

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

Additionele Tier 1 instrumenten en artikel 29a Wet VPB 1969

De mogelijke weerslag van art. 29a Wet VPB 1969 op hybride financiering

Naam: Stijn Baart

Examenummer: 325760

Scriptiebegeleider: R.C. de Smit MSc.

Rotterdam/ Augustus 2015

Inhoudsopgave

HOOFDSTUK 1: Inleiding	4
1.1 Probleem	4
1.2 Doel.....	6
1.3 Onderzoeksvraag.....	6
1.4 Toetsingskader	7
1.5 Afbakening.....	8
HOOFDSTUK 2: Vreemd en eigen vermogen en de fiscale behandeling	9
2.1 Inleiding.....	9
2.2 Civielrechtelijke kwalificatie van vreemd en eigen vermogen	10
2.2.1 <i>Eigen vermogen</i>	10
2.2.2 <i>Vreemd vermogen</i>	11
2.3 Fiscale behandeling van vreemd en eigen vermogen	12
2.3.1 <i>Doel</i>	12
2.3.2 <i>Deelnemerschapslening</i>	14
2.3.3 <i>Schijnlening</i>	15
2.3.4 <i>Bodemlozeputlening</i>	16
2.3.5 <i>Onzakelijke lening</i>	17
2.4 Invloed financieringskeuze onderneming	18
2.5 Conclusie	20
HOOFDSTUK 3: De financiering van banken en de EU-regelgeving	22
3.1 Inleiding.....	22
3.2 Opbouw van de balans en het risico van een bank.....	22
3.3 Oorzaak van de crisis en zijn gevolg.....	24
3.3.1 <i>Oorzaak en gevolg</i>	24
3.3.2 <i>Reactie van overheden en toezichthouders</i>	27
3.4 Hoofdpijnen van Basel III	29
3.4.1 <i>Algemeen</i>	29
3.4.2 <i>Risico gewogen activa</i>	30
3.4.3 <i>Kapitaalbuffers</i>	31
3.5 Conclusie	35
HOOFDSTUK 4: Art. 29a Wet VPB 1969	37
4.1 Inleiding.....	37
4.2 Fiscale kwalificatie financiering.....	38
4.2.1 <i>CET 1-kapitaal</i>	38

4.2.2	<i>Tier 2-kapitaal</i>	38
4.2.3	<i>Aanvullend Tier 1-kapitaal</i>	39
4.3	Art. 29a Wet VPB 1969	48
4.4	Conclusie	51
HOOFDSTUK 5: Consequenties art. 29a Wet VPB 1969		53
5.1	Inleiding.....	53
5.2	Gelijkheidsbeginsel	55
5.2.1	<i>Algemeen</i>	55
5.2.2	<i>Toetsing gelijkheidsbeginsel</i>	56
5.2.3	<i>Gelijkheidsbeginsel vanuit een academisch oogpunt</i>	57
5.3	Staatssteun- <i>risico</i>	59
5.3.1	<i>Algemeen</i>	59
5.3.2	<i>Opleveren van voordeel</i>	60
5.3.3	<i>Selectiviteit</i>	61
5.3.4	<i>Toe te rekenen aan de staat en bekostigd met staatsmiddelen</i>	65
5.3.5	<i>Ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer en vervalsing van de mededinging</i>	66
5.3.6	<i>Toegestane steunmaatregelen</i>	67
5.3.7	<i>(On)Geoorloofde staatssteun</i>	67
5.3.8	<i>Conclusie</i>	68
5.4	AT 1-kapitaalhouders	68
5.5	Onzakelijke lening	70
5.6	Dividendbelasting.....	71
5.7	Conclusie	73
HOOFDSTUK 6: Toetsing en conclusie		76
6.1	Het gelijkheidsbeginsel	76
6.2	Effectiviteit	77
6.3	Europese wetgeving	77
6.4	Beantwoording onderzoeksvraag	78
Literatuurlijst		79

HOOFDSTUK 1: Inleiding

1.1 Probleem

In 2007¹ begon de grootste financiële crisis sinds de Grote Depressie van 1929². Door onverwacht stijgende rentes in de Verenigde Staten van Amerika (hierna: “VS”) waren weinig kredietwaardige huizenbezitters niet meer bij machte om aan hun hypotheeklasten te voldoen. Voorafgaand aan de rentestijging hadden Amerikaanse banken de door hun verstrekte hypotheek op grote schaal opgesplitst, gebundeld en doorverkocht. Dit had tot gevolg dat het voor banken lastig, dan wel onmogelijk, was om het risico dat zij liepen op deze aangekochte gebundelde hypotheek correct in kaart te brengen³. Toen de rentes eenmaal stegen en de huizenbezitters niet meer aan hun betalingsverplichtingen konden voldoen was het hek van de dam. De banken moesten grote onvoorziene verliezen nemen op hun uitstaande hypotheek, waardoor het eigen vermogen van de banken in rap tempo afnam. Dit deed de ratio tussen het eigen vermogen en de uitstaande kredieten ook afnemen waardoor deze ratio niet meer voldeed aan de gestelde eisen van de verschillende toezichthouders. Verschillende banken gingen failliet of werden door middel van overheidssteun in leven gehouden⁴. De gevolgen op de wereldwijde financiële markten waren enorm. Zo nam het Europees Bruto Binnenlands Product in 2009 met maar liefst 4,5% af⁵ en moest de Nederlandse overheid Fortis/ABN AMRO Nederland in 2008 voor €16,8 miljard overnemen om het faillissement van een systeembank te voorkomen⁶. Een jarenlange financiële crisis was het gevolg.

De crisis maakte duidelijk dat de destijds geldende minimale kapitaaleisen voor banken, zoals onder meer vastgelegd in het Basel II akkoord, onvoldoende was. De banken bleken niet in staat om genoeg verlies zelf op te vangen. Om die reden is het Basel Committee on Banking Supervision (hierna: “BCBS”) op 12 september 2010 het Basel III kapitaalakkoord (hierna: “Basel III”) overeengekomen. Basel III legt banken onder andere aanvullende eisen op wat betreft het verplicht aan te houden kapitaal⁷. Het percentage aan kapitaal dat ten opzichte van de naar *risico gewogen activa* (hierna:

¹ Hoewel de crisis zijn hoogtepunt bereikte in 2008 waren de eerste tekenen in 2007 al zichtbaar. Zo besloot Freddie Mac in februari 2007 bijvoorbeeld al tot het beëindigen van de subprime hypotheek. Voor meer informatie zie hoofdstuk 3.

² The 2008 Crisis and Taxation Policy, European Commission, Working Paper, no. 20 2010.

³ De kredietcrisis en de Nederlandse Economie. CPB Memorandum. no. 210. 2009.

⁴ Zo is bijvoorbeeld Lehman Brothers failliet gegaan en heeft Fannie Mae alleen al \$117 miljard Amerikaanse overheidssteun ontvangen.

⁵ Economic Crisis in Europe: Causes, Consequences and Responses, Europese Commissie, European Economy. no. 7. 2009.

⁶ De Jager, J.C. (2008). Staatsdeelnemingen Fortis en ABN Amro. FIN/1182 U.

⁷ Group of Governors and Heads of Supervision announces higher global minimum capital standards, Basel Committee on Banking Supervision, Ref no:35/2010, 12 September 2010.

“RWA”⁸) moet worden aangehouden is niet veranderd onder Basel III en nog steeds 8% van het RWA. De opbouw van het 8% kapitaal is echter wel aangescherpt. Het minimaal aan te houden kapitaal is onderverdeeld in tenminste 4,5% *Common Equity Tier 1* (hierna: “CET 1”), 1,5% *Additional Tier 1-kapitaal* (hierna: “AT 1”) en 2% *Tier 2-kapitaal*⁹. CET 1 bestaat uit het gestorte kapitaal, agio en eventuele winstreserves. AT 1 bestaat uit schulden die achtergesteld zijn, een onbepaalde looptijd hebben en geen aflossingsprikkels kennen. Daarnaast kan de bank te allen tijde beslissen om het AT 1-instrument om te zetten van schuld naar eigen vermogen. *Tier 2-kapitaal* moet onder andere achtergesteld zijn ten opzichte van alle andere crediteuren¹⁰. Onder Basel II waren banken verplicht om ten minste 2% CET 1, 2% AT 1 en 4% *Tier 2-kapitaal* aan te houden. Door middel van Basel III worden de banken dus verplicht om de kwaliteit van het verlies absorberend kapitaal te vergroten.

Voor de aan de Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen banken heeft Basel III, en dan met name door het AT 1-kapitaal, mogelijk gevolgen. Het AT 1-kapitaal moet zo vormgegeven worden dat het instrument mogelijk wordt gekwalificeerd tot kapitaalverstrekking voor fiscale doeleinden¹¹. Indien dit het geval is kunnen banken de vergoeding aan de verstrekker van dit soort kapitaal – rente – niet meer aftrekken van hun belastbare winst. Dit zou resulteren in een hogere belastingdruk voor de banken. Alleen al bij de vier grootste Nederlandse banken zou dit resulteren in een hogere belastinglast van minimaal €350 miljoen per jaar¹². Aangezien alle Europese landen toestaan dat de vergoeding op AT 1-kapitaal aftrekbaar is voor de fiscale winstbepaling, is de Staatssecretaris van Financiën van mening renteaftrek op AT 1-kapitaal behouden moet blijven voor de aan de Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen banken¹³. In de Fiscale verzamelwet 2014 heeft de Staatssecretaris daarom dit nieuwe wetsvoorstel aangekondigd waarin het bovenstaande wordt gecodificeerd in art. 29a in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969¹⁴ (hierna: “Wet VPB 1969”). Het wetsvoorstel is inmiddels aangenomen en opgenomen in de Wet VPB 1969 sinds 1 januari 2015¹⁵.

⁸ Zie voor een uitgebreide uitleg van het RWA paragraaf 3.4.2.

⁹ Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems. Basel committee on Banking Supervision. 2010. De verschillende definities zullen later nog uitgebreid behandeld worden.

¹⁰ Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr 4.

¹¹ Staatssecretaris Wiebes is ervan overtuigd dat Aanvullend Tier 1-kapitaal wordt geherkwalificeerd tot eigen vermogen. Verschillende auteurs zijn hier voorzichtiger mee en betwijfelen of het kapitaal fiscaal wordt geherkwalificeerd. Zie hiervoor bijvoorbeeld V-N 2014/29.4.

¹² Vakstudie Nieuws, Antwoorden op vragen over aanvullend kapitaal, V-N 2014/36.17.

¹³ Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr 4.

¹⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr 4.

¹⁵ Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr 2.

1.2 Doel

Nu sinds 1 januari 2015 art. 29a in de Wet VPB 1969 is opgenomen krijgen de banken zekerheid wat betreft de aftrekbaarheid van hun rentelasten. De Staatssecretaris heeft tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel twee redenen gegeven waarom de vergoeding op AT 1-kapitaal fiscaal aftrekbaar moet zijn. Zo is het van belang dat de banken hun kapitaalbuffers zo snel mogelijk ophogen en moet er voorkomen worden dat de Nederlandse wetgeving uit de pas gaat lopen ten opzichte van de overige Europese lidstaten¹⁶. Het is hierbij echter de vraag of het kabinet deze doelstellingen behaalt met de invoering van art. 29a Wet VPB 1969.

Al tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel zijn vragen gesteld of art. 29a Wet VPB 1969 alleen van toepassing is op banken die onder de reikwijdte van Basel III vallen of dat het artikel van toepassing is op alle aan Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen bedrijven¹⁷. De Staatssecretaris is van mening dat de overige bedrijven niet met banken zijn te vergelijken, omdat zij niet aan Basel III hoeven te voldoen. Daarmee hebben de overige bedrijven meer vrijheid om andere soorten financiering aan te trekken terwijl bij banken deze vrijheid ontbreekt. Om die reden is het naar de mening van de Staatssecretaris gerechtvaardigd dat art. 29a Wet VPB 1969 alleen van toepassing is op de banken¹⁸. De Redactie van Vakstudie Nieuws vraagt zich af of deze rechtvaardigingsgrond sterk genoeg is en wijst op een mogelijk staatssteun-risico¹⁹. Bij niet banken kan eenzelfde soort lening namelijk mogelijk fiscaal worden geherkwalificeerd tot kapitaalverstrekking. Hierdoor is er voor fiscale doeleinden geen sprake meer van rente maar van een dividenduitkering. Dit terwijl deze renteaftrek bij een banken door middel van art. 29a Wet VPB 1969 zeker is gesteld. Banken hebben daarmee mogelijk een voordeel ten opzichte van niet-banken wat mogelijk wordt gekwalificeerd als verboden staatssteun. Dit omdat een bepaalde groep bedrijven een voordeel verkrijgt dat andere bedrijven niet krijgen²⁰.

1.3 Onderzoeksvraag

De onderzoeksvraag die in deze thesis centraal staat is als volgt:

¹⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr 4.

¹⁷ Kamerstukken II 2013/14, 32 013, nr. 76.

¹⁸ Kamerstukken II 2013/14, 32 013, nr. 76.

¹⁹ Vakstudie Nieuws. Antwoorden op vragen over aanvullend kapitaal. V-N 2014/36.17.

²⁰ De overige voorwaarden voor verboden staatssteun worden in hoofdstuk 5 uiteengezet en getoetst.

Welk gevolg heeft de invoering van art. 29a Wet VPB 1969 op de financiering van banken en ontstaat er hierdoor een ongelijk speelveld ten opzichte van andere ondernemingen?

De onderzoeksvraag wordt aan de hand van de volgende deelvragen beantwoord:

1. Hoe worden vreemd en eigen vermogen fiscaal behandeld en wanneer wordt er voor fiscale doeleinden geherkwalificeerd?
2. Waarom is Basel III geïntroduceerd en wat zijn hiervan de gevolgen voor banken?
3. Hoe wordt CET 1-, AT1- en Tier 2-kapitaal fiscaal behandeld en waarom is artikel 29a Wet VPB 1969 ingevoerd?
4. Wat zijn de mogelijke consequenties van de invoering van art. 29a Wet VPB 1969 met betrekking tot huidige wetgeving en jurisprudentie?

1.4 Toetsingskader

In deze thesis onderzoek ik welk gevolg art. 29a Wet VPB 1969 heeft op de financiering van banken en of er door dit artikel een ongelijk speelveld wordt gecreëerd ten opzichte van andere ondernemingen. Hierbij toets ik onder andere aan de staatssteunvereisten en de mogelijke strijdigheid met bestaande jurisprudentie. Een goed toetsingskader is bij die toetsing belangrijk. Ik toets daarom aan de volgende criteria:

- **Gelijkheidsbeginsel**
 - o Gelijke gevallen dienen ook gelijk behandeld te worden en ongelijke gevallen mogen ongelijk worden behandeld, maar slechts in de mate waarin zij ongelijk zijn. Art. 29a wet VPB 1969 moet voldoen aan het gelijkheidsbeginsel zoals opgenomen in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten.
- **Effectiviteit**
 - o Art. 29a Wet VPB 1969 zal tot gevolg moeten hebben dat de twee doelen van het kabinet worden behaald namelijk, een level-playing-field ten opzichte van het buitenland en het zo snel mogelijk opbouwen van de kapitaalbuffers van de banken.
- **Europese wetgeving**
 - o Art. 29a Wet VPB 1969 zal moeten voldoen aan de Europese wetgeving.

1.5 Afbakening

Ik richt mij bij de beantwoording van de probleemstelling alleen op banken. Overige financiële instellingen zoals onder andere pensioenfondsen, beleggingsinstellingen en financiële dienstverleners worden in deze thesis niet behandeld. Wat betreft de Staatssteun analyse worden banken overigens wel vergeleken met niet financiële ondernemingen. Alleen bij deze analyse richt ik mij dus niet alleen op banken. Ook richt ik mij tijdens het onderzoek alleen op onbeperkt belastingplichtigen in de Wet VPB 1969. De gevolgen voor beperkt belastingplichtigen, zoals stichtingen en verenigingen, zullen niet behandeld worden. Dit omdat banken in het algemeen niet worden georganiseerd in de vorm van een vereniging of stichting²¹. Daarnaast sta ik ook stil bij de gevolgen van art. 29a Wet VPB 1969 voor de Wet op de Dividendbelasting 1965 (hierna: “Wet DB 1965”).

Ik richt mij wat betreft wetgeving alleen op de Nederlandse en Europese wetgeving voor banken. Wetgeving waaraan door de banken voldaan moet worden om in het desbetreffende land zaken te mogen doen²² laat ik buiten beschouwing.

Indien er in dit onderzoek gesproken wordt over de crisis, wordt hiermee de kredietcrisis bedoeld die in de zomer van 2007 begon.

²¹ Dit is gebaseerd op het feit dat er in het “Register onder toezicht staande banken” geen stichtingen staan die een bankbedrijf uitoefenen. Zie voor het register www.dnb.nl.

²² Zoals bijvoorbeeld de wetgeving in de Verenigde Staten van Amerika.

HOOFDSTUK 2: Vreemd en eigen vermogen en de fiscale behandeling

2.1 Inleiding

Elke onderneming heeft middelen nodig om haar bezittingen – activa – te financieren. Met behulp van activa is een onderneming in staat om ondernemingsactiviteiten te verrichten. Deze financiering kan een onderneming verkrijgen door het uitgeven van aandelen (eigen vermogen) dan wel door het aantrekken van leningen (vreemd vermogen). Er zijn grote verschillen in de voorwaarden van de twee soorten financiering.

In dit hoofdstuk wordt dan ook de volgende deelvraag beantwoord:

Hoe worden vreemd en eigen vermogen fiscaal behandeld en wanneer wordt er voor fiscale doeleinden geherkwalificeerd?

Daarnaast is het ook de vraag of de verschillende fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen de financieringskeuze van ondernemingen beïnvloed. Volgens *Modigliani en Miller* is de waarde van een onderneming in theorie niet afhankelijk van de manier waarop deze is gefinancierd²³. Ondernemingen zouden daarom geen voorkeur moeten hebben om vreemd vermogen dan wel eigen vermogen aan te trekken. Indien er echter renteaftrek is toegestaan bij de bepaling van de fiscale winst, beïnvloed de verhouding vreemd vermogen en eigen vermogen de waarde van de onderneming wel, aldus het tweede theorema van *Modigliani en Miller*.

Allereerst wordt in paragraaf 2.2 het civielrechtelijk verschil tussen vreemd en eigen vermogen behandeld, waarna in paragraaf 2.3 de fiscale behandeling van het vreemd en eigen vermogen wordt besproken. In paragraaf 2.4 wordt stilgestaan bij de theorema's van *Modigliani en Miller*. Vervolgens wordt in 2.5 de deelvraag beantwoord.

²³ Modigliani, F. en Miller, M.H. (1958). 'The cost of capital, corporate finance and the theory of investment'. American Economic Review Vol. 48, No. 3. p. 261-297.

2.2 Civielrechtelijke kwalificatie van vreemd en eigen vermogen

2.2.1 Eigen vermogen

Een exacte definitie van het eigen vermogen ontbreekt in het civiele recht²⁴. *Ijsselmuiden* beschrijft het eigen vermogen als het vermogen dat voor onbepaalde tijd ter beschikking staat aan de onderneming²⁵. In de richtlijn voor de jaarverslaggeving (hierna: "RJ") wordt het eigen vermogen omschreven als "*het overblijvend belang in de activa van de rechtspersoon na aftrek van al het vreemd vermogen*"²⁶.

Door het uitgeven van aandelen verkrijgt een vennootschap eigen vermogen. Het bezit van een aandeel geeft verschillende rechten aan de houder hiervan. Allereerst heeft de aandeelhouder recht op zijn deel in het aandelenkapitaal. Dit recht is echter alleen opeisbaar bij vereffening van de vennootschap²⁷. Een aandeelhouder heeft hiermee dus geen recht op terugbetaling van zijn ingebrachte kapitaal maar alleen op zijn deel van het liquidatiesaldo. Dit saldo is het resterende vermogen bij vereffening van de vennootschap na terugbetaling van de crediteuren. De verschaffers van eigen vermogen zijn daarmee achtergesteld op de verschaffers van vreemd vermogen. De kans dat een verschaffer van vreemd vermogen zijn geld terugkrijgt is daarmee groter dan de kans dat de verschaffer van eigen vermogen zijn geld terugkrijgt.

Daarnaast geeft een aandeel ook recht op dividend²⁸. Dividend is een winstafhankelijke vergoeding voor het verstrekken van eigen vermogen. Deze uitkeringen dienen rechtstreeks uit het eigen vermogen te komen, aldus RJ 290.821. Hierdoor beïnvloedt deze vergoeding op eigen vermogen de winst van de onderneming niet. Het Burgerlijk Wetboek (hierna: "BW") staat echter ook toe dat aandelen worden uitgegeven waarbij het recht op een winstafhankelijk dividend ontbreekt²⁹. Deze aandelen geven bijvoorbeeld recht op een vast rentepercentage in plaats van een winstafhankelijke vergoeding. Ook deze vaste uitkering komt rechtstreeks uit het eigen vermogen waardoor het de winst van de onderneming niet beïnvloedt. Het ontbreken van een winstrecht dient specifiek in de statuten van de vennootschap te worden opgenomen.

