Commissie Vaktechniek 2012*, uitgave van de Jonge Orde van Belastingadviseurs, Den Haag: SDU 2013
- H.C. Simons, *Personal Income Taxation: The Definition of Income as a Problem of Fiscal Policy*, Chicago: University of Chicago Press, 1938
- L.G.M. Stevens, *Elementair Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2013

- J. van Strien, ‘Aspecten van renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting’, NOB/LOF serie, Deventer: Kluwer 2002
- J. van Strien, Proefschrift ‘Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting’, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2006.
- J. van Strien, ‘Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting’, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2008

Tijdschriften

- M.J. van den Berg, ‘Hoe 13L het Bosal-gat moet dichtten’, *V&O* 2012, nummer 10
- A.H.M. Daniels & R.J. de Vries, ‘Aanstaande overnameholdingwetgeving in de vennootschapsbelasting: waar gaan we met z’n allen naar toe?’, *WFR* 2011/1322
- J.W. Bellingwout, ‘Bosal-mania’, *WFR* 2011/1008
- J.W. Bellingwout, ‘Bosal-mania’, *WFR* 2011/1008
- A.H.M. Daniels en R.J. de Vries, ‘Aanstaande overnameholdingwetgeving in de vennootschapsbelasting: waar gaan we met z’n allen naar toe?’, *WFR* 2011/1322
- F.J. Elswier & J.A. van der Geld, ‘Renteaftrekbepalingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting – tijd voor sanering’, *TFO* 2012/120.1
- M.J. Graetz, ‘A Multilateral Solution for the Income Tax Treatment of Interest Expenses’, *IBFD, Bulletin for International Taxation*, November 2008
- E.J.W. Heithuis, ‘Winstdrainage, externe acquisities en de 'verschillende wegen'-leer’, *WFR* 1996/573
- J.H.A.M. van Helvoirt & F.W.G. Kam, ‘Bovenmatige deelnemingsrente’, *MBB* 2012/12
- F. van Horzen, ‘Help, mijn aandeelhouder is een sprinkhaan!’, *NTFR* 2011/1296
- F. van Horzen, ‘Art. 2, lid 5, Wet VPB 1969: een foute bepaling?’, *NTFR* 2009/1824
- Q.W.J.C.H. Kok en R.C. de Smit, ‘Wijzigingen in de vennootschapsbelasting’, *MBB* 2012/01
- O.C.R. Marres, ‘Deelnemingsrente’, *WFR* 2012/1426, onderdeel 7.3
- O.C.R. Marres, ‘Eerlijk delen in de fiscale jungle’, oratie, onderdeel 5.1, SDU 2011
- O.C.R. Marres, ‘Ongewenste dumping van rentelasten’, *NTFR* 2012-2312
- Redactie V-N, ‘Nieuw besluit inzake de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969’, *V-N* 2013/19.19
- C.A.H.M. von Meijenfildt, ‘Reikwijdte van art. 131 lid 6 onderdeel a en b Wet VPB 1969’, *WFR* 2013/982
- S.F.M. Nickel, ‘Fraus legis en renteaftrek in de vennootschapsbelasting’, *TFO* 2003/169
- P.B.N. van Os, ‘Toekomstig internationaal opererend beursfonds zoekt fiscale woonplaats: Nederland of het Verenigd Koninkrijk?’, *Forfaitair* 2013/233
- F.P.G. Pötgens en W.E.J. Dijkstra, ‘De grensoverschrijdende fiscale eenheid en belastingverdragen: niets nieuws onder de zon?’, *WFR* 2013-708
- M.H.C. Ruijschop, ‘Renteaftrekbepaling overnameholdings’, *TFO* 2012/120.4
- M.H.C. Ruijschop, ‘Besluit over toepassing art. 10a Wet VPB 1969’, *NTFR* 2013-806
- P.H.M. Simonis, ‘Renteaftrekbepaling: art. 14a lid 12 t/m 14 en art. 14b lid 9 t/m 11, Wet VPB 1969’, *MBB* 2012/6
- F.P.J. Snel, ‘Waar is het Bosal-gat? Pleidooi voor fact-finding’, *WFR* 2012/1104.
- J. van Strien & M.G.H. van der Kroon, ‘Het streven naar grondslagverbreding: is earningsstripping de oplossing?’, *NTFR* 2011-614.
- J. van Strien, ‘De (vrijwel ondoorgroendelijke) samenloop van renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting’, *TFO* 2013-1283
- P.C. van der Vegt, ‘Enkele hoofdlijnen van een meer beginselmatige en neutrale Wet op de vennootschapsbelasting’, *WFR* 2012/340
- J. Vleggeert, ‘Deelnemingsrente’, *WFR* 2011/1222
- S. van Weeghel, ‘Verhandeling, antwoorden van prof. mr. S. van Weeghel’, *TFO* 2004/166
- S. van Weeghel, ‘Antwoorden van prof. mr. S. van Weeghel’, *TFO* 2004/166
- M.F. de Wilde, ‘Een aanzet voor een rechtvaardigere heffing van vennootschapsbelasting van actieve groepen in Nederland’, *MBB* 2011/9