²⁴ In art. 2:373 BW wordt alleen benoemd welke afzonderlijke posten binnen het eigen vermogen moeten worden opgenomen in de jaarrekening, namelijk het geplaatste kapitaal, agio, herwaarderingsreserves, andere wettelijke reserves onderscheiden naar hun aard, statutaire reserves, overige reserves en niet verdeelde winsten.

²⁵ T Ijsselmuiden T.S. (2008). Groene Serie Rechtspersonen, Kluwer. Deventer. Commentaar 1.2 op art. 2:373 BW.

²⁶ RJ 940.

²⁷ Art. 2:23b BW.

²⁸ Art. 2:216 BW.

²⁹ Art. 2:216, lid 7 BW.

Een aandeelhouder heeft tevens stemrecht tijdens de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (hierna: "AVA")³⁰. Met dit recht kan iedere aandeelhouder tijdens een AVA zijn stem uitbrengen waarbij ieder aandeel tenminste gelijk staat aan één stem. Het BW staat echter ook toe dat aandelen worden uitgegeven waarbij het stemrecht ontbreekt³¹. Indien het stemrecht ontbreekt op bepaalde aandelen, dient dit ook in de statuten van de vennootschap te worden opgenomen.

Daarnaast heeft een aandeelhouder het recht om een AVA bijeen te roepen³², het agenderingsrecht³³, het vergaderrecht³⁴ en het enquêterecht³⁵.

2.2.2 Vreemd vermogen

Naast het eigen vermogen kan een vennootschap ook kapitaal verkrijgen door het aantrekken van vreemd vermogen. Enkele voorbeelden van vreemd vermogen zijn schulden aan banken, groepsmaatschappijen en leveranciers maar ook voorzieningen zijn onderdeel van het vreemd vermogen³⁶. Een geldlening is een overeenkomst van verbruiklening die opgenomen is in het contractenrecht. Een overeenkomst van verbruiklening is die 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*"³⁷.

Bij een geldlening betreft het dus het afgeven van liquide middelen waarbij de debiteur vervolgens de verplichting tot terugbetaling heeft. Een belangrijk verschil met het eigen vermogen is dat vreemd vermogen de vennootschap voor bepaalde tijd ter beschikking staat. Na deze periode is de debiteur verplicht de crediteur het nominale bedrag terug te betalen. Hoewel het krachtens het civiele recht niet verplicht is om een vergoeding af te spreken over de geldlening, leert de praktijk dat partijen wel vaak een rente bedingen over het uitgeleende bedrag. De rente staat vaak gelijk aan een percentage van de hoofdsom van de geldlening maar kan ook (gedeeltelijk) winstafhankelijk zijn. De debiteur en crediteur zijn hierin vrij, de hoogte van de vergoeding is daarmee in het algemeen gelijk aan het risico dat de crediteur loopt.

³⁰ Art. 2:218 BW.

³¹ Art. 2:228, lid 5 BW.

³² Art. 2:220 BW. Overigens alleen indien de aandelen ten minste een honderdste gedeelte van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen.

³³ Art. 2:224a BW.

³⁴ Art. 2:227 BW.

³⁵ Art. 2:344 BW.

³⁶ Art. 2:374 en 2:375 BW.

³⁷ Art. 7A:1791 BW.

Er bestaan echter ook geldleningen waarbij de terugbetalingsverplichting afhankelijk is van een (onzekere) toekomstige gebeurtenis. Door deze voorwaardelijke terugbetalingsverplichting kan de situatie zich voordoen dat de lening uiteindelijk niet terugbetaald hoeft te worden en de terugbetalingsverplichting daarmee dus nooit heeft bestaan. De Hoge Raad oordeelde hierover als volgt;

“Noch de omstandigheid dat de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en de terugbetaling onzeker is, ontnemen aan de geldverstrekking het karakter van een geldverstrekking met een daarbij voor de ontvanger geschapen terugbetalingsverplichting”³⁸.

Ook indien er dus sprake is van een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting kan er sprake zijn van een geldlening.

2.3 Fiscale behandeling van vreemd en eigen vermogen

2.3.1 Doel

Het belastbaar bedrag voor de Wet VPB 1969 is de in een jaar genoten winst³⁹. De vergoeding op eigen vermogen - dividend – is een niet aftrekbare vergoeding waardoor een dividenduitkering de (fiscale) winst niet beïnvloedt⁴⁰. De ontvanger van dit dividend wordt echter vrijgesteld van belasting over dit inkomen door middel van de deelnemingsvrijstelling⁴¹. De vergoeding voor vreemd vermogen – rente – is in beginsel een aftrekbare vergoeding⁴² voor de fiscale winstbepaling. De ontvanger van de rente wordt echter wel belast over de renteopbrengst. De Wet VPB 1969 is daarmee over het algemeen in binnenlandse situaties coherent in concernverhoudingen. In binnenlandse situaties kan er echter wel een *mismatch* ontstaan indien de ontvanger van de vergoeding vrijgesteld is van vennootschapsbelasting of een natuurlijk persoon die een forfaitaire belastingdruk kent zoals box 3 van de Wet IB 2001. In die gevallen kan het bedrijf de rentevergoeding wel aftrekken maar is deze vergoeding bij de ontvanger niet dan wel forfaitair belast. Een dividendvergoeding is daarentegen niet aftrekbaar op het niveau van het bedrijf maar mogelijk wel belast indien de ontvanger een natuurlijk persoon betreft.

³⁸ HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104, r.o. 3.4,

³⁹ Art. 7, lid 2 Wet VPB 1969.

⁴⁰ Art. 10, lid 1, onderdeel a Wet VPB 1969.

⁴¹ Hierbij ga ik ervan uit dat er voldaan wordt aan de eisen die gesteld zijn in art. 13 Wet VPB 1969 (deelnemingsvrijstelling).

⁴² Verschillende aftrekbeperkingen bestaan in de Wet VPB 1969 die tot gevolg hebben dat bepaalde rentekosten niet aftrekbaar zijn. Dit betreft art. 10b, 13l en 15ad. Art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 zal later in deze scriptie worden behandeld.

In grensoverschrijdende situaties kan deze coherentie ook ontbreken vanwege *mismatches*. Door een verschil in de fiscale kwalificatie van eigen en vreemd vermogen tussen Nederland en andere jurisdicties is een *mismatch* mogelijk. Zo kan Nederland het financiële instrument voor fiscale doeleinden kwalificeren als vreemd vermogen, terwijl de buitenlandse fiscale wetgeving het instrument kwalificeert als eigen vermogen, de zogeheten hybride financieringsinstrumenten. Nederland verleent voor de vergoeding op dit financiële instrument een renteaftrek, terwijl de fiscale wetgeving van het land van de ontvanger de uitkering kwalificeert als dividend en daarmee vrijstelt van belasting⁴³. Deze mogelijke *mismatch* maakt de Nederlandse fiscale kwalificatie erg relevant. Voornamelijk in situaties waarbij de financiering plaatsvindt tussen gelieerde vennootschappen kan de belastingplichtige zijn financiering zo vormgeven dat het bovenstaande fiscale voordeel behaald wordt. Dit omdat de belastingplichtige veel vrijheid heeft om aan de voorwaarden van een lening te 'sleutelen'. Bij financiering met een derde is deze mogelijkheid beperkter.

Daarnaast kan de fiscale kwalificatie ook in binnenlandse situaties een belangrijke rol spelen. Indien bijvoorbeeld kapitaal is verstrekt aan een deelneming, wordt een verlies op deze verstrekking buiten de beschouwing van de fiscale winstbepaling gelaten indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op dit aandelenbezit. De deelnemingsvrijstelling ziet namelijk zowel op het uitsluiten van positieve als negatieve resultaten. Voor een belastingplichtige kan het dus voordelig zijn als de geldverstrekking niet als kapitaalverstrekking maar als lening wordt gekwalificeerd. Een mogelijk verlies op deze lening is dan namelijk wel aftrekbaar. Een duidelijk toetsingskader voor de fiscale kwalificatie van eigen dan wel vreemd vermogen kan dus zowel voor binnenlandse als buitenlandse situaties van belang zijn.

Wat betreft de Nederlandse fiscale kwalificatie van eigen dan wel vreemd vermogen is in de loop der jaren veel jurisprudentie verschenen. In het arrest BNB 1988/217 bepaalde de Hoge Raad dat voor de fiscale kwalificatie de hoofdregel is dat de civielrechtelijke vorm beslissend is⁴⁴. Daarnaast bestaan er drie uitzonderingen op deze hoofdregel die tot gevolg hebben dat het financiële instrument dat civielrechtelijk vreemd vermogen vormt fiscaal als eigen vermogen wordt gezien. Dit heeft tot gevolg dat elke vergoeding op dit instrument niet aftrekbaar is en wordt gezien als een

⁴³ Ik ga er hiervan uit dat de andere jurisdictie een deelnemingsvrijstelling kent en dat aan deze eisen voldaan wordt.

⁴⁴ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217 (Unileverarrest). Hoewel de uitspraak in het Unileverarrest alleen zag op de bepaling voor art. 13 Wet VPB 1969 blijkt uit HR 10 augustus 2001, nr. 36 662, BNB 2001/364 dat de civielrechtelijke vorm ook voor de overige artikelen van de Wet VPB 1969 doorslaggevend is.

(informele) kapitaalstorting dan wel dividenduitkering. De drie uitzonderingen betreffen de deelnemerschapslening, de schijnlening en de bodemlozeputlening. Overigens heeft de Hoge Raad in 2014 geoordeeld dat de omgekeerde herkwalificatie niet kan plaatsvinden⁴⁵. Indien een geldverstrekking civielrechtelijk wordt gekwalificeerd als eigen vermogen, wordt dit fiscaalrechtelijk altijd gevolgd.

Daarnaast bestaan er ook onzakelijke leningen. Bij de onzakelijke lening is er geen sprake van een uitzondering op de hoofdregel en wordt in beginsel de civiele kwalificatie ook fiscaal gevolgd en is er dus geen sprake van een vierde uitzondering⁴⁶. Een eventueel afwaarderingsverlies op deze lening is echter niet aftrekbaar bij de crediteur. In paragraaf 2.3 worden deze uitzonderingen uiteengezet. Daarnaast wordt in paragraaf 2.3.4 ingegaan op de onzakelijke lening-problematiek.

2.3.2 Deelnemerschapslening

In BNB 1988/217, beter bekend als het Unilever arrest, gaf de Hoge Raad een duidelijke opsomming van de drie uitzonderingen waarvan de deelnemerschapslening er één is⁴⁷. Deze vorm van herkwalificatie bestond echter al langer en ook de vereisten voor de deelnemerschapslening waren door eerdere gewezen jurisprudentie reeds bekend⁴⁸. De deelnemerschapslening is civielrechtelijk weliswaar een lening maar in werkelijkheid wordt deelgenomen in de debiteur⁴⁹. In BNB 1998/208 benoemt de Hoge Raad de cumulatieve vereisten voor de deelnemerschapslening. De schuld moet:

- een winstafhankelijke vergoeding kennen;
- achtergesteld zijn ten opzichte van alle concurrente schuldeisers; en
- geen vaste looptijd kennen doch slechts opeisbaar zijn bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie⁵⁰.

In BNB 2006/82 verscherpte de Hoge Raad deze laatste eis betreffende de looptijd⁵¹. Ook indien er sprake is van een vaste looptijd, maar deze looptijd bedraagt meer dan 50 jaar bedraagt kan er sprake zijn van een deelnemerschapslening. Dit omdat partijen anders zeer eenvoudig wel of niet voor de deelnemerschapslening kunnen kiezen door de looptijd aan te passen. Als er sprake is van een deelnemerschapslening, is er voor

⁴⁵ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79 en HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80.

⁴⁶ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

⁴⁷ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217, r.o. 10.

⁴⁸ Zie o.a. HR 7 februari 1951, B 8939, HR 3 maart 1993, nr. 28 441, BNB 1993/141 en HR 28 juni 1995, nr. 30 439, BNB 1995/271.

⁴⁹ HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208, r.o. 3.3.

⁵⁰ HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208.

⁵¹ HR 25 november 2006, nr. 40 989, BNB 2006/82 r.o. 3.2.

fiscale doeleinden sprake van een kapitaalverstrekking in plaats van een geldlening. De rente op de lening is daardoor dus niet aftrekbaar. Deze herkwalificatie tot kapitaalverstrekking geldt zowel voor de crediteur als debiteur⁵².

De deelnemerschapslening is inmiddels gecodificeerd in art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969. Het artikel komt overeen met de deelnemerschapslening-jurisprudentie afgezien van de looptijd. Krachtens de jurisprudentie kon er alleen sprake zijn van een deelnemerschapslening indien de looptijd ten minste 50 jaar was. In art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 is het looptijdsvereiste vastgesteld op tenminste 10 jaar.

2.3.3 Schijnlening

Al in 1954 liet de Hoge Raad zich uit over schijnhandelingen en oordeelde dat *“als regel geldt, dat niet beslissend is de schijn, dat is de naam, waarmede een transactie wordt uitgedost en de vorm waarin zij wordt gegoten, doch dat het aankomt op wat in werkelijkheid tussen partijen is verhandeld, dat is op de verhoudingen, welke naar burgerlijk recht beoordeeld in werkelijkheid tussen partijen bestaan”*⁵³. Indien partijen dus alleen naar de schijn handelen terwijl zij werkelijk iets anders overeen willen komen, wordt hier fiscaalrechtelijk alleen gekeken naar de werkelijke bedoeling van partijen. Het wezen gaat dus voor de schijn.

In BNB 1964/196 oordeelde de Hoge Raad meer specifiek over een schijnlening⁵⁴. In het Unilever arrest omschreef de Hoge Raad een schijnlening als volgt; *“alleen naar de uiterlijke schijn sprake is van een lening terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen”*⁵⁵.

Indien hiervan sprake is, wordt de lening bij de fiscale winstbepaling geherkwalificeerd tot een kapitaalverstrekking met alle gevolgen van dien. Duidelijke criteria voor de schijnlening zijn echter niet gegeven door de Hoge Raad, waardoor een objectief toetsingskader ontbreekt. De schijnlening is daarmee tot op zekere hoogte een subjectief begrip. Zowel *Van Strien* als *A-G Van Ballegooijen* zijn van mening dat het onmogelijk is om een limitatieve lijst van criteria op te stellen, omdat het wel of niet aanwezig zijn van een schijnlening sterk afhankelijk is van de feitelijke situatie⁵⁶. *Van*

⁵² Redactie. (2015). Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Inkomstenbelasting. Kluwer. Deventer. Aantekening 7.4 Deelnemerschapslening.

⁵³ HR 23 november 1954, nr. 11 928, BNB 1954/357.

⁵⁴ HR 24 juni 1964, nr. 15 255, BNB 1964/196.

⁵⁵ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217, r.o. 10.

⁵⁶ Strien, J. Van. (2008). Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting. Fiscale monografieën nr. 119. Kluwer. Deventer. p. 75 en HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/107, Conclusie A-G Van Ballegooijen, r.o. 2.5.

Strien is van mening dat de enige toepassingsvoorwaarde is dat partijen “feitelijk een kapitaalverstrekking hebben gewild in plaats van een lening”⁵⁷. Zowel *A-G Van Ballegooijen* als *Bouwman* zijn van mening dat het ontbreken van de intentie tot terugbetaling noodzakelijk is voor de kwalificatie tot schijnlening⁵⁸. *Van Strien* deelt deze mening niet, want door dit criterium zou er eenvoudig voorkomen kunnen worden dat een lening als schijnlening wordt gekwalificeerd⁵⁹. Indien een lening bijvoorbeeld een aflossingsverplichting over 100 jaar kent zou er geen sprake meer zijn van een schijnlening.

Naast de aflossingsverplichting benoemt *Bouwman* nog andere criteria voor de kwalificatie tot schijnlening namelijk:

- “de geldverstrekking wordt onder de naam ‘lening’ of ‘rekening courant’ door betrokkenen gepresenteerd (bijvoorbeeld in de boekhouding);
- er is geen aflossing overeengekomen;
- er is geen rente bedongen;
- er zijn geen zekerheden gesteld.”⁶⁰

Bouwman concludeert aan de hand van jurisprudentie vervolgens dat de criteria niet cumulatief toepasbaar dienen te zijn. Er hoeft dus niet voldaan te worden aan alle criteria om een lening tot schijnlening te kunnen kwalificeren.

2.3.4 Bodemlozeputlening

In BNB 1988/217 formuleerde de Hoge Raad naast de schijn en deelnemerschapslening ook de bodemlozeputlening. Er is sprake van een bodemlozeputlening indien er op het moment van de verstrekking reeds aanstonds duidelijk is dat het geld niet of niet volledig terugbetaald wordt⁶¹. Aangezien een weldenkend ondernemer nooit geld verstrekt indien hij bij voorbaat weet dat hij dit geld niet terugkrijgt, moet de lening wel vanwege aandeelhoudersmotieven zijn verstrekt. Daarom is er sprake van een kapitaalverstrekking in plaats van een lening.

Hoewel niet doorslaggevend, speelt het eigen vermogen van de debiteur een grote rol bij de vraag of het verstrekken van een lening als bodemlozeputlening wordt

⁵⁷ Strien, J. Van. (2008). Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting. Fiscale monografieën nr. 119. Kluwer. Deventer. p. 75.

⁵⁸ HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/107, Conclusie A-G Van Ballegooijen, 2.5 en Bouwman, J.N. (2002). Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Fiscale geschriften. Kluwer. Deventer. Paragraaf 2.3.4.2.

⁵⁹ Strien, J. Van. (2008). Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting. Fiscale monografieën nr. 119. Kluwer. Deventer. p. 76

⁶⁰ Bouwman, J.N. (2002). Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Fiscale geschriften. Kluwer. Deventer. paragraaf 2.3.4.2.

⁶¹ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217, r.o. 4.4.

gekwalficeerd. Indien het eigen vermogen negatief is en de kans op terugbetaling onwaarschijnlijk is, is er sprake van een bodemlozeputlening⁶². Indien alleen het eigen vermogen van de debiteur negatief is hoeft dit echter op zich nog niet tot een bodemlozeputlening te leiden⁶³. Zo kan het vooruitzicht op toekomstig positief resultaat een valide reden zijn om de lening te verstrekken⁶⁴. Volgens *Van Strien* is een goede aanwijzing voor de kwalificatie tot bodemlozeputlening of een onafhankelijke crediteur de lening zou verstrekken onder gelijke voorwaarden⁶⁵. Indien dit niet het geval is, is er in het gros van de gevallen sprake van een bodemlozeputlening. Dit is echter ook geen doorslaggevende aanwijzing omdat een aandeelhouder een “informatievoorsprong heeft ten opzichte van een onafhankelijke crediteur”, aldus van *Strien*. Hierdoor kan er wel degelijk sprake zijn een zakelijke reden voor het verstrekken van de lening. De verstrekking hoeft daarmee dus niet ingegeven te zijn door aandeelhoudersmotieven, waardoor herkwalificatie achterwege blijft.

2.3.5 Onzakelijke lening

De onzakelijke lening kent zijn oorsprong in BNB 2008/191. De onzakelijke lening betreft een lening die zodanige voorwaarden en omstandigheden kent dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben geaccepteerd⁶⁶. Indien deze lening echter te corrigeren is door de rente te verhogen, is er alleen sprake van een onzakelijke rente en dient voor fiscale doeleinden deze zakelijke hogere rente in aanmerking genomen te worden. De onzakelijke rente wordt dan voor de fiscale winstbepaling krachtens het at arm's length beginsel⁶⁷ gecorrigeerd waardoor er geen sprake is van een onzakelijke lening. Van een onzakelijke lening is alleen sprake indien de lening niet zakelijk gemaakt kan worden door ophoging van de rente dan wel dat door ophoging van de rente de lening in wezen winstafhankelijk wordt. Alleen dan is er sprake van een onzakelijke lening⁶⁸. De overige leningsvoorwaarden zoals de looptijd en het aflossingsschema dienen bij het bepalen van deze hogere rente gelijk te blijven⁶⁹.

⁶² Bouwman, J.N. (2002). Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting, Fiscale geschriften. Kluwer. Deventer. Paragraaf 2.3.5.

⁶³ HR 15 augustus 1989, nr. 904/88, V-N 1990/771, 9.

⁶⁴ Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2010, nr. 09/00523, V-N 2010/62.1.1.

⁶⁵ Strien, J. Van. (2008). Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting. Fiscale monografieën nr. 119. Kluwer. Deventer. p. 121.

⁶⁶ HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191.

⁶⁷ “Indien gelieerde lichamen bij hun transacties voorwaarden overeenkomen die afwijken van die welke in het economische verkeer tussen onafhankelijke derden tot stand zouden zijn gekomen, wordt daarop met behulp van het at arm's-lengthbeginsel een correctie aangebracht” Vermeulen, H. (2015). Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting. Kluwer. Deventer. 2.0.4.B.a.

⁶⁸ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.2.

⁶⁹ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.3.

Een onzakelijke lening wordt in tegenstelling tot de drie uitzonderingen⁷⁰ niet geherkwalificeerd tot eigen vermogen. De onzakelijke lening wordt ook voor fiscale doeleinden als vreemd vermogen gekwalificeerd. De onzakelijke lening volgt dus de civielrechtelijke kwalificatie en is daarmee geen vierde uitzondering op de civielrechtelijke vorm. Een belangrijk onderscheid met de bodemlozeputlening is dat tijdens het overeenkomen van de onzakelijke lening niet reeds duidelijk is dat de gelden niet (geheel) terugbetaald worden. De onzakelijke lening wordt daardoor dus niet als bodemlozeputlening gekwalificeerd.

Het gevolg van de kwalificatie tot onzakelijke lening is dat een eventueel verlies op deze lening bij de crediteur niet in aanmerking genomen mag worden bij de fiscale winstbepaling⁷¹. Daarnaast dient wel een zakelijke rente in aanmerking genomen te worden op deze lening. Gezien het feit dat de onzakelijke lening zijn oorsprong kent in het feit dat er geen zakelijke rente bepaald kan worden, is dit een lastige exercitie. De Hoge Raad oordeelde daarom dat “de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen”^{72,73}.

2.4 Invloed financieringskeuze onderneming

In 1958 publiceerden *Modigliani en Miller* een artikel⁷⁴ waarin zij beargumenteerden dat de waarde van een onderneming niet afhankelijk is van de manier waarop deze is gefinancierd. Deze gedachte staat bekend als het *Eerste Theorema van Modigliani en Miller*. Het theorema gaat echter alleen onder strenge voorwaarden op. Zo veronderstellen ze dat er geen sprake is van onder andere belastingen en faillissementskosten. *Modigliani en Miller* zijn als volgt tot het theorema gekomen; de manier van financieren beïnvloedt allereerst niet de activa van de onderneming. De onderneming zal bijvoorbeeld net zoveel producten verkopen ongeacht de manier waarop zij is gefinancierd. De kasstroom die de onderneming realiseert met haar activa zal daarmee gelijk blijven. Daarnaast beïnvloedt de verhouding vreemd en eigen

⁷⁰ De deelnemerschapslening, schijnlening en bodemlozeputlening.

⁷¹ HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191, r.o. 3.6.

⁷² HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.4.

⁷³ Voor verdere informatie wat betreft de fiscale behandeling van de onzakelijke lening verwijs ik naar Vermeulen, H. (2015). *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*. Kluwer. Deventer. 2.0.5.E.e4.

⁷⁴ Modigliani, F. en Miller, M.H. (1958). 'The cost of capital, corporate finance and the theory of investment'. *American Economic Review* Vol. 48, No. 3. p. 261-297.

vermogen ook niet de kosten van het kapitaal. De gemiddeld gewogen kosten van kapitaal ("WACC"⁷⁵) blijven namelijk constant. Indien er namelijk naar verhouding meer vreemd vermogen, dat vaak een vaste vergoeding kent, wordt aangetrokken zal de vergoeding op het eigen vermogen relatief net zoveel stijgen. Verstrekkers van eigen vermogen lopen namelijk meer risico indien de hoeveel vreemd vermogen toeneemt en zullen hiervoor gecompenseerd willen worden. Dit resulteert in een hogere vergoeding op het eigen vermogen. Naast de kasstromen afkomstig van de activa zullen dus ook de kosten voor het kapitaal niet worden beïnvloed door de manier van financieren. Aangezien de waarde van de onderneming volledig afhankelijk is van de kasstromen zal de waarde van de onderneming niet wijzigen. De waarde van de onderneming is dus niet afhankelijk van de manier van financieren.

Indien er wel rekening wordt gehouden met belastingen, verandert bovenstaande gedachte. *Modigliani en Miller* zijn namelijk van mening dat de waarde van de onderneming verandert indien rente aftrekbaar is voor de winstbelasting. Dit omdat de overheid dan indirect mee betaald door gederfd belastinginkomen⁷⁶. De kasstroom na renteaftrek is daardoor groter dan de kasstroom zonder renteaftrek. Naar de mening van *Modigliani en Miller* is een onderneming door deze hogere kasstroom meer waard. De manier van financieren beïnvloedt de waarde van de onderneming dus wel indien rekening wordt gehouden met een winstbelasting waarbij de rente aftrekbaar is. Dit wordt ook wel het *Tweede Theorema van Modigliani en Miller* genoemd.

Ondernemingen die onderworpen zijn aan Nederlandse vennootschapsbelasting zullen krachtens het *Tweede Theorema van Modigliani-Miller theorem* dus een voorkeur hebben om vreemd vermogen aan te trekken ten opzichte van eigen vermogen. Deze voorkeur komt niet voort uit ondernemersmotieven maar enkel uit fiscale motieven. Hoewel ik het volledig eens ben met *Modigliani en Miller* is het wel belangrijk om te realiseren dat het Modigliani-Miller theorem strenge veronderstellingen maakt⁷⁷. De werkelijkheid is dus niet volledig te vergelijken met het theorem. Zo moeten ondernemingen in de realiteit rekening houden met verschillende factoren die niet in het theorem zijn opgenomen⁷⁸.

⁷⁵ Afkorting is afkomstig van de Engelse benoeming "Weighted average cost of capital"

⁷⁶ Doordat rente aftrekbaar wordt is de grondslag voor de winstbelasting lager wat resulteert in een lagere belastingdruk.

⁷⁷ Zo veronderstellen ze dat elk individu en elke onderneming tegen hetzelfde rentepercentage geld kan lenen. Daarnaast veronderstellen ze dat elk individu en onderneming beschikken over dezelfde informatie.

⁷⁸ Zo kennen banken bijvoorbeeld strenge kapitaalisen.

2.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is de volgende deelvraag beantwoord;

Hoe wordt vreemd en eigen vermogen fiscaal behandeld en wanneer wordt er voor fiscale doeleinden geherkwalificeerd?

De onderneming kan ervoor kiezen om aandelen uit te geven -eigen vermogen- of vreemd vermogen aan te trekken. Eigen vermogen is dat vermogen dat de onderneming voor onbepaalde tijd ter beschikking staat⁷⁹. Het houden van aandelen geeft onder andere stemrecht. Daarnaast heeft een aandeelhouder ook het dividendrecht. De aandeelhouder deelt daardoor mee in de winsten van de onderneming. Vreemd vermogen is dat vermogen dat de onderneming voor bepaalde tijd ter beschikking staat. Afhankelijk van wat er afgesproken is geeft vreemd vermogen normaliter recht op rente. Wat betreft de hoogte en/of de winstafhankelijkheid van de rente zijn de partijen vrij.

De vergoeding op eigen vermogen -dividend- is een niet aftrekbare vergoeding waardoor een dividenduitkering de (fiscale) winst niet beïnvloedt⁸⁰. De ontvanger van dit dividend wordt echter vrijgesteld van belasting over dit inkomen door middel van de deelnemingsvrijstelling⁸¹. De vergoeding voor vreemd vermogen – rente – is in beginsel een aftrekbare vergoeding⁸² voor de fiscale winstbepaling. De ontvanger van de rente wordt echter wel belast over de renteopbrengst.

Voor fiscale doeleinden wordt de civielrechtelijke kwalificatie van de financiering gevolgd. Hierop zijn echter drie uitzonderingen geformuleerd door de Hoge Raad, namelijk: de deelnemerschapslening, schijnlening en bodemlozeputlening. De deelnemerschapslening is een lening die weliswaar civielrechtelijk wordt gekwalificeerd als lening maar zo is vormgegeven dat de crediteur in werkelijkheid deelneemt in de debiteur. Bij een schijnlening hebben partijen alleen voor de schijn een lening terwijl zij werkelijk iets anders overeen willen komen, namelijk een kapitaalverstrekking. De bodemlozeputlening is een lening waarvan aanstonds duidelijk is dat het geld niet of niet volledig terugbetaald wordt⁸³. Indien er sprake is van deze uitzonderingen, wordt

⁷⁹ Ijsselmuiden T.S. (2008). Groene Serie Rechtspersonen, Kluwer. Deventer. Commentaar 1.2 op art. 2:373 BW.

⁸⁰ Art. 10, lid 1, onderdeel a Wet VPB 1969.

⁸¹ Hierbij ga ik ervan uit dat er voldaan wordt aan de eisen die gesteld zijn in art. 13 Wet VPB 1969 (deelnemingsvrijstelling).

⁸² Verschillende aftrekbeperkingen bestaan in de Wet VPB 1969 die tot gevolg hebben dat bepaalde rentekosten niet aftrekbaar zijn. Dit betreft art. 10b, 13l en 15ad. Art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 zal later in deze scriptie worden behandeld.

⁸³ HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217, r.o. 4.4.

de financiering voor fiscale doeleinden geherkwalificeerd tot een kapitaalverstrekking. Dit heeft tot gevolg dat elke vergoeding op dit instrument niet aftrekbaar is en wordt gezien als een (informele) kapitaalstorting dan wel dividenduitkering.

Daarnaast bestaat er ook de onzakelijke lening. Deze lening is geen vierde uitzondering op de hoofdregel. De lening wordt dus voor fiscale doeleinden niet geherkwalificeerd tot kapitaalverstrekking. De onzakelijke lening is die lening die zodanige voorwaarden en omstandigheden kent dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen⁸⁴. Daarnaast is de lening ook niet zakelijk te maken door aanpassing van de rente zonder dat deze rente winstafhankelijk wordt. Indien er sprake is van een onzakelijke lening, moet een rente in aanmerking worden genomen die een gelieerde partij zou moeten betalen indien deze gelieerde partij garant zou staan voor de debiteur. Daarnaast is een afwaardering van de lening bij de crediteur niet aftrekbaar. Ook de afwaardering op deze lening is dus niet aftrekbaar.

Daarnaast is onderzocht of de verschillende fiscale behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen de waarde van ondernemingen beïnvloedt en daarmee de financieringskeuze voor een onderneming. Door de fiscale faciliteit op rente zal de waarde van een onderneming krachtens het *Modigliani-Miller theorema* toenemen indien de onderneming met meer vreemd vermogen is gefinancierd. Ondernemingen die onderworpen zijn aan Nederlandse vennootschapsbelasting zullen volgens dit theorema dan ook een voorkeur hebben vreemd vermogen aan te trekken ten opzichte van eigen vermogen.

⁸⁴ HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191.

HOOFDSTUK 3: De financiering van banken en de EU-regelgeving

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is de fiscale behandeling van vreemd en eigen vermogen uiteengezet waarbij nadrukkelijk is ingegaan op de herkwalificatie van vreemd vermogen naar eigen vermogen. In dit hoofdstuk wordt uiteengezet hoe de financiering van banken wordt vormgegeven om te voldoen aan de vereisten van Basel III. Dit om later in hoofdstuk 4 te toetsen of dit vreemd vermogen mogelijk geherkwalificeerd wordt voor fiscale doeleinden. In dit hoofdstuk wordt daarom de tweede deelvraag beantwoord. Deze vraag luidt:

Waarom is Basel III geïntroduceerd en wat zijn hiervan de gevolgen voor banken?

Eerst wordt in paragraaf 3.2 uiteengezet waaruit de balans van een bank opgebouwd is en hoe een bank over het algemeen gefinancierd wordt. Vervolgens wordt in paragraaf 3.3 uiteengezet hoe deze financiering van de bank de oorzaak was van de financiële crisis. Zoals in hoofdstuk 1 beschreven is, is door middel van Basel III de wetgeving veranderd wat betreft de verplicht aan te houden liquiditeit, het kapitaal en de vereisten van de vormgeving van dit kapitaal. In paragraaf 3.4 wordt deze nieuwe wetgeving uiteengezet waarbij aandacht wordt besteed aan de Nederlandse fiscale behandeling van deze nieuwe financiering. In paragraaf 3.5 wordt vervolgens een conclusie gegeven waarbij de deelvraag beantwoord wordt.

3.2 Opbouw van de balans en het risico van een bank

De balans van een bank verschilt sterk van de balans van andersoortige bedrijven zoals productiebedrijven of bedrijven die diensten leveren. Het voornaamste verschil komt voort uit het feit dat een bank zich slechts bezighoudt met het inlenen en uitlenen van geld. Door een verschil in vergoeding op dit ingeleende en uitgeleende geld maakt een bank winst. Zo hebben verschillende Nederlanders bijvoorbeeld geld op een spaarrekening staan waarover de bank rente vergoedt. De bank kan dit geld vervolgens beleggen. Indien het rendement op deze belegging hoger is dan de rentelast op de spaarrekening resulteert dit in een winst. Hoewel door complexe financiële instrumenten de bankbalans door de jaren heen steeds ingewikkelder is geworden, bestaat de balans van een bank in principe voornamelijk uit vorderingen aan de

activazijde en schulden aan de passivazijde⁸⁵. Naast het geld dat een bank van de depositohouders verkrijgt kan de bank ook in de markt geld aantrekken. Met dit geld kan een bank vervolgens investeringen doen.

De bank heeft echter doordat deze krediet verleent en in tegenstelling tot normale ondernemingen een geldscheppende functie. Een bank verleent namelijk kredieten aan personen en bedrijven. De historie van de bank gaat terug tot 1633⁸⁶. In die tijd bewaarden mensen hun goud bij de goudsmid waarvoor zij in ruil een papier kregen met daarop hun nog te ontvangen goud geschreven. De goudsmid had dus weliswaar veel goud in zijn bezit maar hiertegenover stond een even hoge schuld. In de loop der jaren werd het papier een op zichzelf staand betaalmiddel. Minder en minder mensen vroegen daadwerkelijk de goudstukken op waardoor de goudsmiden meer van dit waardepapier uitgaven. Doordat de goudsmid waardepapieren uitgaf met een waarde boven zijn werkelijke goudvoorraad, verhoogde de goudsmid de in omloop zijnde geldhoeveelheid. In de loop der jaren is het bovenstaande principe ontwikkeld tot de huidige situatie. Hoewel de uitgave van chartaal geld in Nederland inmiddels alleen is weggelegd voor de Europees Centrale Bank kunnen commerciële banken wel giraal geld scheppen. Banken verlenen kredieten met een druk op de knop waardoor banken ook wel een geldscheppende instelling worden genoemd.

Een bepaald aantal schuldeisers wil echter hun vordering verzilveren en hun geld ontvangen. Een bank is daarom verplicht om een bepaalde hoeveelheid liquiditeit aan te houden dan wel activa die in een korte periode omgezet kunnen worden in liquiditeiten, ten opzichte van haar kortlopende verplichtingen. Deze verplichting moet er voor zorgen dat banken aan hun betalingsverplichting kunnen voldoen⁸⁷. Deze verhouding tussen de liquiditeit en de kortlopende verplichtingen wordt in het algemeen de liquiditeitsratio genoemd^{88,89}. Aangezien een bank niet haar volledige kortlopende schuldpositie in liquiditeit bezit, en het liquiditeitsratio dus nooit 100% is, kan een bank in de problemen komen en zelfs failliet gaan. Dit kan gebeuren indien er te veel geld in een korte periode wordt opgeëist door crediteuren. Een goed voorbeeld hiervan is de DSB-bank in 2009. Deze bank ging failliet nadat veel klanten het vertrouwen in de bank hadden opgezegd en hun geld opeisten, ook wel een bankrun genoemd. De DSB kon die

⁸⁵ CBS, Financiële instellingen; Balans 1998 – 2012, Statline.

⁸⁶ Davis, G. (2002). 'A history of money. From ancient times to present day', University of Wales Press. p. 248.

⁸⁷ Wat betreft de wettelijke vereiste van de invulling van de liquiditeit verwijs ik naar paragraaf 3.4.

⁸⁸ Brealey R.A., Myers S.C. en Allen F. (2014). 'Principles of Corporate Finance', Mc Graw Hill. p. 735.

⁸⁹ Verschillende liquiditeitsratio's bestaan zoals o.a. de "quick ratio", "current ratio" en "cash ratio".

hoeveel liquiditeit niet in korte tijd terugbetalen waardoor de bank failliet werd verklaard op 19 oktober 2009⁹⁰.

Daarnaast kunnen zich, zoals bij elke onderneming, ook verliezen voordoen op de investeringen die een bank heeft gedaan. Indien bijvoorbeeld een debiteur failliet, moet de bank een verlies nemen op deze vordering. Om deze verliezen op te kunnen vangen is elke bank verplicht een bepaalde hoeveelheid kapitaal ten opzichte van de activa aan te houden. Indien een vordering zijn waarde verliest, kan dit ten laste van het kapitaal worden gebracht zonder dat de bank direct in de problemen komt. Hoe hoger deze kapitaalbuffer, hoe meer verlies een bank kan opvangen⁹¹. De verhouding tussen de activa en het kapitaal van een bank wordt ook wel de kapitaalratio genoemd.

3.3 Oorzaak van de crisis en zijn gevolg

3.3.1 Oorzaak en gevolg

In de zomer van 2007 ontstond een crisis toen de Amerikaanse onroerendgoedmarkt in elkaar stortte. Jarenlang was er sprake van economische voorspoed; er was veel kapitaal beschikbaar waardoor de rente laag was en de huizenprijzen bleven stijgen⁹². De IMF beschreef de situatie later als *“a period of almost indiscriminate availability of cheap credit”*⁹³. Daarnaast schoot het toezicht op de Amerikaanse financiële instellingen tekort, aldus de Amerikaanse minister van Financiën⁹⁴. Aangezien de huizenprijzen bleven stijgen, de rente op kapitaal laag was en correct toezicht ontbrak, waren financiële instellingen bereid om meer risico te nemen bij het verstrekken van hypotheekleningen. Er werden daardoor hypotheekleningen verstrekt aan personen die zich deze, zoals achteraf bleek, niet echt konden veroorloven. Deze hypotheekleningen, die ook wel de subprime hypotheekleningen worden genoemd, werden vaak afgesloten met een variabele rente. Toen de Federal Reserve System⁹⁵ (hierna: “FED”) de rente tussen juli 2004 en juli 2006 aanzienlijk verhoogde, ging het mis. Door de stijging in de rente steeg ook de rente op hypotheekleningen waardoor vooral subprime hypotheeknemers in betalingsproblemen kwamen en hun huis noodgedwongen moesten verkopen⁹⁶. Tevens had de hogere hypotheekrente tot gevolg dat mensen minder hypotheekleningen konden krijgen. Hierdoor daalde de gemiddelde

⁹⁰ “Klassieke bankrun werd DSB fataal”, NRC, 12-10-2009.

⁹¹ Wat betreft de wettelijke vereisten van de invulling van het kapitaal verwijs ik naar paragraaf 3.4.

⁹² The financial crisis inquiry report, US National Commission, 2011, p. Xvi.

⁹³ Global Financial Stability Report, IMF, 2011, p. 10.

⁹⁴ Geithner, T. F., (2010) ‘Written Testimony House Committee on Financial Services’, Press center U.S. Department of the Treasury, 23 maart 2010.

⁹⁵ Vergelijkbaar met de Nederlandsche Bank.

⁹⁶ The financial crisis inquiry report, US National Commission, 2011, p. 215.

huizenprijs in Amerika met maar liefst 9% in 2007 en 17% in 2008⁹⁷. De hypotheekverstrekkers raakten in de problemen, omdat zowel de hypotheeknemer niet meer aan zijn verplichting kon voldoen als het onderpand sterk in waarde was afgenomen.

Daarnaast financierden de hypotheekverstrekkers de hypotheeken maar kort. In de goede jaren voorafgaand aan de financiële crisis verkochten de hypotheekverstrekkers hun goede en slechte hypotheeken voornamelijk aan investeringsbanken. Door het verkopen van de hypotheeken verkregen de hypotheekverstrekkers liquide middelen waarmee zij in staat waren om nieuwe hypotheeken te kunnen uitgeven. De hypotheekverstrekkers streken de afsluitprovisie op die zij ontvingen bij afsluiting van de hypotheek. Na het verkrijgen van de hypotheeken incorporeerden de investeringsbanken vervolgens een aparte entiteit, beter bekend als een “special purpose vehicle” (hierna: “SPV”). De aandelen in de SPV worden gehouden door één aandeelhouder die op zijn beurt geen aandeelhouders heeft⁹⁸. De investeringsbank verkocht de verkregen slechte en goede hypotheeken aan deze SPV⁹⁹. Door deze verkoop was de investeringsbank niet meer eigenaar van de hypotheeken waardoor deze niet in de balans opgenomen dienden te worden. Dit had tot gevolg dat het risico van de bank afnam waardoor zij minder kapitaal hoefde aan te houden. De bank vervulde echter vaak nog wel een financieringsrol voor deze SPV waardoor de bank toch risico liep met deze entiteit. De kapitaalvereisten ten opzichte van dit risico waren echter substantieel lager dan de vereisten indien de bank zelf de hypotheeken op de balans zou hebben staan. Dit kwam voornamelijk omdat veel SPV's achteraf gezien een te hoge credit rating kregen¹⁰⁰.