Kamerstukken en beleid

- *Staatsblad* 2003, nr. 526
- *Kamerstukken II* 1959/60, 6000, nr. 3
- *Kamerstukken II* 1986/87, 19 968, nr. 3
- *Kamerstukken II*, 1987/88, 19 968, nr. 7
- *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 696, nr. 3
- *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 696, nr. 5
- *Kamerstukken II*, 2012/13, 25 087, nr. 1
- *Kamerstukken II*, 1995/96, 29 696, nr. 8
- *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 107, nr. 4
- *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 572, nr. 3
- *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 8
- *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 572, nr. C
- *Kamerstukken I*, 2006/07, 30 572, nr. F
- *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 740, nr. 3
- *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 800, nr. 17
- *Kamerstukken I*, 2011/12, 33 003, nr. D
- *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 10
- *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 11
- *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 003, nr. 17
- *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 22
- *Kamerstukken II* 2011/12, 33 003, nr. 30
- *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 800, nr. 17
- *Kamerstukken I*, 2011/12, 33 287, nr. D
- *Kamerstukken I*, 2011/12, 33 287, nr. H
- *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 4
- *Kamerstukken II* 2011/12, 33 287, nr. 7
- *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 11
- *Kamerstukken II*, 2012/13, 31 066, nr. 168
- *Handelingen II*, 1995/96, 24 696, nr. 4
- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 23 december 2005, nr. CPP2005/2662M
- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M, *Stcrt.* 2013, 8768.

Overige papers & publicaties

- Ernst & Young Transaction Advisory Services B.V. en Nederlandse Vereniging Participatiemaatschappijen, rapport ‘*Economische en sociale effecten van buyouts in Nederland - meer werkgelegenheid en groei in ondernemingen na een private equity investering*’, Amsterdam, januari 2008.
- Bruins e.a., ‘Report on double taxation’, *rapport van de financiële commissie van de Volkenbond*, Geneve 1923.
- Financieel Dagblad, ‘*Durfskapitalist kan ook zonder de bank*’, en ‘*All equity geeft zoveel meer rust*’, 14 mei 2013
- S. Goodley en D. Milmo, ‘Dutch masters of tax avoidance’, *The Guardian*, 19 oktober 2011
- G. de Groot, S. Eikelenboom & R. Smit, ‘Concerns: fiscale vluchtroute Nederland’, *Het Financieele Dagblad* 15 november 2011
- P. Kavelaars, M. Ruijschop en L. Wijtvliet, ‘*De regeling inzake overnameholdings anno 2012*’, Wetenschappelijk Bureau Deloitte Belastingadviseurs, Rotterdam 2012.
- A. Klemm, ‘*Allowances for Corporate Equity in Practice*’, IMF Working Paper, New York, november 2006

- R.A. de Mooij, '*Heeft de VPB een toekomst?*', oratie, Erasmus Universiteit Rotterdam, 21 december 2003
- R.A. de Mooij & M. Devereux, '*An applied analysis of ACE and CBIT reform in the EU*', CPB Discussion Paper, Den Haag juli 2003 'Renteaftrek voor bedrijven beperkt', *Het Financieele Dagblad*, 19 juni 2009.
- 'OECD Report on the attribution of profits to permanent establishments', OECD, Parijs, 22 juli 2010
- Topteam Hoofdkantoren, '*Opinie met betrekking tot de fiscale behandeling van deelnemingsrente*',
- PricewaterhouseCoopers LLP, '*Assessing tax, 2013 tax rate benchmarking study for industrial products and automotive sectors*', 2013, figure 4, gebaseerd op de OECD Tax Database, 2012.
- J. van Strien, '*Nieuwe aftrekbeperking deelnemingsrente onduidelijk en onuitvoerbaar*', <http://taxlive.nl/-/nieuwe-aftrekbeperking-deelnemingsrente-onduidelijk-en-onuitvoerbaar>, Kluwer, 25 februari 2013
- Studiecommissie Belastingstelsel Van Weeghel, in opdracht van het Ministerie van Financiën, Den Haag, 7 april 2010