Externe partijen konden naar gelang het risico dat zij wilden lopen verschillende soorten leningen aangaan met de SPV dan wel deelnemen in het kapitaal van de SPV. Het deelnemen kon in verschillende tranches gebeuren waarbij de ene tranche minder risico en dus ook minder rendement opleverde terwijl de andere tranche juist veel risico maar ook een potentieel hoger rendement opleverde. Deze verschillende risicoproducten in een SPV worden ook wel Collateralized Debt Obligations (hierna: “CDO”) genoemd.

Door complexiteit van de financiële instrumenten was het voor de CDO-bezitters, zo bleek achteraf, lastig dan wel onmogelijk om een correct risicoprofiel te maken van deze

⁹⁷ The financial crisis inquiry report, US National Commission, 2011, p. 215.

⁹⁸ Onder het Nederlandse civiele recht zou deze rol vervuld kunnen worden door een stichting.

⁹⁹ Pozsar, Z., Adrian T., Ashcraft, A. en Boesky H. (2010). 'Shadow Banking', Federal Reserve Bank of New York.

¹⁰⁰ The financial crisis inquiry report, US National Commission, 2011, p. Xxv.

CDO's. Toen steeds meer huizenbezitters niet meer bij machte waren om aan hun hypotheeklasten te voldoen werd het duidelijk dat financiële instellingen met hypotheeken dan wel CDO's op hun balans grote verliezen moesten nemen. Ook het onderpand nam drastisch in waarde af wat in nog grotere verliezen resulteerde. Hoe groot dit verlies precies was, was onder andere door de CDO's op korte termijn lastig te bepalen omdat er vaak niet exact duidelijk was welke hypotheeken aan welke CDO verbonden waren. Zo bevroor BNP Paribas in augustus 2007 zelfs de uitkeringen van drie van hun investeringsfondsen omdat het naar hun mening onmogelijk was om op dat moment de activa correct te waarderen¹⁰¹.

Door de hoge complexiteit in de verwevenheid tussen de financiële instellingen door bijvoorbeeld CDO's was het zeer ingewikkeld om te bepalen of andere financiële instellingen in staat waren om geleend geld terug te betalen. Dit gebrek aan vertrouwen had tot gevolg dat de rente op onderlinge leningen tussen financiële instellingen omhoogschoot. Financiële instellingen leenden elkaar hierdoor geen geld meer uit waardoor de volledige kredietmarkt opdroogde. Financiële instellingen moeten geld kunnen aantrekken om hun kortlopende verplichtingen te kunnen herfinancieren. Indien dit niet mogelijk is neemt de liquiditeitsratio van een financiële instelling sterk af aangezien veel schulden dan direct terugbetaald dienen te worden. In september 2008 faillieerde de bank Lehman Brothers omdat zij niet meer in staat was aan haar betalingsverplichting te voldoen¹⁰². Dit was het begin van een neerwaartse spiraal waarbij veel zekerheid uit de markt werd weggenomen en de kredietverstrekking volledig opdroogde.

Bovenstaande had tot gevolg dat zowel de feitelijke kapitaalratio's als liquiditeitsratio's bij de financiële instellingen drastisch afnamen; de kredietcrisis was een feit. Overheden voelden zich genoodzaakt om in te grijpen om faillissement van verschillende grote financiële instellingen en verdere destabilisatie van de financiële markt te voorkomen. Zo heeft de Europees Centrale Bank (hierna: "ECB") als reactie op de bevroren kredietmarkt 771 miljard euro aan "noodkrediet" verleend aan de Centrale Banken van lidstaten¹⁰³. Met dit kapitaal konden de Centrale Banken hun financiële instellingen te hulp schieten.

¹⁰¹ Sudip Kar-Gupta, Reuters, "BNP freezes \$2.2 bln of funds over subprime", 9 augustus 2007.

¹⁰² Economic Crisis in Europe: Causes, Consequences and Responses, Europese Commissie, European Economy. no. 7. 2009. p. 9.

¹⁰³ Kumar, R. (2014). 'Strategies of Banks and Other Financial Institutions: Theories and Cases', Academic Press Elsevier, p. 17.

3.3.2 Reactie van overheden en toezichthouders

De G20 was van mening dat er drastische maatregelen genomen moesten worden om een soortgelijke crisis in de toekomst te voorkomen¹⁰⁴. Zo moest onder andere de regelgeving voor de financiële sector gewijzigd worden. Naast striktere nationale wetgeving werd ook ingestemd met een hervorming van de regelgeving op internationaal niveau gegeven de grensoverschrijdende verwevenheid van de financiële sector. Banken zouden beter in staat moeten zijn om verliezen te kunnen opvangen (lees: aanhouden van hogere kapitaalratio's) en in tijden van financiële stress langer aan hun betalingsverplichtingen te kunnen voldoen (lees: aanhouden van hogere liquiditeitsratio's) zonder hierbij hulp te hoeven krijgen van overheden. Daarnaast moest de financiële markt transparanter worden, de integriteit toenemen en moesten de toezichthouders in staat zijn adequater te reageren op economische signalen vanuit de financiële wereld¹⁰⁵.

Naar aanleiding van hetgeen overeengekomen werd in de G20 publiceerde de BCBS op 12 september 2010 haar vernieuwde plan, dat specifiek voor banken geldt, genaamd Basel III^{106,107}. Basel III kent onder andere strengere kapitaalvereisten en strengere liquiditeitsvereisten. Basel III heeft tot doel om:

- “improve the banking sector's ability to absorb shocks arising from financial and economic stress, whatever the source
- improve risk management and governance
- strengthen banks' transparency and disclosures.¹⁰⁸”

Door middel van de amendementen Capital Requirement Directive IV¹⁰⁹ (hierna: “CRD IV”) en Capital Requirement Regulation IV¹¹⁰ (hierna: “CRR IV”) is Basel III per 1 januari 2014 opgenomen in reeds bestaande Europese wetgeving. Deze amendementen vervangen de Banking Consolidation Directive¹¹¹ en de Capital Adequacy Directive¹¹².

¹⁰⁴ Declaration of the Summit on Financial Markets and the World Economy, Press release G20, 15 november 2008.

¹⁰⁵ Gezien het onderwerp van dit onderzoek zal ik mij hierna alleen richten op de voorgestelde strengere kapitaal en liquiditeitsvereisten voor financiële instellingen. De aanpassingen in de regelgeving voor meer transparantie en integriteit en het vermogen om sneller te kunnen ingrijpen door toezichthouders laat ik daarom vanaf nu buiten beschouwing.

¹⁰⁶ Daarnaast heeft de BCBS ook regelgeving gepubliceerd voor verzekeraars. Deze regelgeving heet Solvency II. Gezien de grootte van dit onderzoek zal Solvency II buiten beschouwing worden gelaten.

¹⁰⁷ Group of Governors and Heads of Supervision announces higher global minimum capital standards, Basel Committee on Banking Supervision, Ref no:35/2010, 12 september 2010.

¹⁰⁸ Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems. Basel committee on Banking Supervision. 2010.

¹⁰⁹ Richtlijn 2013/36/EU.

¹¹⁰ Verordening (EU) No. 575/2013.

¹¹¹ Richtlijn 2006/48/EU.

¹¹² Richtlijn 2006/49/EU.

Banken mogen alleen werkzaamheden binnen de Europese Unie uitvoeren indien zij voldoen aan deze vernieuwde wetgeving. De CRR IV is een verordening en heeft daarmee directe werking, terwijl CRD IV een richtlijn is en dus in de nationale wet opgenomen dient te worden voordat deze werking heeft. Nederland heeft CRD IV per 1 januari 2015 in de Wet op het financieel toezicht geïmplementeerd¹¹³.

Het CRD IV ziet voornamelijk op de hervormingen in het prudentieel toezicht terwijl het CRR IV voornamelijk ziet op de algemene vernieuwde prudentiële vereisten¹¹⁴. Tevens dient het CRR IV als een “definitieapparaat” op Europees niveau¹¹⁵. De desbetreffende begrippen hebben vanwege codificering in een verordening op Europees niveau een definitie gekregen waardoor individuele invulling van begrippen door lidstaten wordt voorkomen. Indien een lidstaat er toch voor kiest om in haar nationale wetgeving een andere definitie van het begrip op te nemen krijgt de Europese definitie voorrang gezien het feit dat een verordening direct werking heeft voor de Europese lidstaten. In paragraaf 3.4 wordt de exacte invulling van Basel III, CRD IV en CRR IV uiteengezet.

CRD IV en CRR IV zijn van toepassing op kredietinstellingen. Een kredietinstelling wordt als volgt geformuleerd:

“een onderneming waarvan de werkzaamheden bestaan in het bij het publiek aantrekken van deposito’s of van andere terugbetaalbare gelden en het verlenen van kredieten voor eigen rekening”

Banken vallen onder het begrip “kredietinstelling” omdat zij geld aantrekken bij het publiek en tevens krediet verlenen. Het slechts krediet aantrekken van professionele marktpartijen geldt niet als in *het publiek aantrekken van gelden*¹¹⁶.

Naast Basel III introduceerde het Europese Parlement in 2009 een richtlijn genaamd Solvency II¹¹⁷. Deze richtlijn treedt per 1 januari 2016 in werking en ziet op verzekeraars. Solvency II komt in veel opzichten overeen met Basel III. Zo ziet Solvency II onder andere ook op het verzwaren van de kapitaalvereisten en wordt het risico dat verzekeraars lopen beter in kaart gebracht. Daarnaast verplicht Solvency II verzekeraars om hun externe verslaggeving transparanter te maken.

¹¹³ Stb 2014, nr. 304.

¹¹⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33 849, nr. 3.

¹¹⁵ Joosen, B.P.M. (2014). ‘Inwerkingtreding van CRR en CRD IV: de voltooiing van de Bazel III implementatie’. Tijdschrift voor Financieel Recht, Vol. 16, No. 3.

¹¹⁶ www.dnb.nl. 27 juli 2015.

¹¹⁷ Richtlijn 2009/138/EG.

3.4 Hoofdpijnen van Basel III

3.4.1 Algemeen

Het BCBS heeft Basel III gepresenteerd in twee separate rapporten namelijk: “Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems” (hierna: “Basel III”) en “Basel III: The liquidity Coverage Ratio and liquidity risk monitoring tools”. Het eerste rapport ziet op de kapitaalratio’s van banken en het tweede rapport ziet op de liquiditeitsratio’s van banken. Gezien het feit dat dit onderzoek slechts ziet op de fiscale kwalificatie van eigen dan wel vreemd vermogen en dus ziet op de passivazijde van de balans wordt het tweede rapport buiten beschouwing gelaten. Dit rapport verscherpt namelijk de liquiditeitsratio’s die banken moeten aanhouden; deze liquiditeit bevindt zich op de activazijde van de balans en is daarmee niet relevant voor dit onderzoek.

Het BCBS heeft met Basel III het globale kapitaal regelgevingskader willen verbeteren in vijf kernpunten¹¹⁸. In het kader van deze thesis ga ik later met name in op punt 1 en 2;

1. “Raising the quality, consistency and transparency of the capital base”.
 - Dit wordt bewerkstelligd door het verscherpen van de kapitaalvereisten.
2. “Enhancing risk coverage.”
 - Bepaalde activa waarover risico wordt gelopen worden anders gewogen in het RWA dan onder Basel II.
3. “Supplementing the risk-based capital requirement with a leverage ratio.”
 - Er worden limieten geïntroduceerd wat betreft de “leverage ratio” bij banken. Deze ratio is de totale activa ten opzichte van het eigen vermogen. Banken worden hierdoor beperkt in het aantrekken van vreemd vermogen.
4. “Reducing procyclicality and promoting countercyclical buffers.”
 - In goede tijden is er vaak veel kapitaal beschikbaar waardoor banken hun eisen voor kredietverlening versoepelen. In crisistijden verzwaren banken juist de voorwaarden voor kredietverlening waardoor er minder krediet wordt verleend wat de economische groei geen goed doet. In Basel III is gepoogd deze neerwaartse spiraal (lees: procycliciteit) tegen te gaan. Zo dienen banken onder andere in goede tijden buffers op te bouwen om deze buffers vervolgens te kunnen aanspreken in tijden van crisis¹¹⁹.

¹¹⁸ Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems. Basel committee on Banking Supervision. 2010.

¹¹⁹ Kamerstukken II, 2013/14, 33 849, nr. 3.

5. “Adressing systemic risk and interconnectedness.”
- De zogeheten systeembanken¹²⁰ dienen extra verlies absorberend kapitaal aan te houden ten opzichte van de andere banken¹²¹. Hiermee wordt voorkomen dat systeembanken failleren ten tijde van crisis.

Met onder andere het invoeren van een verzaamd risico gewogen activa (hierna: “RWA”) en verzaarde eisen aan het verlies absorberend kapitaal pogen de toezichthouders de bovenstaande kernpunten te bewerkstelligen. Gezien de correlatie tussen het RWA en het verlies absorberend kapitaal wordt hieronder eerst het vernieuwde RWA uiteengezet waarna het verlies absorberend kapitaal wordt besproken.

3.4.2 Risico gewogen activa

De RWA kent zijn oorsprong in het Basel I akkoord¹²². De RWA geeft het risico weer dat een financiële instelling loopt. Tijdens de crisis bleek de Basel I systematiek voor de RWA niet voldoende. Door middel van de invoering van het Basel II en Basel III akkoord is het risico dat een bank loopt op zijn activa beter in kaart gebracht. Met invoering van het CRR IV is het RWA voor Europese banken in algemene zin gelijk aan die van het Basel III akkoord.

De RWA kan op twee verschillende manieren worden berekend, namelijk met behulp van de “standardized approach” of met behulp van de “internal ratings-based approach”¹²³. De RWA in het algemeen kan als volgt worden weergegeven:

RWA = waarde activum x risicogewicht.

Bij de standardized approach worden verschillende bezittingen al naar gelang het risico dat de bank loopt op dit activum ingedeeld in verschillende niveaus. De hoogte van dit risico wordt bepaald aan de hand van het soort instrument dat de bank houdt en de credit rating van de debiteur¹²⁴. Aan de hand van deze parameters krijgen de activa een risico weging tussen de 0% en 250%. Activa die veel risico dragen krijgen een weging

¹²⁰ Een systeembank is die bank waarbij een faillissement onaanvaardbare risico's en kosten met zich meebrengt voor de economie.

¹²¹ Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems. Basel committee on Banking Supervision. 2010.

¹²² International convergence of capital measurement and capital standards, Basel Committee on Banking Supervision, Juli 1988, p. 8.

¹²³ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 107.

¹²⁴ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 111 e.v.

van 250% en activa die weinig risico kennen krijgen een weging van 0%. Indien een bank bijvoorbeeld een vordering heeft op een centrale bank en dit land heeft een credit rating van minimaal AA-, krijgt het activum een risico weging van 0% mee. Indien een bank echter een vordering heeft op een bedrijf met minimale credit rating van AA-, krijgt het activum een risico weging van 20% mee. Daarnaast kent de standardized approach nog een specifieke parameter voor de “off-balance sheet” bezittingen en kan tevens de waarde van specifieke bezittingen anders worden gesteld dan de boekwaarde¹²⁵.

Ook bestaat er sinds de invoering van het Basel II akkoord de mogelijkheid om de RWA te berekenen met behulp van het “internal ratings-based approach” (hierna: “IRB-approach”). Onder de IRB approach zijn banken vrij om de parameters die het risico vertegenwoordigen op specifieke bezittingen zelf te definiëren¹²⁶.

Het doel van de IRB-approach is om het risico zo goed mogelijk in te schatten. Voor verschillende banken was de standardized approach te onnauwkeurig wat resulteerde in te hoog risico gewogen activa. Door middel van de IRB-approach kunnen banken de parameters beter specificeren waardoor zij een nauwkeuriger risicoprofiel kunnen hanteren. Voor het hanteren van het IRB approach is toestemming vereist van de nationale toezichthouder¹²⁷. Hierbij is vereist dat een bank een solide intern systeem heeft dat het risico en waardering correct in kaart kan brengen. De IBR-approach is daarom in de meeste gevallen niet weggelegd voor kleinere banken. Overigens kan een bank ook zowel de standardized approach als de IRB approach gebruiken. Zo gebruikt bijvoorbeeld de ING Bank beide methoden. Hierbij dient duidelijk aangegeven te worden welke activa onder welke methode vallen. Bij de ING Bank valt 91,1% van de activa onder de IBR methode en de resterende 8,9% van de activa onder de standardized approach. Onder deze methoden is het RWA van de bank overigens €296 miljard ten opzichte van de totale activa van €993 miljard¹²⁸.

3.4.3 Kapitaalbuffers

Krachtens CCR IV moet een bank minimaal 8% kapitaal aanhouden ten opzichte van het RWA. Dit kapitaal kan bestaan uit Tier 1- en Tier 2-kapitaal waarbij het Tier 1-kapitaal onderverdeeld is in *common equity tier 1* (hierna: “CET 1”) en *additional tier 1* (hierna: “AT1”). Het 8% aan te houden kapitaal moet bestaan uit tenminste 6% Tier 1-

¹²⁵ Hier zal in dit onderzoek niet verder op worden ingegaan.

¹²⁶ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 169 e.v.

¹²⁷ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 143.

¹²⁸ “ING Group Annual Report 2014”. p. 370.

kapitaal¹²⁹. Van de 6% Tier 1-kapitaal moet tenminste 4,5% CET1-kapitaal zijn. Voor de rest dient er 2% Tier 2-kapitaal aangehouden te worden. Deze toetsing gebeurt op geconsolideerde basis¹³⁰.

Daarnaast kunnen banken verplicht worden om additioneel kapitaal aan te houden. Zo is met Basel III de “capital conservation buffer” geïntroduceerd¹³¹. Dit is een additionele CET 1-kapitaal buffer van 2,5%. Indien de bank onder deze 2,5% zakt kan de nationale toezichthouder ingrijpen door bijvoorbeeld dividenduitkeringen te weigeren. Hiermee wordt voorkomen dat toezichthouders pas kunnen ingrijpen nadat er niet meer voldaan wordt aan de essentiële buffer van 4,5% CET 1-kapitaal. Ook is de “countercyclical capital buffer” geïntroduceerd¹³². In goede tijden zijn banken nu verplicht om afhankelijk van de lidstaat tussen de 0% en 2,5% CET 1-kapitaal op te bouwen. Hiermee kan de conjunctuurbeweging binnen de macro-economische trend worden opgevangen. In Nederland stelt de Nederlandsche Bank de hoogte van de “countercyclical capital buffer” per kwartaal vast en publiceert deze op haar website¹³³. Daarnaast is er nog een additionele buffer voor systeembanken die gesteld kan worden op 1% tot 2,5% CET 1¹³⁴. De Nederlandsche Bank heeft de ING Bank, Rabobank en ABN-AMRO-bank gekwalificeerd als systeembank. De hoogte van de buffer is gesteld op 3% CET 1¹³⁵. Daarnaast dient de ING-bank slechts 1% additioneel CET 1 aan te houden. Als laatste is de nationale toezichthouder nog bevoegd om een “systemic risk buffer” op te leggen indien zij dit nodig acht¹³⁶. Deze buffers zullen geleidelijk worden ingevoerd waarbij 1 januari 2019 de finale datum is.

Deze kapitaalbuffers worden aangetrokken op de financiële markt. De praktijk leert dat vooral grote institutionele beleggers investeren in deze financiële producten. Dit omdat er vaak een minimum instapbedrag van €200.000 vereist is per instrument. Indien een bank zijn kapitaalbuffer wil aanscherpen wordt er bedacht wat voor instrument zij wil uitgeven. Als dit instrument duidelijk is wordt er een “road show” georganiseerd. Dit houdt in dat het management van de bank langs grote institutionele beleggers gaat om zo de instrumenten te verkopen. Deze institutionele beleggers bevinden zich overal ter wereld en zijn dus ook onderworpen aan verschillende belastingsystemen.

¹²⁹ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 92.

¹³⁰ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 11.

¹³¹ Richtlijn 2013/36/EU, 129.

¹³² Richtlijn 2013/36/EU, art. 130.

¹³³ Besluit prudentiele regels Wft, art. 105b lid 2 en 4.

¹³⁴ Richtlijn 2013/36/EU, art. 133

¹³⁵ DNB stelt extra buffervereisten in voor Nederlandse systeembanken, DNB, 29 april 2014.

¹³⁶ Richtlijn 2013/36/EU, art. 131.

3.4.3.1 Common Equity Tier 1-kapitaal

CET 1-kapitaal is het kapitaal van de hoogste kwaliteit. Het betreft aandelenkapitaal, agio, winstreserves en andere specifieke reserves¹³⁷. Het belangrijkste vereiste is dat dit kapitaal verliezen moet kunnen opvangen. Daarnaast mogen er geen contractuele bepalingen bestaan die de bank verplichten de hoofdsom af te lossen dan wel uitkeringen, zoals bijvoorbeeld dividenduitkeringen, te verrichten aan de houders van het CET 1-instrument¹³⁸. Het kapitaal staat de onderneming dus voor onbepaalde tijd ter beschikking. Terugbetaling van de hoofdsom mag alleen plaatsvinden bij liquidatie van de entiteit. Tevens moet het instrument bij insolventie of liquidatie achtergesteld zijn ten opzichte van alle andere verplichtingen. Ook mogen er geen preferentiële rechten van uitkering rusten op de CET 1-instrumenten onderling¹³⁹. CET 1-kapitaal is dus onderling gelijk aan elkaar wat betreft uitkeringen en/of terugbetaling aan de houder ervan. Het mag bijvoorbeeld niet zo zijn dat een bepaald CET 1-instrument voorrang krijgt op winstuitkering ten opzichte van een ander CET 1-instrument. Vervolgens dienen bepaalde posten nog van het CET 1-kapitaal afgetrokken te worden¹⁴⁰. Dit betreft onder andere het verlies van het lopende boekjaar en de immateriële activa zoals goodwill.

3.4.3.2 Additional Tier 1-kapitaal

AT 1-kapitaal bestaat uit instrumenten die een looptijd kennen van onbepaalde tijd¹⁴¹. Ook op AT 1-instrument mag de verplichting niet bestaan dat de bank de hoofdsom moet aflossen. Aflossing mag alleen plaatsvinden indien het instrument ten minste vijf jaar terug is uitgegeven en zowel de bank als de Nederlandsche bank hier toestemming voor geeft¹⁴². Het instrument mag echter wel de voorwaarde bevatten dat de schuldeiser recht heeft op terugbetaling bij liquidatie¹⁴³.

Uitkeringen, zoals rentevergoedingen, uit hoofde van de AT 1-instrumenten dienen aan bepaalde voorwaarden te voldoen¹⁴⁴. Zo moet de uitkering geschieden uit de uitkeerbare bestanddelen zoals bijvoorbeeld de winstreserve. Tevens mag de hoogte van deze uitkering niet afhankelijk zijn van de kredietwaardigheid van de bank.

¹³⁷ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 26.

¹³⁸ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 28.

¹³⁹ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 28, onderdeel h, sub i.

¹⁴⁰ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 36.

¹⁴¹ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 52.

¹⁴² Verordening (EU) No. 575/2013, art. 52, onderdeel i.

¹⁴³ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 52, onderdeel j.

¹⁴⁴ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 52, onderdeel l.

Daarnaast mag een bank te allen tijde en naar eigen inzicht afzien van de uitkering. De uitkering vervalt daarmee ook definitief waardoor de bank niet op een later moment alsnog verplicht kan worden de uitkering te doen. Het afzien van de uitkering is dus op niet cumulatieve basis. Door het schrappen van de uitkering mag de bank niet gekwalificeerd worden als wanbetaler. Daarnaast mag de bank naar aanleiding van het schrappen van de uitkering geen beperking opgelegd worden in welke vorm dan ook.

Ook zijn er verschillende posten die bij de berekening van het AT 1-kapitaal in mindering komen op dit kapitaal. Zo moet de bank AT 1-kapitaal dat uitgegeven is aan entiteiten waarin zij 20% of meer van het stemrecht of kapitaal bezit aftrekken van het AT 1-kapitaal¹⁴⁵. Daarnaast is het AT 1-kapitaal bij insolventie achtergesteld ten opzichte van het Tier 2-kapitaal, maar staat het boven het CET 1-kapitaal.

Tevens dient een AT1-instrument een verliesabsorptieclausule te bevatten¹⁴⁶. Deze clausule houdt in dat het instrument omgezet wordt naar CET 1-kapitaal dan wel dat er tijdelijk of permanent wordt afgeschreven op de volledige of gedeeltelijke hoofdsom van het AT 1-instrument. Deze omzetting of afschrijving gebeurt indien de verhouding tussen het CET 1-kapitaal en de RWA zakt onder de 5,125%¹⁴⁷. Doel van deze clausule is dat de bank meer verlies absorberend kapitaal verkrijgt indien dit nodig is. Bij omzetting van AT 1-kapitaal in CET 1-kapitaal verkrijgt de bank meer absorberend kapitaal. Bij een afschrijving op de hoofdsom is er sprake van winst. Deze winst compenseert verliezen waardoor ook de afschrijving verliesabsorberend werkt. De bank is vrij om zelf één van de opties te kiezen. De keuze dient wel opgenomen te worden in het contract ten tijde van de uitgifte.

Verscheidende Nederlandse banken hebben inmiddels AT 1-kapitaal uitgegeven of zijn voornemens om dit te doen. Een veel voorkomende vorm van AT 1-kapitaal zijn de perpetuele converteerbare obligaties¹⁴⁸. Deze instrumenten zijn, zoals de naam al doet vermoeden, eeuwigdurend en kunnen tevens geconverteerd worden naar eigen vermogen. Doordat de instrumenten eeuwigdurend zijn bestaat het recht op terugbetaling van de hoofdsom slechts bij faillissement of liquidatie. De Rabobank heeft op 22 januari 2015 1,5 miljard aan eeuwigdurende converteerbare obligaties

¹⁴⁵ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 52, onderdeel b, sub ii.

¹⁴⁶ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 52, onderdeel n.

¹⁴⁷ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 54.

¹⁴⁸ Ook wel Contingent Convertibles of “CoCo’s” genoemd.

uitgegeven¹⁴⁹ en de ING is voornemens om op korte termijn eenzelfde soort obligatie uit te geven¹⁵⁰. Beide banken kwalificeren deze instrumenten als AT 1-kapitaal.

AT 1-kapitaal wordt voornamelijk gehouden door institutionele beleggers. De AT 1-instrumenten kennen over het algemeen een hoog instapbedrag. Zo kent de obligatie van ING een instapbedrag van tenminste voor €200.000. Dit resulteert erin dat het AT 1-kapitaal in de praktijk vooral gehouden wordt door institutionele beleggers.

3.4.3.3 Tier 2-kapitaal

Tier 2-kapitaal bestaat uit kapitaalinstrumenten en achtergestelde leningen die een oorspronkelijke looptijd van tenminste vijf jaar kennen¹⁵¹. De instrumenten zullen echter vaak een langere looptijd kennen. Dit omdat er voor de kwalificatie tot Tier 2-kapitaal in de laatste vijf jaar geleidelijk wordt afgeschreven¹⁵². Het instrument blijft dus ongewijzigd op nominale waarde op de balans van de bank blijven staan, maar wordt geleidelijk niet meer als Tier-2 kapitaal kwalificeren. De bank mag op zijn vroegst vijf jaar na het afsluiten de lening aflossen¹⁵³. Daarnaast is toestemming van de toezichthouder nodig. Het instrument mag daarnaast ook geen prikkel bevatten die de bank aanzet het instrument voortijdig af te lossen. Het Tier-2 kapitaal mag ook niet afkomstig zijn van een entiteit waarvan de bank tenminste 20% van de aandelen heeft. Doordat het kapitaal is achtergesteld ten opzichte van alle andere crediteuren bewerkstelligt dit kapitaal dat de concurrente crediteuren zoals spaarders ten tijde van faillissement terugbetaald kunnen worden¹⁵⁴. Dit omdat de concurrente crediteuren eerder aanspraak kunnen maken op de faillissementsboedel dan de Tier 2-instrumenthouders.

3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal;

Waarom is Basel III geïntroduceerd en wat zijn hiervan de gevolgen voor banken?

De kredietcrisis heeft de toezichthouders doen inzien dat het toezicht op bepaalde punten ontbrak. De crisis heeft kunnen ontstaan doordat er zeer veel goedkoop kapitaal

¹⁴⁹ www.rabobank.com

¹⁵⁰ www.ing.com

¹⁵¹ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 63, onderdeel g.

¹⁵² Verordening (EU) No. 575/2013, art. 64.

¹⁵³ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 63, onderdeel j.

¹⁵⁴ Capital Requirements - CRD IV/CRR – Frequently Asked Questions. Europese Commissie. 2013.

beschikbaar was. Het gevolg hiervan was dat er bepaalde zeer ingewikkelde financiële producten gecreëerd werden, in het bijzonder CDO's. Het was hierdoor, zo bleek achteraf, lastig om het risico van deze producten in te schatten. Toen de huizenprijzen eenmaal onverwacht daalden was het hek van de dam. Door de hoge verwevenheid tussen banken kwam er veel onzekerheid in de kredietmarkt waardoor de kredietverlening in het slop rakte. Verschillende banken failleerden of kregen staatssteun. Daarnaast zijn er zelfs banken genationaliseerd om verdere escalatie te voorkomen.

Na verschillende onderzoeken is vastgesteld dat banken onder andere meer kapitaal moesten aanhouden om zo in de slechte tijden zelf meer verlies op te kunnen vangen. Dit moet een volgende crisis voorkomen. Daarom publiceerde de BCBS op 12 september 2010 haar vernieuwde plan, dat specifiek voor banken geldt, genaamd Basel III^{155,156}. Basel III kent onder andere strengere kapitaalvereisten en strengere liquiditeitsvereisten. Basel III is inmiddels in de Europese wetgeving opgenomen in een richtlijn en verordening. De richtlijn is inmiddels geïmplementeerd in de Nederlandse Wet op het financieel toezicht.

Banken moeten hun RWA op een andere manier berekenen waardoor sommige activa een zwaardere weging krijgen. Daarnaast moeten banken krachtens CCR IV minimaal 8% kapitaal aanhouden ten opzichte van het RWA. Dit kapitaal moet bestaan uit 6% Tier 1-kapitaal waarbij dit Tier 1-kapitaal onderverdeeld moet zijn in tenminste 4,5% CET 1-kapitaal en 1,5% AT1-kapitaal. Daarnaast moet minimaal 2% Tier 2-kapitaal aangehouden worden. Tevens zijn er nog de volgende buffers geïntroduceerd:

- Capital conservation buffer;
- Countercyclical capital buffer;
- Buffer voor systeembanken;
- Systemic risk buffer.

Bovenstaande heeft tot gevolg dat banken veel meer kapitaal moeten aanhouden dan vroeger. Dit moet tot gevolg hebben dat een crisis in de toekomst voorkomen wordt.

¹⁵⁵ Daarnaast heeft de BCBS ook regelgeving gepubliceerd voor verzekeraars. Deze regelgeving heet Solvency II. Gezien de grote van dit onderzoek zal Solvency II buiten beschouwing worden gelaten.

¹⁵⁶ Group of Governors and Heads of Supervision announces higher global minimum capital standards, Basel Committee on Banking Supervision, Ref no:35/2010, 12 september 2010.

HOOFDSTUK 4: Art. 29a Wet VPB 1969

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is de fiscale behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen uiteengezet. De hoofdregel hiervoor is dat er voor de fiscale kwalificatie aangesloten wordt bij de civielrechtelijke vorm van het instrument. Er bestaat echter een drietal uitzonderingen op de hoofdregel, namelijk de deelnemerschapslening, schijnlening en bodemlozeputlening. Indien er sprake is van een uitzondering volgt de fiscale kwalificatie de civielrechtelijke vorm niet en wordt de lening voor fiscale doeleinden geherkwalificeerd tot eigen vermogen. Dit heeft tot gevolg dat de rentevergoeding op de geldlening niet aftrekbaar is voor de fiscale winstbepaling.

In hoofdstuk 3 is Basel III uiteengezet, waarbij nadrukkelijk aandacht is besteed aan de verschillende financieringsinstrumenten die een bank onder Basel III ter beschikking staan, namelijk CET 1-, AT 1 en Tier 2-kapitaal. In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe deze verschillende financieringsinstrumenten fiscaal worden gekwalificeerd. Hiervoor wordt eerst bekeken wat de civielrechtelijke vorm van het instrument is. Indien het instrument een geldlening vormt voor civiele doeleinden, wordt vervolgens getoetst of er sprake is van één van de in hoofdstuk 2 beschreven fiscale uitzonderingen. In dit hoofdstuk wordt nadrukkelijk op AT 1-kapitaal ingegaan, omdat deze financieringsvorm veel overeenkomsten heeft met de deelnemerschapslening. Indien er sprake is van eigen vermogen voor civiele doeleinden, is verder onderzoek niet nodig aangezien fiscale herkwalificatie van civiel eigen vermogen naar fiscaal vreemd vermogen niet mogelijk is volgens de Hoge Raad¹⁵⁷.

Vervolgens wordt in dit hoofdstuk art. 29a Wet VPB 1969 uiteengezet, waarbij aandacht wordt besteed aan de beweegredenen van de Staatssecretaris om dit artikel in de wet op te nemen. Tenslotte wordt stilgestaan bij de wetstekst van art. 29a Wet VPB 1969. De consequenties van de invoering van art. 29a Wet VPB 1969 zullen in hoofdstuk 5 uiteengezet worden.

In dit hoofdstuk wordt daarom de volgende deelvraag beantwoord:

¹⁵⁷ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79 en HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80. Zie paragraaf 2.3.1 voor verdere uitleg.

Hoe wordt CET 1-, AT1- en Tier 2-kapitaal fiscaal behandeld en waarom is art. 29a Wet VPB 1969 ingevoerd?

Allereerst zet ik in paragraaf 2 uiteen hoe CET 1-, AT 1- en Tier 2 kapitaal fiscaal behandeld wordt. In paragraaf 3 wordt ingegaan op de vraag waarom artikel 29a Wet VPB 1969 is ingevoerd en hoe deze is vormgegeven. Paragraaf 4 bevat een conclusie.

4.2 Fiscale kwalificatie financiering

4.2.1 CET 1-kapitaal

Zoals uiteengezet in 3.4.3.2, bestaat het CET 1-kapitaal uit aandelenkapitaal, agio, winstreserve en andere specifieke reserves. Gezien het feit dat dit vermogen de onderneming voor onbepaalde tijd ter beschikking staat en dus geen terugbetalingsverplichting kent, kan het instrument niet als lening worden gekwalificeerd krachtens het civiele recht. Dit omdat, zoals tevens in paragraaf 2.2.3 beschreven, krachtens het contractenrecht er alleen sprake kan zijn van een geldlening indien de verplichting bestaat om het geld terug te betalen¹⁵⁸. Krachtens HR BNB 2014/79-80 kunnen instrumenten die volgens het civiele recht eigen vermogen vormen niet voor fiscale doeleinden worden geherkwalificeerd tot vreemd vermogen¹⁵⁹. CET 1-kapitaal wordt voor zowel civiele als fiscale doeleinden gekwalificeerd als eigen vermogen. De vergoeding op dit instrument is daarmee niet aftrekbaar voor de fiscale winstbepaling.

4.2.2 Tier 2-kapitaal

Tier 2-kapitaal is dat kapitaalinstrument of achtergestelde lening dat een looptijd heeft van tenminste vijf jaar¹⁶⁰. De exacte invulling van Tier 2-kapitaal kent daarmee veel vrijheid. De bank is er echter wel bij gebaat om het instrument zo vorm te geven dat deze fiscaalrechtelijk als vreemd vermogen wordt gekwalificeerd. Dit omdat rentekosten op dit instrument dan ten laste van de winst gebracht kunnen worden. Daarnaast is een vereiste van AT 1-kapitaal dat dit achtergesteld moet zijn ten opzichte van Tier 2-kapitaal. De praktijk leert dan ook dat er geen discussie ontstaat over de kwalificatie van Tier-2 kapitaal. Tier-2 kapitaal wordt als vreemd vermogen vormgegeven waardoor een bank de rente in aftrek kan brengen.

¹⁵⁸ Artikel 7A:1791 BW.

¹⁵⁹ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79 en HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80. Zie paragraaf 2.3.1 voor verdere uitleg.

¹⁶⁰ Zie paragraaf 3.4.2.4 voor verdere informatie.

4.2.3 Aanvullend Tier 1-kapitaal

4.2.3.1 Civielrechtelijke kwalificatie

AT 1-kapitaal bestaat uit instrumenten die onder andere een looptijd van onbepaalde tijd kennen en slechts ten tijde van liquidatie opgeëist mogen worden¹⁶¹. Voor de vraag of er civielrechtelijk sprake is van een lening is de terugbetalingsverplichting doorslaggevend. Het is bij AT 1-kapitaal de vraag of de voorwaarde dat er alleen een terugbetalingsverplichting ontstaat bij liquidatie voldoende is om het instrument civielrechtelijk te kwalificeren als lening. Tijdens de parlementaire behandeling van onder andere artikel 29a Wet VPB 1969 liet de staatsecretaris zich hier als volgt over uit:

“Een geldverstrekking is civielrechtelijk geen overeenkomst van geldlening als de geldverstrekker alleen recht heeft op terugbetaling van de hoofdsom bij faillissement of liquidatie en op dat moment een vergelijkbare positie inneemt in de rangorde van geldverschaffers als (meestal de preferente) aandeelhouders. In dat geval is de hybride geldverstrekking fiscaal eigen vermogen, omdat zij civielrechtelijk geen geldlening is”¹⁶².

Verscheidene auteurs zijn echter van mening dat er civielrechtelijk wel sprake kan zijn van een lening indien de terugbetalingsverplichting alleen ontstaat bij faillissement of liquidatie¹⁶³. *De Gunst* is van mening dat AT 1-kapitaal civielrechtelijk als lening geldt en haalt BNB 1999/176¹⁶⁴ aan waarin sprake was van eeuwigdurende achtergestelde cumulatieve obligaties¹⁶⁵. Doordat het een eeuwigdurende obligatie betrof was ook deze geldlening alleen bij faillissement dan wel liquidatie opeisbaar. Hof Amsterdam stelt dat “in het midden kan blijven hoe een dergelijke vorm van ter beschikking stellen van geld civielrechtelijk moet worden geduid”¹⁶⁶. Hoewel niet expliciet benoemd in de uitspraak van het Hof, moet het Hof wel van oordeel zijn dat het de lening civielrechtelijk kwalificeert als geldlening, aldus *de Gunst*. Dit omdat het Hof toetst of het instrument als deelnemerschapslening wordt gekwalificeerd. Er kan alleen sprake zijn van een deelnemerschapslening als het instrument civielrechtelijk als lening wordt gekwalificeerd. De Hoge Raad bevestigde de uitspraak van het Hof en is dus van oordeel

¹⁶¹ Zie paragraaf 3.4.3.3 voor verdere informatie betreffende de eigenschappen van AT 1-kapitaal.

¹⁶² Kamerstukken I 2014/15, 33 950, C.

¹⁶³ zie o.a. Gunst, H. de. (2013). ‘De fiscale kwalificatie van ‘Additional Tier 1’-instrumenten uitgegeven door banken’. WFR 2013/691; Vries, R.J. de. (2015). ‘Fiscale en civiele werkelijkheid’. WFR 2015/38 en Danenburg S. (2015). ‘Artikelsgewijs commentaar art. 29a Wet VPB 1969 Aanvullend Tier 1-kapitaal’. NDFR.

¹⁶⁴ HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176.

¹⁶⁵ zie o.a. Gunst, H. de. (2013). ‘De fiscale kwalificatie van ‘Additional Tier 1’-instrumenten uitgegeven door banken’. WFR 2013/691.

¹⁶⁶ HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176, r.o. 5.1.

dat het een geldlening betrof. *Danenberg* deelt de mening van *De Gunst* en is van mening dat uit BNB 1999/176 afgeleid kan worden dat een eeuwigdurend instrument civielrechtelijk een geldlening vormt¹⁶⁷. AT 1-kapitaal is dan ook een geldlening, aldus *Danenberg*.

De Vries vindt dat de Staatssecretaris te stellig is en sluit niet uit dat AT 1-kapitaal wel degelijk civielrechtelijk als lening kan kwalificeren¹⁶⁸. Hij meent dat men met dit soort instrumenten kan beargumenteren dat het civielrechtelijk zowel wordt gekwalificeerd als eigen en vreemd vermogen. *Snoeij en Fibbe* zijn van mening dat AT 1-kapitaal een overeenkomst van altijddurende rente is¹⁶⁹ en zijn van mening dat deze overeenkomst niet als een overeenkomst van geldlening maar als een koopovereenkomst wordt gekwalificeerd¹⁷⁰. De geldverschaffer koopt namelijk in wezen periodieke uitkeringen door eenmalig kapitaal te betalen waarbij hij afziet van het verkrijgen van de hoofdsom. Naar mijn mening is de vergelijking tussen AT 1-kapitaal en een koopovereenkomst niet volledig juist. Bij AT 1-kapitaal bestaat een kans, namelijk bij liquidatie, dat de geldverschaffer zijn geld (gedeeltelijk) terugkrijgt. Bij een koopovereenkomst is deze mogelijkheid niet aanwezig. Ook *Van Schaick* is het niet eens met *Snoeij en Fibbe*¹⁷¹, want hij is van mening dat “de altijddurende rente een bijzondere vorm is van de overeenkomst van geldlening tegen rente”¹⁷². *Van Schaick* komt tot deze mening omdat de overeenkomst tot altijddurende rente beëindigd kan worden door aflossing van de hoofdsom door de geldontvanger. Dit is gelijk aan een overeenkomst van geldlening.

Daarnaast bevat AT 1-kapitaal tevens een verliesabsorptieclausule. Door deze clausule kan de bank het vreemd vermogen omzetten in eigen vermogen. *Danenberg* vraagt zich af of er hierdoor wel sprake is van een terugbetalingsverplichting¹⁷³. Aangezien een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting voldoende is om te kunnen spreken van een geldlening, is *Danenberg* van mening dat een instrument met een verliesabsorptieclausule wel kan worden gekwalificeerd als geldlening. Ik deel deze mening van *Danenberg*. Indien de entiteit namelijk wordt geliquideerd zonder dat de verliesabsorptieclausule is toegepast, kan de terugbetalingsverplichting tot uiting

¹⁶⁷ Danenburg, S. (2015). ‘Artikelsgewijs commentaar art. 29a Wet VPB 1969 Aanvullend Tier 1-kapitaal’. NDFR.

¹⁶⁸ Vries, R.J. de. (2015). ‘Fiscale en civiele werkelijkheid’. WFR 2015/38.

¹⁶⁹ “Het vestigen eener altijddurende rente is eene overeenkomst, waarbij de uitleener interessen bedingt, tegen betaling eener hoofdsom welke hij aanneemt niet terug te zullen vorderen.” Art. 7A:1807 BW.

¹⁷⁰ Snoeij, R. en Fibbe, G.K. (2010). ‘De fiscale kwalificatie van de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente (“perpetual”)’. WFR 2010/664.

¹⁷¹ Hoewel niet expliciet benoemd in het artikel moeten zij het wel oneens zijn met van Schaick gezien hun mening.

¹⁷² Schaick, A.C. van. (2015). Asser 7-VIII*. Bijzondere Overeenkomsten. Kluwer. Deventer. p. 264.

¹⁷³ Danenburg S. (2015). ‘Artikelsgewijs commentaar art. 29a Wet VPB 1969 Aanvullend Tier 1-kapitaal’. NDFR.

komen. De entiteit is dan namelijk verplicht de geldlening terug te betalen. In NJ 2003/50 oordeelde de Hoge Raad dat de verplichting tot terugbetaling ook voorwaardelijk mag zijn aangegaan¹⁷⁴. Daarnaast heeft de Hoge Raad in het Kaspische Zee-arrest¹⁷⁵ geoordeeld dat “...noch de omstandigheden dat de terugbetalingsverplichting voorwaardelijk is en dat de terugbetaling onzeker is, ontnemen aan de geldverstrekking het karakter van een geldverstrekking”¹⁷⁶. In deze uitspraak was de terugbetaling afhankelijk van een toekomstige activiteit, namelijk of er wel of geen olie werd gevonden. De Hoge Raad oordeelde hier dat er alsnog sprake was van een geldlening. Bij AT 1-kapitaal kan daadwerkelijk de terugbetalingsverplichting tot uiting komen namelijk bij liquidatie. Dat de terugbetalingssituatie vervalt indien de verliesabsorptieclausule wordt toegepast heeft naar mijn mening dus niet tot gevolg dat de geldverstrekking civielrechtelijk niet als geldlening wordt gekwalificeerd. Het is voldoende dat de mogelijkheid bestaat dat de lening daadwerkelijk terugbetaald dient te worden.

Het AT 1-kapitaal bevindt zich in een grijs gebied wat betreft civielrechtelijke kwalificatie. Er kan worden beargumenteerd dat er zowel sprake is van eigen vermogen als vreemd vermogen. Het instrument is zo vormgegeven dat de geldverschaffer eigenlijk optreedt als eigen vermogensverschaffer aangezien de terugbetalingsverplichting alleen bestaat ten tijde van liquidatie en de bank tevens de mogelijkheid heeft het vermogen om te zetten in eigen vermogen indien zij dit nodig acht. CET 1-kapitaal moet echter volledig achtergesteld zijn ten opzichte van het AT 1-kapitaal¹⁷⁷. Daardoor heeft een AT 1-kapitaalhouder bij een liquidatie of faillissement eerder recht op terugbetaling van de hoofdsom dan een CET 1-kapitaalhouder. AT 1-kapitaal verschilt in dat opzicht dus van het eigen vermogen. Daarnaast kan er wel degelijk een (voorwaardelijke) terugbetalingsverplichting ontstaan, namelijk ten tijde van liquidatie. Onder andere uit BNB 2007/104¹⁷⁸ kan geconcludeerd worden dat een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting voldoende is om civielrechtelijk te kunnen spreken van een geldlening¹⁷⁹. De verliesabsorptieclausule ontnemt daarmee niet de kwalificatie tot geldverstrekking van AT 1-kapitaal. Wat betreft de kwalificatie van een eeuwigdurend instrument ben ik van mening dat dit wel degelijk civielrechtelijk als geldlening kan worden gekwalificeerd. Dit omdat de Hoge Raad in BNB 1999/176

¹⁷⁴ HR 29 november 2002, nr. 01/011, NJ 2003/50.

¹⁷⁵ HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.

¹⁷⁶ HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104, r.o. 3.4

¹⁷⁷ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 28, lid 1, onderdeel j.

¹⁷⁸ HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.

¹⁷⁹ Zie paragraaf 2.2.3.

oordeelde dat perpetuele achtergestelde obligatielening als vreemd vermogen wordt gekwalificeerd. Ik ben dan ook van mening dat AT 1-kapitaal civielrechtelijk als geldlening wordt gekwalificeerd.

4.2.3.2 Fiscale kwalificatie

Nadat de vraag beantwoord is of AT 1-kapitaal civielrechtelijk als eigen vermogen dan wel vreemd vermogen wordt gekwalificeerd, zullen er twee mogelijkheden zijn voor de fiscale kwalificatie. Indien AT 1-kapitaal voor het civiele recht als eigen vermogen wordt gekwalificeerd, wordt het tevens voor fiscale doeleinden gekwalificeerd als eigen vermogen gezien de 7 februari 2014 arresten¹⁸⁰. De vergoeding op AT 1-kapitaal is dan niet aftrekbaar voor de fiscale winstbepaling. Wordt AT 1-kapitaal daarentegen civielrechtelijk als vreemd vermogen gekwalificeerd, bestaat nog de mogelijkheid tot herkwalificatie als fiscaal eigen vermogen waardoor de vergoeding alsnog niet aftrekbaar is.

Zoals in de voorgaande paragraaf reeds beschreven is, heeft AT 1-kapitaal veel weg van zowel eigen vermogen als vreemd vermogen. Aangezien ik van mening ben dat AT 1-kapitaal eerder als vreemd vermogen dan als eigen vermogen wordt gekwalificeerd, wordt hierna getoetst of het AT 1-kapitaal wordt gekwalificeerd als deelnemerschapslening.

Er is sprake van een deelnemerschapslening indien de lening:

- een winstafhankelijke vergoeding kent;
- achtergesteld is ten opzichte van alle concurrente schuldeisers; en
- geen vaste looptijd kent of een looptijd van tien jaar of langer, doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie¹⁸¹.

Nu wordt het AT 1-kapitaal afgezet tegen het bovenstaande toetsingskader van de deelnemerschapslening:

- een winstafhankelijke vergoeding

Krachtens art. 52, lid 1, onderdeel I van het CCR IV mag de bank alleen uitkeringen doen indien deze uit de uitkeerbare bestanddelen komen. In art. 4, lid 1 CRR IV worden de uitkeerbare bestanddelen als volgt beschreven:

¹⁸⁰ HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79 en HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80.

¹⁸¹ HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208 en art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969.

“uitkeerbare bestanddelen: de som van de winsten aan het eind van het laatste boekjaar, vermeerderd met eventuele overgedragen winsten en voor dat doel beschikbare reserves vóór uitkeringen aan houders van eigenvermogensinstrumenten, verminderd met eventuele overgedragen verliezen”.

De uitkeerbare bestanddelen bestaan niet alleen uit winst maar ook uit verschillende reserves zoals bijvoorbeeld de agioreserves¹⁸².

Wat betreft de hoogte van de uitkering schrijft het CRR IV niets voor. De hoogte van de vergoeding kan hierdoor winstafhankelijk zijn maar banken zijn ook vrij om een vast rentepercentage te hanteren. De praktijk leert overigens wel dat voornamelijk een vaste couponrente wordt gehanteerd¹⁸³. Deze vergoeding is echter wel afhankelijk van de uitkeerbare bestanddelen waardoor een bank geen (volledige) uitkering mag doen indien er niet (voldoende) winst- dan wel overige reserves beschikbaar zijn. Ook de vaste rente kent daardoor mogelijk een zeker winstafhankelijkheid. De vraag is dan ook of de toetsing voor winstafhankelijkheid een formele of materiele toetsing betreft¹⁸⁴. *Kormelink en Smit* zijn van mening dat dit nog onduidelijk is, maar de meeste schrijvers van mening zijn dat het een materiele toetsing betreft¹⁸⁵. In BNB 1955/302 oordeelde Hoge Raad over een geldlening die een vast rentepercentage kende maar waarbij de rente alleen betaald diende te worden indien er sprake was van winst in het desbetreffende jaar¹⁸⁶. Indien er sprake was van verlies, verviel de uitkering voorgoed. Ook indien in latere jaren winst werd behaald, was de rente uit het verlieslatende jaar dus niet alsnog verschuldigd. De Hoge Raad oordeelde hier dat de rente winstafhankelijk was. In BNB 1999/176 oordeelde de Hoge Raad over een lening die alleen rente vergoedde indien er dividend werd uitgekeerd¹⁸⁷. De rente werd in de jaren zonder dividenduitkeringen wel opgeschort. In het jaar dat er dividend werd uitgekeerd werd de gecumuleerde rente uitgekeerd¹⁸⁸. De Hoge Raad oordeelde hier dat er geen sprake was van een winstafhankelijke vergoeding. Dit is naar mijn mening ook in lijn

¹⁸² Gunst, H. de. (2013). 'De fiscale kwalificatie van 'Additional Tier 1'-instrumenten uitgegeven door banken'. WFR 2013/691.

¹⁸³ Zie gaf ING USD 1 miljard uit aan AT 1-kapitaal tegen 6,00% en gaf Rabobank EUR 1,5 miljard uit aan AT -kapitaal tegen 5,00%.

¹⁸⁴ Kormelink, M.A. en Smit, D.S. (2006). 'De deelnemerschapslening en de deelnemingsvrijstelling: beschouwing naar aanleiding van HR 25 november 2005 BNB 2006/82 (prêt participatif)'. WFR 2006/1337.

¹⁸⁵ Kormelink, M.A. en Smit, D.S. (2006). 'De deelnemerschapslening en de deelnemingsvrijstelling: beschouwing naar aanleiding van HR 25 november 2005 BNB 2006/82 (prêt participatif)'. WFR 2006/1337.

¹⁸⁶ HR 29 juni 1955, nr. 12 404, BNB 1955/302.

¹⁸⁷ HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176.

¹⁸⁸ HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176, r.o. 5.3.

met de gedachte achter de winstafhankelijkheid van de deelnemerschapslening. Indien er namelijk sprake is van eigen vermogen, wordt in verliesjaren geen winst uitgekeerd. In de goede jaren wordt dit niet ingehaald door cumulatie. Bij vreemd vermogen heeft de crediteur in verliesjaren alsnog recht op rente. Indien de debiteur niet bij machte is om deze rente te betalen, kan de debiteur mogelijk betalingsafspraken maken over eventuele latere betaling maar ziet hij niet snel volledig afzien van zijn recht op rente. Het CRR IV laat mijns inziens de bank vrij om in de leningsovereenkomst op te nemen dat de rente direct vervalt indien er niet voldoende uitkeerbare reserves zijn of dat zij deze later cumulatief uitkeert. Overigens staat het de bank uiteraard wel te allen tijde vrij om ook van deze gecumuleerde uitkering af te zien¹⁸⁹. In de praktijk gaat de bank naar mijn mening niet snel over tot het opschorten van de renteverplichting omdat dit haar toegang tot de kredietmarkt bemoeilijkt. De bank neemt daarom mogelijk in haar AT 1-kapitaal juist de voorwaarde op dat de renteverplichting blijft bestaan indien er niet voldoende uitkeerbare reserves aanwezig zijn. Indien deze voorwaarde opgenomen is, kan er dus worden beargumenteerd dat de lening wat betreft deze rentevergoeding niet winstafhankelijk is. Dit omdat de renteverplichting niet vervalt bij te lage uitkeerbare reserves. Dit is in lijn met bovenstaand BNB 1999/176 waar werd geoordeeld dat de rentevergoeding niet winstafhankelijk was. Het blijft daarbij echter wel de vraag hoe hier mee om moet worden gegaan indien er contractueel is vastgelegd dat de rente weliswaar niet vervalt, maar de bank wel consequent gebruik maakt van zijn bevoegdheid om de renteverplichting op te schorten. Hoewel contractueel de renteverplichting in eerste instantie blijft bestaan, moet dezelfde overeenkomst tevens de opschortingsclausule bevatten waardoor de bank direct kan afzien van deze verplichting. Naar mijn mening gebeurt ook deze opschorting echter niet snel aangezien dit de bank niet geliefd maakt bij financierders. Als een bank dus in staat is om de gecumuleerde rente te vergoeden, doet een bank dit ook. Indien een bank dus een voorwaarde opneemt dat de rente cumuleert indien er niet voldoende uitkeerbare reserves aanwezig zijn, is de rentevergoeding naar mijn mening niet winstafhankelijk. Indien in de voorwaarde is opgenomen dat de rente echter direct vervalt indien er niet voldoende uitkeerbare reserves aanwezig zijn, is er naar mijn mening er wel sprake van een winstafhankelijke vergoeding.

Het opschorten van de uitkering hoeft overigens niet afhankelijk te zijn van de winst maar kan ook bijvoorbeeld plaatsvinden bij een tekort aan liquiditeit. De bank mag

¹⁸⁹ Krachtens Verordening (EU) No. 575/2013, art. 52, lid 1, onderdeel l, sub iii.

namelijk “geheel naar eigen inzicht te allen tijde de uitkeringen op de instrumenten voor een onbepaalde periode en op niet-cumulatieve basis schrappen”¹⁹⁰. *Danenbergh, Van Gelder en Frankenberg* zijn daarom van mening dat deze opschorting volledig losstaat van de winstafhankelijkheidsvoorwaarde van de deelnemingsvrijstelling¹⁹¹. Ik deel deze mening niet volledig. Zoals hiervoor beschreven, zijn er mogelijkheden denkbaar waarbij juist de opschortingsverplichting ervoor kan zorgen dat materieel gezien sprake is van winstafhankelijkheid aangezien de bank de bevoegdheid heeft om ten tijde van verlies de vergoeding niet cumulatief op te schorten. Hoewel de opschortingsclausule, zoals *Danenbergh, Van Gelder en Frankenberg* beargumenteren, het AT 1-instrument niet direct winstafhankelijk maakt, zijn er daarom mijns inziens wel scenario’s denkbaar waarbij juist de opschortingsclausule het AT 1-instrument materieel winstafhankelijk maakt. Zo kan het voorkomen dat een bank de gecumuleerde vergoeding alsnog opschort in het jaar waarin er voldoende uitkeerbare reserves zijn. Contractueel is er dus sprake van cumulatie van de vergoeding maar in werkelijkheid wordt deze vergoeding niet betaald. Ook dit zou de bank overigens niet geliefd maken bij financierders waardoor het de vraag is of dit daadwerkelijk voor zal komen in de praktijk. Indien dit echter zo is, kan de opschortingsclausule de vergoeding mogelijk winstafhankelijk maken.

Tevens bevat AT 1-kapitaal nog een verliesabsorptieclausule. Deze clausule treedt echter pas in werking indien een bepaald solvabiliteitsratio wordt behaald. Zowel *Danenbergh, De Gunst en Van Gelder en Frankenberg* zijn daarom van mening dat de clausule de lening niet winstafhankelijk maakt aangezien de solvabiliteitsratio niet gelijk is aan de winst¹⁹². Ik deel deze mening.

Concluderend: naar mijn mening hangt het sterk af van de specifieke invulling van het AT 1-kapitaal of deze wel of niet winstafhankelijk is. Indien de hoogte van de rente afhankelijk is van de winst, kan er naar mijn mening sprake zijn van winstafhankelijkheid. Betreft het echter een vast rentepercentage dan moet er gekeken worden naar de mogelijke aanwezigheid van een cumulatievoorwaarde. Indien er niet voldoende uitkeerbare reserves aanwezig zijn om de rente uit te keren maar de rente

¹⁹⁰ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 52, lid 1, onderdeel l, sub iii.

¹⁹¹ Danenbergh S. (2015). ‘Artikelsgewijs commentaar art. 29a Wet VPB 1969 Aanvullend Tier 1-kapitaal’. NDFR en Gelder, G.C.F. van, en Frankenberg, S.W. (2015). ‘Artikel 29a Wet VPB 1969: heiligt het doel de middelen?’. WFR 2015/404.

¹⁹² Danenbergh S. (2015). ‘Artikelsgewijs commentaar art. 29a Wet VPB 1969 Aanvullend Tier 1-kapitaal’. NDFR; Gunst, H. de. (2013). ‘De fiscale kwalificatie van ‘Additional Tier 1’-instrumenten uitgegeven door banken’. WFR 2013/691 en G.C.F. van Gelder en Gelder, G.C.F. van, en Frankenberg, S.W. (2015). ‘Artikel 29a Wet VPB 1969: heiligt het doel de middelen?’. WFR 2015/404.

cumuleert niet, is de vergoeding alsnog mogelijk winstafhankelijk. Cumuleert de rente tot een jaar waarin er voldoende winstreserves aanwezig zijn, dan is de vergoeding naar mijn mening niet winstafhankelijk. Daarnaast kan de verplichte opschortingsclausule naar mijn mening (theoretisch) de cumulatieve vergoeding alsnog winstafhankelijk maken.

- achtergesteld is ten opzichte van alle concurrente schuldeisers; en AT 1-kapitaal komt bij insolventie van de instelling in rangorde na Tier 2-kapitaal, aldus art. 52, lid 1, onderdeel d CRR IV. Tier 2-kapitaal is vervolgens krachtens art. 63, onderdeel d CRR IV “volledig achtergesteld bij de vorderingen van alle niet-achtergestelde crediteuren”.

Concluderend; AT 1-kapitaal is achtergesteld ten opzichte van alle concurrente schuldeisers. Aan deze voorwaarde wordt dus voldaan.

- geen vaste looptijd kent of een looptijd van tien jaar of langer, doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie AT 1-kapitaal heeft een onbepaalde looptijd en mag tevens geen aflossingsprikkels bevatten¹⁹³. Krachtens art. 52, lid 1, onderdeel j CRR IV mag het kapitaal wel worden opgeëist ten tijde van liquidatie. In principe voldoet AT 1-kapitaal dus aan bovenstaande voorwaarde. De bank kan echter met toestemming van de toezichthouder de geldverstrekker toestemming geven om het kapitaal op te vragen¹⁹⁴. Toestemming van de toezichthouder wordt alleen verkregen indien de bank het instrument “vervangt door een eigenvermogensinstrument van gelijke of hogere kwaliteit”¹⁹⁵. Overigens mag AT 1-kapitaal niet eerder dan vijf jaar na de uitgifte worden afgelost¹⁹⁶. Het is daardoor dus mogelijk dat AT 1-kapitaal geen looptijd kent van tien jaar of langer aangezien het instrument eerder afgelost kan worden. *De Gunst* geeft aan dat onder investeerders de verwachting bestaat dat banken gebruik zullen maken van de eerdere aflossing¹⁹⁷. Om die reden is *De Gunst* van mening dat AT 1-instrumenten in de werkelijkheid niet eeuwigdurend zullen zijn maar een looptijd kennen van tussen de vijf en dertig jaar waardoor de AT 1-instrumenten niet voldoen aan de looptijdvoorwaarde van de deelnemerschapslening. Ik deel deze mening aangezien er voor de looptijd van een

¹⁹³ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 52, lid 1, onderdeel g.

¹⁹⁴ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 52, lid 1, onderdeel j, sub ii.

¹⁹⁵ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 78, lid 1, onderdeel a.

¹⁹⁶ Verordening (EU) No. 575/2013, art. 52, onderdeel i.

¹⁹⁷ Gunst, H. de. (2013). ‘De fiscale kwalificatie van ‘Additional Tier 1’-instrumenten uitgegeven door banken’. WFR 2013/691.

deelnemerschapslening wordt gekeken naar de debiteur¹⁹⁸. Nu de debiteur de mogelijkheid heeft om de lening eerder af te lossen, bestaat de mogelijkheid dat de werkelijke looptijd minder dan tien jaar bedraagt. In die gevallen voldoet de looptijd niet aan de deelnemerschapslening-vereisten. In de gevallen dat het AT 1-kapitaal pas na tien jaar of niet wordt afgelost wordt er wel voldaan aan het looptijdsvereiste.

Concluderend: AT 1-instrumenten kunnen naar mijn mening dan ook een looptijd hebben van tien jaar of langer.

De vergoeding op AT 1-kapitaal is mogelijk winstafhankelijk, achtergesteld ten opzichte van alle concurrente schulden en kan een looptijd van tien jaar of langer hebben. Het is daardoor mijns inziens mogelijk dat AT 1-kapitaal fiscaal gekwalificeerd wordt als deelnemerschapslening¹⁹⁹. Dit heeft tot gevolg dat rentelasten mogelijk niet aftrekbaar zijn voor de fiscale winstbepaling²⁰⁰.

Tot slot dient nog overeenkomst gezocht te worden in AT 1-kapitaal en de onzakelijke lening. Indien AT 1-kapitaal namelijk zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk wordt gekwalificeerd als vreemd vermogen bestaat de mogelijkheid dat het wordt gekwalificeerd als onzakelijke lening waardoor volledige renteaftrek alsnog beperkt wordt. AT 1-kapitaal zou naar mijn mening echter niet worden gekwalificeerd als onzakelijke lening omdat dit kapitaal uitgegeven wordt aan derde partijen²⁰¹. Het is daarbij uitgesloten dat er een risico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou lopen. De renteaftrek wordt daarom naar mijn mening niet beperkt door de onzakelijke lening jurisprudentie.

4.2.3.3 Overige fiscale consequenties

Naast de mogelijke herkwalificatie van het AT 1-instrument als fiscaal eigen vermogen zijn er nog andere fiscale consequenties door het uitgeven van AT 1-kapitaal. Zoals eerder uiteengezet bevat AT 1-kapitaal een verliesabsorptieclausule. Deze clausule stelt de bank in staat het AT 1-kapitaal direct om te zetten in CET 1-kapitaal. Het CRR IV laat de bank vrij om dit dan wel door een omzetting van AT 1-kapitaal in CET 1-kapitaal dan

¹⁹⁸ Kamerstukken II 2001-02, 28 487, nr. 7, p. 24.

¹⁹⁹ Hierbij ga ik ervan uit dat AT 1-kapitaal civielrechtelijk vreemd vermogen vormt.

²⁰⁰ Of de renteaftrek uitgesloten wordt van fiscale winstbepaling krachtens artikel 10, lid 1, onderdeel c of d wordt in hoofdstuk 5 paragraaf 4 uiteengezet.

²⁰¹ De HR heeft bevestigd dat een onzakelijke lening tussen een DGA en zijn entiteit ook mogelijk is. Deze mogelijkheid laat ik hier buiten beschouwing.

wel door een afschrijving op het AT 1-kapitaal te doen. Deze keuze wordt vastgelegd in de leningsvoorwaarden ten tijde van uitgifte. Omzetting dan wel afschrijving heeft fiscale winst tot gevolg voor de bank. Dit omdat de terugbetalingsverplichting voor de bank volledig dan wel gedeeltelijk vervalt. Indien de situatie zich echter voordoet dat AT 1-kapitaal omgezet wordt in CET 1-kapitaal of afgeschreven wordt, beschikt de bank hoogstwaarschijnlijk over fiscale verliezen. Hiermee kan de bank de winst compenseren waardoor er effectief geen belasting wordt geheven.

De kwijtscheldingswinstvrijstelling van art. 3.13, lid 1, onderdeel a Wet IB 2001 is hier overigens niet van toepassing. Dit omdat de schuldeiser de schuld niet prijsgeeft door middel van een rechtshandeling²⁰². Het prijsgeven komt namelijk voort uit een bepaling in de leningsovereenkomst.

4.3 Art. 29a Wet VPB 1969

Op 16 december 2013 informeerde de toenmalig Staatssecretaris *Weekers* de Tweede Kamer over de fiscale behandeling van AT 1-kapitaal²⁰³. De Staatssecretaris schrijft dat AT 1-kapitaal gezien de wijzigingen in Basel III fiscaal mogelijk niet meer als vreemd vermogen wordt gekwalificeerd. Alle Europese landen hebben, voor zover bekend bij de Staatssecretaris, besloten om AT 1-kapitaal fiscaal te blijven kwalificeren als vreemd vermogen om zo de renteaftrek voor de fiscale winstbepaling in stand te houden. De Staatssecretaris is daarom voornemens om AT 1-kapitaal ook in Nederland fiscaal te kwalificeren als vreemd vermogen. Staatssecretaris *Wiebes* stuurt op 10 april 2014 een vervolgbrief naar de Tweede Kamer betreffende de fiscale behandeling van AT 1-kapitaal²⁰⁴. Waar *Weekers* in het midden liet of AT 1-kapitaal fiscaal als vreemd of eigen vermogen wordt gekwalificeerd, is *Wiebes* van mening dat de vergoeding op AT 1-kapitaal niet aftrekbaar is. *Wiebes* moet dus wel van mening zijn dat AT 1-kapitaal voor fiscale doeleinden als eigen vermogen wordt gekwalificeerd²⁰⁵. Of AT 1-kapitaal civielrechtelijk als eigen vermogen wordt gekwalificeerd of dat het voor fiscale doeleinden wordt geherkwalificeerd tot eigen vermogen komt echter niet uit de brief naar voren.

²⁰² Danenburg S. (2015). 'Artikelsgewijs commentaar art. 29a Wet VPB 1969 Aanvullend Tier 1-kapitaal'. NDFR.

²⁰³ Kamerstukken II 2013/14, 32 013, Nr. 48.

²⁰⁴ Kamerstukken II 2013/14, 32 013, Nr. 48.

²⁰⁵ Kamerstukken II 2013/14, 32 013, Nr. 48.

De fiscale behandeling van AT 1-kapitaal is in artikel 29a opgenomen en is onderdeel van Fiscale Verzamelwet 2014²⁰⁶. In de Nota van Wijziging (hierna: “NvW”) gaat de Staatssecretaris verder in op de wetwijziging²⁰⁷. Naast de aftrek van de vergoeding op AT 1-kapitaal moet deze vergoeding ook bij de ontvanger in de belastingheffing betrokken worden om zo een consequente behandeling te bewerkstelligen²⁰⁸. Tevens is over deze vergoeding op AT 1-kapitaal geen dividendbelasting verschuldigd²⁰⁹. Ook heeft de Staatssecretaris niet beoogd om de fiscale behandeling van andere instrumenten dan AT 1-kapitaal te wijzigen met invoering van art. 29a Wet VPB 1969²¹⁰. Daarnaast moeten Instrumenten die voor 1 januari 2014 zijn uitgegeven getoetst worden aan de destijds geldende wet- en regelgeving. Voor deze instrumenten geldt art. 29a Wet VPB 1969 dus niet. Indien AT 1-kapitaal niet gekwalificeerd wordt als vreemd vermogen verliezen de vier grootste Nederlandse banken gezamenlijk ten minste €350 miljoen aan renteaftrek per jaar²¹¹.

De Staatssecretaris staat in de NvW ook uitgebreid stil bij de beweegreden om art. 29a Wet VPB 1969 in te voeren. De volgende twee argumenten worden aangedragen:

- Banken moeten hun kapitaalbuffers zo snel mogelijk verhogen. Nu de vergoeding op deze uit te geven instrumenten aftrekbaar is, leidt dit voor banken niet tot meer kosten om aan dit vereiste te voldoen. Daarnaast zorgt de aftrek in combinatie met de heffing bij de ontvanger voor een Europees fiscaal evenwicht waardoor “mismatches” worden voorkomen²¹².
- Voor zover bekend is de vergoeding op AT 1-kapitaal in alle Europese landen aftrekbaar. In Frankrijk is de vergoeding krachtens de reeds geldende wet- en regelgeving aftrekbaar. Het Verenigd Koninkrijk en Italië hebben inmiddels hun wetgeving aangepast waardoor de vergoeding aftrekbaar is en het Duitse Ministerie van Financiën heeft inmiddels bekendgemaakt dat AT 1-kapitaal wordt gekwalificeerd als vreemd vermogen²¹³. De vergoeding op AT 1-kapitaal is daarom ook in Nederland fiscaal aftrekbaar om zo de Nederlandse banken niet meer te benadelen dan hun Europese concurrenten.

²⁰⁶ Stb. 2014, nr. 481.

²⁰⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr. 4.

²⁰⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr. 4. Dit punt wordt nader uiteengezet in paragraaf 5.4.

²⁰⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr. 4. Zie voor verdere informatie betreffende de dividendbelasting consequenties van art. 29a Wet VPB 1969 paragraaf 5.6 van dit onderzoek.

²¹⁰ Kamerstukken II 2013/14, 30 950, nr. 4.

²¹¹ Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr. 6.

²¹² Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr. 4.

²¹³ Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr. 4 en nr. 6

In de Memorie van Antwoord (hierna: “MvA”) stelde de VVD de vraag in hoeverre het gerechtvaardigd is dat er door art. 29a Wet VPB 1969 onderscheid ontstaat tussen de behandeling van AT 1-instrumenten en soortgelijke instrumenten die worden uitgegeven door andere ondernemingen dan banken. De Staatssecretaris geeft aan dat banken en verzekeraars niet te vergelijken zijn met andere ondernemingen omdat andere ondernemingen niet aan dezelfde kapitaaleisen hoeven te voldoen²¹⁴. Andere ondernemingen hebben daarnaast veel meer vrijheid in het aantrekken van kapitaal, aldus de Staatssecretaris.

In het Europees parlement zijn vragen gesteld over een mogelijke verboden staatssteunrisico in België betreffende AT 1-kapitaal. Het betrof een Belgische bank die met behulp van een ruling renteaftrek op AT 1-kapitaal verzekerd heeft voor Belgische fiscale doeleinden. De Staatssecretaris is van mening dat een ruling voor een individuele belastingplichtige niet te vergelijken is met art. 29a Wet VPB 1969 aangezien dit een algemene bepaling is²¹⁵. Naar zijn mening is er dan ook geen sprake van verboden staatssteun. De Staatssecretaris heeft er daarom bewust voor gekozen om art. 29a Wet VPB 1969 niet voor te leggen aan de Europese Commissie.

In het Belastingplan 2015 is daarnaast een uitbreiding opgenomen voor verzekeraars²¹⁶. Zoals in paragraaf 3.3.2 is beschreven, is naast Basel III ook Solvency II ingevoerd dat specifiek geldt voor Europese verzekeraars. Per 1 januari 2015 valt ook AT 1-kapitaal dat is uitgegeven door een verzekeraar onder art. 29a Wet VPB 1969.

Per 1 januari 2015 luidt de tekst van art. 29a Wet VPB 1969 daarmee als volgt:

“Bij het bepalen van de winst worden:

- a) een kapitaalinstrument als bedoeld in artikel 52, eerste lid, van Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (PbEU 2013, L 176), waarbij geen sprake is van de uitgifte van aandelen of certificaten dan wel de verkrijging van een lidmaatschap van een coöperatie in de zin van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek; en*

²¹⁴ Kamerstukken I 2013/14, 33 950 nr. C.

²¹⁵ Kamerstukken I 2013/14, 33950 nr. C. Wat betreft het staatssteun risico van art. 29a Wet VPB 1969 verwijs ik naar paragraaf 5.3 van dit onderzoek.

²¹⁶ Stb. 2014, nr. 578.

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

bij de uitgever behandeld als een geldlening en bij de houder als een schuldvordering, niet zijnde een lening, onderscheidenlijk een schuldvordering, als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d.”

AT 1-kapitaal wordt dus voor Nederlands fiscale doeleinden behandeld als lening en niet als eigen vermogen waarbij onderdeel a ziet op Basel III en onderdeel b op Solvency II. *Van Gelder en Frankenberg* merken daarbij nog op dat het merkwaardig is dat deze bepaling in art. 29a Wet VPB 1969 is opgenomen aangezien het een winstartikel behelst²¹⁷. Dit terwijl het artikel is opgenomen in het hoofdstuk “Aanvullende regelingen”.

Art. 29a Wet VPB 1969 is door benoeming van desbetreffende verordeningen alleen van toepassing op ondernemingen die vallen onder de verordeningen. Dit zijn voornamelijk banken en verzekeraars. Andere ondernemingen kunnen dan ook geen beroep doen op art. 29a Wet VPB 1969.

In hoofdstuk 5 worden de consequenties van artikel 29a voor onder andere de dividendbelasting uiteengezet worden.

4.4 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal:

Hoe wordt CET 1-, AT 1- en Tier 2-kapitaal fiscaal behandeld en waarom is artikel 29a Wet VPB 1969 ingevoerd?

²¹⁷ Gelder, G.C.F. van, en Frankenberg, S.W. (2015). ‘Artikel 29a Wet VPB 1969: heiligt het doel de middelen?’. WFR 2015/404. Dit baseren zij op het feit dat art. 29a Wet VPB 1969 begint met “bij het bepalen van de winst worden”.

CET 1-kapitaal vormt zowel civiel als fiscaal eigen vermogen. De vergoeding op CET 1-kapitaal is daarmee niet aftrekbaar voor de fiscale winstbepaling. Tier 2-kapitaal kent veel vrijheid maar in de praktijk wordt dit altijd als vreemd vermogen gekwalificeerd.

Wat betreft AT 1-kapitaal is eerst onderzocht of het civielrechtelijk vreemd vermogen vormt. De belangrijkste vraag is hier of de terugbetalingsverplichting bij liquidatie voldoende is om van een wezenlijke terugbetalingsverplichting te spreken. Aangezien een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting voldoende is en het AT 1-kapitaal in rangorde boven het eigen vermogen staat bij liquidatie ben ik van mening dat AT 1-kapitaal civielrechtelijk als vreemd vermogen wordt gekwalificeerd.

Vervolgens is AT 1-kapitaal getoetst aan de eigenschappen van de deelnemerschapslening aangezien AT 1-kapitaal civielrechtelijk vreemd vermogen vormt. De vergoeding op AT 1-kapitaal is mogelijk winstafhankelijk, AT 1-kapitaal is achtergesteld ten opzichte van alle concurrente schuldeisers en kan een looptijd van tien jaar of langer hebben. Het is daardoor mijns inziens mogelijk dat AT 1-kapitaal fiscaal wordt gekwalificeerd als deelnemerschapslening. Dit heeft krachtens art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 tot gevolg dat rentelasten mogelijk niet aftrekbaar zijn voor de fiscale winstbepaling zonder toepassing van art. 29a Wet VPB 1969.

De Staatssecretaris is van mening dat AT 1-kapitaal wordt gekwalificeerd als eigen vermogen. Aftrek van de vergoeding op AT 1-kapitaal is naar zijn mening dus niet mogelijk zonder invoering van art. 29a Wet VPB 1969. Door middel van invoering van dit artikel is bewerkstelligd dat de vergoeding op AT 1-kapitaal aftrekbaar is. De Staatssecretaris benoemt hiervoor twee redenen waarvan de eerste is dat dat banken hun kapitaalvereisten op korte termijn moeten verbeteren. Dit wordt voor banken te duur indien de vergoeding op AT 1-kapitaal dan ook niet meer aftrekbaar is. Ten tweede is de Staatssecretaris van mening dat hij door invoering van art. 29a een level-playing-field heeft gecreëerd. AT 1-kapitaal wordt namelijk in alle Europese landen gekwalificeerd als vreemd vermogen. Indien Nederland dit niet had gevolgd, hadden Nederlandse banken en verzekeraars een slechtere concurrentiepositie ten opzichte van andere Europese banken en verzekeraars.

In het volgende hoofdstuk worden de fiscale consequenties van art. 29a Wet VPB 1969 uiteengezet waarbij tevens de argumenten van de Staatssecretaris worden besproken.

HOOFDSTUK 5: Consequenties art. 29a Wet VPB 1969

5.1 Inleiding

In voorgaande hoofdstukken is de fiscale behandeling van AT 1-kapitaal behandeld. Hierbij is nadrukkelijk ingegaan op de mogelijkheid dat AT 1-kapitaal fiscaal wordt geherkwalificeerd tot eigen vermogen. Dit zou tot gevolg hebben dat de vergoeding op AT 1-kapitaal niet aftrekbaar is. Om die reden is art. 29a Wet VPB 1969 ingevoerd, waardoor renteaftrek zeker wordt gesteld.

Art. 29a Wet VPB 1969 roept echter ook veel vragen op. Zo is het merkwaardig te noemen dat het artikel specifiek ziet op instellingen die onder de reikwijdte van de verordeningen vallen, zijnde banken en verzekeraars. Indien een andere onderneming dan een bank of verzekeraar een instrument uitgeeft met dezelfde eigenschappen als AT 1-kapitaal, mag deze mogelijk de vergoeding op dit instrument niet in aftrek van haar fiscale winst brengen²¹⁸. Dit terwijl banken en verzekeraars deze vergoeding op dit financiële instrument, door invoering van 29a Wet VPB 1969, wel mogen aftrekken van hun fiscale winst. Dit is mogelijk in strijd met het gelijkheidsbeginsel²¹⁹. In dit hoofdstuk wordt dan ook getoetst of art. 29a wet VPB 1969 in strijd is met het gelijkheidsbeginsel.

Daarnaast wijzen verscheidene auteurs ook op een mogelijk verboden staatssteunerisico²²⁰. Dit omdat een bank mogelijk beter behandeld wordt dan een buitenlandse bank dan wel andere ondernemingen. De Staatssecretaris is van mening dat banken niet te vergelijken zijn met andere ondernemingen omdat zij moeten voldoen aan de kapitaalvereisten²²¹. Hierdoor is er naar de mening van de Staatssecretaris geen sprake van selectiviteit. Daarnaast geeft de Staatssecretaris nog twee rechtvaardigingsgronden, namelijk dat door invoering van art. 29a Wet VPB 1969 een level playing field wordt gecreëerd en dat mismatches door dit artikel worden voorkomen²²². Hierdoor is er naar de mening van de Staatssecretaris geen sprake van verboden staatssteun. In dit hoofdstuk wordt getoetst of art. 29a Wet VPB 1969 verboden staatssteun tot gevolg kan hebben. Daarbij worden tevens de argumenten van de Staatssecretaris uiteengezet.

²¹⁸ Zie paragraaf 4.2.3.1 en 4.2.3.2 voor de civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke kwalificatie van AT 1-kapitaal.

²¹⁹ Vermeulen, H. (2015). *Cursus Belastingrecht Venootschapsbelasting*. Kluwer. Deventer. 7.4.0.A.f.

²²⁰ zie o.a. Gelder, G.C.F. van, en Frankenberg, S.W. (2015). 'Artikel 29a Wet VPB 1969: heiligt het doel de middelen?'. WFR 2015/404 en Danenburg S. (2015). 'Artikelsgewijs commentaar art. 29a Wet VPB 1969 Aanvullend Tier 1-kapitaal'. NDFR.

²²¹ Kamerstukken I 2014/15, nr. 33 950, nr. C, blz. 2.

²²² Kamerstukken I 2014/15, nr. 33 950, nr. C, blz. 2.

Vervolgens wordt ingegaan op de fiscale behandeling van de AT 1-kapitaalhouders. De Staatssecretaris heeft aangegeven dat het AT 1-kapitaal ook bij de houder wordt gekwalificeerd als vreemd vermogen waardoor ook de renteopbrengst in de belastingheffing wordt betrokken²²³. Dit is een merkwaardige opmerking gezien het feit dat AT 1-kapitaalhouders zich ook in het buitenland kunnen bevinden. Er wordt daarom onderzocht hoe deze opmerking van de Staatssecretaris zich houdt in de praktijk.

Daarnaast is het de vraag hoe art. 29a Wet VPB 1969 zich verhoudt tot de onzakelijke lening. Zo is van *Merrienboer*²²⁴ van mening dat invoering van art. 29a Wet VPB 1969 tot gevolg heeft dat er een ongelijk speelveld wordt gecreëerd tussen ondernemingen die een onzakelijke lening uitgeven en een bank of verzekeraar die AT 1-kapitaal uitgeeft.

Tot slot wordt stilgestaan bij de vraag hoe art. 29a Wet VPB 1969 zich verhoudt tot de dividendbelasting. Het is daarbij de vraag of AT 1-kapitaal ook altijd als vreemd vermogen voor de dividendbelasting wordt gezien zodat dividendbelastingheffing achterwege blijft of dat het AT 1-kapitaal voor de dividendbelasting toch wordt gekwalificeerd als eigen vermogen.

De volgende deelvraag wordt dan ook beantwoord in dit hoofdstuk:

Wat zijn de mogelijke consequenties van de invoering van art. 29a Wet VPB 1969 met betrekking tot huidige wetgeving en jurisprudentie?

In paragraaf 5.2 wordt eerst stilgestaan bij de mogelijke strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel. Vervolgens wordt in paragraaf 5.3 het mogelijke staatssteun-risico uiteengezet waarna in paragraaf 5.4 wordt onderzocht hoe het AT 1-kapitaal fiscaal wordt behandeld bij de houder van dit instrument. In paragraaf 5.5 wordt onderzocht hoe art. 29a zich verhoudt tot de onzakelijke lening. In paragraaf 5.6 wordt de dividendbelasting met betrekking tot art. 29a Wet VPB 1969 uiteengezet. In paragraaf 5.7 wordt antwoord gegeven op de deelvraag.

²²³ Zie paragraaf 4.3.

²²⁴ Merrienboer, F.M.A.M. van. (2014). 'De safe haven voor de banken en de safe haven voor de onzakelijke lening'. WFR 2014/952.

5.2 Gelijkheidsbeginsel

5.2.1 Algemeen

In art. 1 van de Grondwet (hierna: “GW”) is het gelijkheidsbeginsel opgenomen. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat:

“gelijke gevallen gelijk en ongelijke gevallen ongelijk dienen te worden behandeld naar de mate van hun ongelijkheid”²²⁵.

Krachtens art. 120 GW mogen formele wetten echter niet getoetst worden aan de grondwettelijke bepalingen. Het gelijkheidsbeginsel is tevens opgenomen in de ongeschreven rechtsbeginselen²²⁶. De Hoge Raad heeft echter besloten dat formele wetten ook niet getoetst mogen worden aan deze ongeschreven rechtsbeginselen²²⁷.

Formele wetten mogen krachtens art. 94 GW echter wel getoetst worden aan verdragsbepalingen. Nederland kent twee verdragen waarin het gelijkheidsbeginsel is opgenomen namelijk het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: “EVRM”) en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (hierna: “IVBPR”). Ik toets art. 29a wet VPB 1969 hierna dan ook niet aan het gelijkheidsbeginsel dat is opgenomen in de GW maar aan het gelijkheidsbeginsel dat is opgenomen in het EVRM en IVBPR.

In het EVRM is het gelijkheidsbeginsel opgenomen in art. 14 in samenhang met art. 1 Eerste Protocol EVRM. Dit artikel zag destijds echter alleen op de bepalingen van het EVRM. Per 1 april 2005 is art. 1 Twaalfde Protocol in Nederland van kracht. Dit artikel bevat een zelfstandig discriminatieverbod. Hierdoor ziet de discriminatiebepaling van het EVRM sindsdien niet alleen op de bepalingen in dit verdrag maar heeft het een zelfstandige karakter²²⁸. In 1990 wordt het Darby-arrest²²⁹ gewezen door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: “EHRM”). In dit arrest wordt bevestigd dat art. 14 EVRM in samenhang met art. 1 Eerste Protocol EVRM discriminatie bij belastingheffing verbiedt. De Hoge Raad bevestigt dit oordeel later in 1997²³⁰.

In het IVBPR is het gelijkheidsbeginsel opgenomen in Art. 26 IVBPR. Hiervoor bevestigde de Hoge Raad al in 1988 dat het gelijkheidsbeginsel van art. 26 IVBPR

²²⁵ Poelmann, E. (2015). Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht. Kluwer. Deventer.4.4.0.A.

²²⁶ Deze beginselen hebben zich ontwikkeld aan de hand van jurisprudentie.

²²⁷ Zie HR 14 april 1989, nr. 13 822, NJ 1989/469 en HR 20 maart 2009, nr. 07/10646, NJ 2009/233.

²²⁸ Poelmann, E. (2015). Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht. Kluwer. Deventer. 5.0.2.F.

²²⁹ EHRM 23 oktober 1990, nr. 17/1989/233, BNB 1995/244.

²³⁰ HR 12 november 1997, nr. 30 981, BNB 1998/22.

discriminatie in belastingzaken verbiedt²³¹. Art. 26 IVBPR kent een zelfstandig karakter, want het verbiedt in algemene zin ongelijke behandeling van mensen²³².

Wat betreft toepassingsbereik en inhoud zijn art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR (inmiddels) gelijk aan elkaar²³³. Zowel het EVRM als het IVBPR zijn ook van toepassing op rechtspersonen²³⁴. Door de jaren heeft de jurisprudentie van het EHRM en IVBPR een toetsingskader gecreëerd. De Hoge Raad gebruikt ditzelfde toetsingskader²³⁵. Het toetsingskader bestaat uit drie vragen namelijk:

1. Is er sprake van gelijke gevallen?
2. Is er sprake van ongelijke behandeling van deze gelijke gevallen?
3. Bestaat er voor deze ongelijke behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging?

Hierbij dient opgemerkt te worden dat de wetgever wel een grote vrijheid toekomt. Zo oordeelt de Hoge Raad sinds een uitspraak van het EHRM²³⁶ als volgt wat betreft de vrijheid die de wetgever toekomt:

“Indien het niet gaat om onderscheid op basis van aangeboren kenmerken van een persoon, zoals geslacht, ras en etnische afkomst, dient het oordeel van de wetgever daarbij te worden geëerbiedigd, tenzij het van redelijke grond ontbloomt is”²³⁷.

De wetgever heeft hierdoor erg veel vrijheid in het opstellen van wetten.

Art. 29a Wet VPB 19696 levert een voordeel op voor alleen banken. Het is daarbij de vraag of dit in strijd is met het gelijkheidsbeginsel van art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR. Nu worden de vragen van bovenstaand toetsingskader beantwoord.

5.2.2 Toetsing gelijkheidsbeginsel

De voornaamste vraag is hier naar mijn mening of een onderneming die aan de CRD IV kapitaaleisen moet voldoen gelijk staat aan een onderneming die hier niet aan hoeft te voldoen. In de praktijk is er zelden sprake van gelijke gevallen²³⁸. Er zijn altijd wel

²³¹ HR 8 juli 1988, nr. 24 964 BNB 1988/302.

²³² Gribnau, J.L.M. (2000). 'Perspectieven op het gelijkheidsbeginsel'. WFR 2000/902.

²³³ Poelmann, E. (2015). *Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht*. Kluwer. Deventer. 5.0.2.F.

²³⁴ Zie o.a. HR 5 september 2003, nr. 37 547, BNB 2003/383 en HR 24 juni 2005, nr. 40 362, BNB 2005/321.

²³⁵ Poelmann, E. (2015). *Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht*. Kluwer. Deventer. 5.1.0.

²³⁶ EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99, Della Ciaja

²³⁷ zie bijvoorbeeld HR 22 november 2013, nr. 13/01622, BNB 2014/30, r.o. 3.3.1.

²³⁸ Happé, R.H. (2009). *Vriendenbundel: Draaicirkels van formeel belastingrecht*, “Het gelijkheidsbeginsel: de rechtspraak van het EHRM biedt meer ruimte dan de Hoge Raad benut”, Sdu. Den Haag. p. 3.

bepaalde verschillen tussen gevallen. Er is sprake van gelijke gevallen indien de gevallen feitelijk en rechtens tot dezelfde groep behoren²³⁹.

In BNB 2012/247 oordeelde de Hoge Raad over het reeds vervallen art. 10d Wet VPB 1969. Belanghebbende was van mening dat een houdster- en financieringsmaatschappij, die gelden inleent en uitleent, en een houdstermaatschappij, die alleen geld inleent, gelijke gevallen waren. Door art. 10d Wet VPB 1969 werd de houdstermaatschappij echter minder beperkt in haar renteaftrek dan de houdster- en financieringsmaatschappij. Dit terwijl beide maatschappijen met eenzelfde hoeveelheid vreemd vermogen waren belast en dus een even grote rentelast hadden. De Hoge Raad oordeelde hier als volgt;

“gevallen van een houdstermaatschappij en een houdster- en financieringsmaatschappij zijn geen gelijke gevallen, omdat in het laatstgenoemde geval sprake is van een uit de aard van de bedrijfsactiviteit voortvloeiend hoger bedrag aan financiering met vreemd vermogen”²⁴⁰.

Met art. 29a Wet VPB 1969 wordt er indirect ook een onderscheid gemaakt tussen een onderneming die naar de aard van de bedrijfsactiviteit met meer vreemd vermogen is gefinancierd en een onderneming die met minder vreemd vermogen is gefinancierd. Naar mijn mening zijn banken en de overige ondernemingen voor het gelijkheidsbeginsel dan ook geen gelijke gevallen. Aan de toetsing van ongelijke behandeling van gelijke gevallen kom ik dus niet toe. Er is naar mijn mening geen sprake van strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel van art. 14 EVRM of art. 26 IVBPR.

5.2.3 Gelijkheidsbeginsel vanuit een academisch oogpunt

Hoewel een juridisch beroep op het gelijkheidsbeginsel naar mijn mening zou stranden, blijft naar mijn mening art. 29a Wet VPB 1969 een merkwaardig artikel gezien de gelijkheid van belastingplichtigen. De Staatssecretaris is van mening dat banken en verzekeraars niet te vergelijken zijn met andere ondernemingen²⁴¹. Dit omdat alleen de banken en verzekeraars moeten voldoen aan de strengere kapitaaleisen. De banken moeten kapitaal aantrekken dat specifieke kenmerken heeft om zo te voldoen aan de kapitaaleisen. Normale ondernemingen hebben meer vrijheid in het aantrekken van kapitaal. *Van Gelder en Frankenberg* vinden het standpunt van de Staatssecretaris weinig

²³⁹ HR 13 oktober 1983, nr. 21.237, BNB 1983/3

²⁴⁰ HR 29 juni 2012, nr. 11/00482, BNB 2012/247, r.o. 3.4.2.

²⁴¹ Kamerstukken I 2014/2015, 33 950, C, blz. 3.

steekhoudend²⁴². Dit omdat de banken relatief gezien minder gekapitaliseerd zijn dan de andere ondernemingen. Zo was de gemiddelde ratio eigen vermogen ten opzichte van de activa van Nederlandse niet financiële ondernemingen 44% in 2011. Voor de Nederlandse financiële instellingen betrof deze ratio in 2011 5%²⁴³. Hoewel banken dus daadwerkelijk minder gekapitaliseerd zijn, ben ik mening dat het standpunt van de Staatssecretaris niet sterk is. Banken hebben er destijds zelf voor gekozen om zo weinig kapitaal aan te houden. Nu blijkt achteraf dat die hoeveelheid kapitaal niet verantwoord was²⁴⁴. De kapitaaleisen zijn naar mijn mening eigenlijk overbodig nu een onderneming in staat moet zijn om voldoende kapitaal aan te houden. Er is echter gebleken dat dit niet het geval was waardoor nieuwe (strengere) wetgeving is ingevoerd. Dat voor andere ondernemingen deze kapitaalvereisten niet in de wet zijn vastgelegd doet er niet aan af dat iedere onderneming over een gezonde hoeveelheid kapitaal moet beschikken. Iedere onderneming heeft dus een andere kapitaalbehoefte, maar dit houdt naar mijn mening nog niet in dat de ene onderneming met een mindere kapitaalbehoefte niet te vergelijken is met een onderneming met een grote kapitaalbehoefte. Banken zijn naar mijn mening dan ook zeker te vergelijken met andere ondernemingen.

Tot slot wil ik nog opmerken dat banken relatief met veel vreemd vermogen zijn gefinancierd. In paragraaf 2.4 is het Eerste en Tweede Theorema van *Modigliani–Miller* uiteengezet. Ondernemingen met veel vreemd vermogen hebben ten opzichte van ondernemingen met minder vreemd vermogen een voordeel. Dit omdat renteaftrek in winstbelastingen een fiscaal voordeel oplevert. Banken hebben dus relatief veel voordeel van deze fiscale regeling aangezien zij met relatief veel vreemd vermogen zijn gefinancierd en dus veel renteaftrek genieten. Bovenop dit voordeel krijgt een bank nu door middel van art. 29a Wet VPB 1969 nog meer voordeel. Dit omdat de bank de vergoeding op AT 1-kapitaal nu kan aftrekken van zijn winst terwijl een normale onderneming de vergoeding op dit instrument niet ten laste van de winst kan brengen. Dit in combinatie met de gelijkheid tussen banken en andere ondernemingen maakt invoering van art. 29a Wet VPB 1969 naar mijn mening een merkwaardige zet van de wetgever.

²⁴² Gelder, G.C.F. van, en Frankenberg, S.W. (2015). 'Artikel 29a Wet VPB 1969: heiligt het doel de middelen?'. WFR 2015/404.

²⁴³ Bron: Statline van het CBS. 27 juli 2015.

²⁴⁴ Dit concludeer ik uit het feit dat de kapitaasvereisten zijn aangescherpt.

5.3 Staatssteun-risico

5.3.1 Algemeen

Zoals de Staatssecretaris heeft aangegeven, is AT 1-kapitaal naar zijn mening voor fiscale doeleinden eigen vermogen²⁴⁵. Door de invoering van art. 29a Wet VPB 1969 wordt AT 1-kapitaal echter fiscaal behandeld als zijnde vreemd vermogen voor bedrijven die onder de reikwijdte van de verordeningen vallen. Juist doordat art. 29a Wet VPB 1969 specifiek verwijst naar Europese verordeningen is het niet mogelijk voor ondernemingen, die niet onder de reikwijdte van deze verordeningen vallen, zich te beroepen op art. 29a Wet VPB 1969. Indien deze ondernemingen instrumenten uitgeven met gelijke voorwaarden als AT 1-kapitaal zal dit instrument voor fiscale doeleinden mogelijk worden gekwalificeerd als eigen vermogen²⁴⁶. Aftrek van de vergoeding is dan niet mogelijk. Hierdoor ontstaat er een ongelijk speelveld tussen banken en verzekeraars aan de ene kant en de overige ondernemingen aan de andere kant. Voor de analyse wat betreft staatssteun wordt er in deze paragraaf aangenomen dat AT 1-kapitaal als deelnemerschapslening wordt gekwalificeerd en dus als eigen vermogen. Hierdoor komt de vergoeding op het AT 1-kapitaal zonder toepassing van art. 29a Wet VPB 1969 niet ten laste van de belastbare winst.

Mogelijk heeft art. 29a Wet VPB 1969 verboden staatssteun tot gevolg zoals is vastgelegd in art. 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: "VwEU"). Verboden staatssteun is geïntroduceerd in het VwEU om zo de markt concurrerend te houden. Het wordt door art. 107 VwEU onmogelijk voor lidstaten om specifieke groepen ondernemingen te bevoordelen. In art. 107, lid 1 VwEU is een toetsingskader opgenomen wat betreft verboden staatssteun. Dit toetsingskader bestaat uit de volgende vier cumulatieve criteria²⁴⁷:

1. de maatregel moet een voordeel opleveren voor een begunstigde;
2. de maatregel is selectief;
3. de maatregel is toe te rekenen aan de lidstaat en bekostigd met staatsmiddelen;
4. de maatregel beïnvloedt het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig en vervalst de mededinging of dreigt deze te vervalsen.

In de volgende paragrafen toets ik art. 29a Wet VPB 1969 aan de criteria van verboden staatssteun.

²⁴⁵ Kamerstukken II 2013/14, 32 013, nr. 58.

²⁴⁶ Zie paragraaf 4.2.3.1 en 4.2.3.2 voor de civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke kwalificatie van AT 1-kapitaal.

²⁴⁷ HvJ EU 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, r.o. 75.

5.3.2 Opleveren van voordeel

De eerste voorwaarde voor verboden staatssteun is krachtens art. 107, lid 1 VwEU dat de maatregel een voordeel oplevert. Er is sprake van steun indien de maatregel een voordeel oplevert dat niet zou zijn verkregen onder normale marktvoorwaarden²⁴⁸. Het begrip voordeel is hiermee erg breed en beperkt zich niet enkel tot subsidies. Elke lastenverlichting kan worden gekwalificeerd als steun, zo ook een belastingverlaging of een belastingvrijstelling²⁴⁹. De vergelijking bestaat uit de financiële situatie van de onderneming voor de invoering van de maatregel en de financiële situatie na de invoering van de maatregel²⁵⁰. In het arrest van 29 september 2000 oordeelde het Hof van Justitie (hierna: "HvJ EU") in het CETM/Commissie-arrest dat een voordeel niet uitgesloten is indien concurrerende ondernemingen in andere lidstaten in een betere situatie verkeren²⁵¹. Het betrof een Spaanse rentesubsidie waardoor Spaanse bedrijven goedkoper geld konden lenen om bepaalde bedrijfsmiddelen aan te schaffen. Het argument van de Spaanse overheid was dat de rentestand in concurrerende lidstaten lager was dan in Spanje. Om die reden zou de subsidie geen voordeel teweegbrengen. Het HvJ EU oordeelde dat de Spaanse ondernemingen door een kunstmatige wijziging alsnog een voordeel verkregen, aangezien de vergelijking bestaat uit de financiële situatie voor de maatregel met die financiële situatie erna.

De vraag of art. 29a Wet VPB 1969 een voordeel oplevert in de context van staatssteun moet naar mijn mening positief worden beantwoord. Indien het artikel niet was ingevoerd, zouden ondernemingen vergoedingen op AT 1-kapitaal (mogelijk) niet in aftrek mogen brengen op hun fiscale winst, omdat AT 1-kapitaal (mogelijk) als eigen vermogen gekwalificeerd wordt voor fiscale doeleinden²⁵². Krachtens art. 29a Wet VPB 1969 zijn banken en verzekeraars nu in staat om de vergoeding op AT 1-kapitaal in aftrek te brengen op hun fiscale winst. Dit resulteert in lastenverlichting, namelijk een lagere belastingheffing. Dat de vergoeding bij de ontvanger nu ook belast is doet daar naar mijn mening niet aan af. De vergelijking vindt namelijk plaats op het niveau van de juridische entiteit²⁵³. De entiteit verkrijgt door de maatregel een renteaftrek die zij voor

²⁴⁸ HvJ EU 29 april 1996, Spanje/Commissie, C-342/96, r.o. 41.

²⁴⁹ HvJ EU 1 december 1998, Ecotrader, C-200/97, r.o. 34..

²⁵⁰ Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, Europese Commissie, 17 januari 2014, IP/14/30.

²⁵¹ HvJ EU 29 september 2000, Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) / Commissie, T-55/99, r.o. 85.

²⁵² Zie paragraaf 4.2.3.

²⁵³ Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, Europese Commissie, 17 januari 2014, IP/14/30.

invoering van de maatregel niet zou hebben gehad. Art. 29a Wet VPB 1969 levert dan ook naar mijn mening een voordeel op voor belastingplichtigen.

5.3.3 Selectiviteit

De tweede voorwaarde voor verboden staatsteun is dat het voordeel selectief is. In art. 107, lid 1 VwEU is namelijk opgenomen dat “bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” moeten worden begunstigd. Nu er is vastgesteld dat art. 29a Wet VPB 1969 een voordeel oplevert, wordt onderzocht of dit voordeel selectief is. Het selectiviteitscriterium kan onderscheiden worden in geografische selectiviteit en materiële selectiviteit²⁵⁴.

Geografische selectiviteit ziet op die selectiviteit waarbij een geografisch gebied een bepaald voordeel verkrijgt. Een voorbeeld hiervan is dat een bepaalde gemeente effectief een lager vennootschapsbelastingtarief kent dan het nationale tarief²⁵⁵. Gezien het feit dat art. 29a Wet VPB 1969 in de vennootschapsbelasting is opgenomen en daarnaast geen geografische restrictie kent, ben ik van mening dat er geen sprake is van geografische selectiviteit.

Materiële selectiviteit bestaat uit een maatregel die slechts voordeel verleent aan een bepaalde groep ondernemingen of een bepaalde sector. Indien er sprake is van een maatregel die een voordeel verleent aan alle ondernemingen die voldoen aan bepaalde criteria kan het lastig zijn om te bepalen of de maatregel selectief is. Voor deze situaties kunnen er drie stappen doorlopen worden om te toetsen of de maatregel selectief is²⁵⁶. De stappen zijn als volgt:

1. Bepalen van de referentieregeling;
2. Toetsen of de maatregel afwijkt van de referentieregel; en
3. Rechtvaardiging voor de afwijking.

In de volgende paragrafen ga ik op elke stap in.

5.3.3.1 Bepalen referentieregeling

De referentieregeling betreft een kader waaraan de maatregel kan worden getoetst om te kunnen oordelen of de maatregel een voordeel oplevert ten opzichte van de

²⁵⁴ Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, VwEU, Europese Commissie, 17 januari 2014, IP/14/30.

²⁵⁵ Zie o.a. HvJ EU 6 september 2006, Portugal/Commissie, C-88/03. Hier werd geoordeeld dat Portugal niet een lager inkomstenbelastingtarief mocht heffen op alleen de Azoren.

²⁵⁶ Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, VwEU, Europese Commissie, 17 januari 2014, IP/14/30, punt 128.

referentieregeling. Een referentieregeling kan ook voor de vennootschapsbelasting worden opgesteld²⁵⁷. Krachtens art. 1 Wet VPB 1969 juncto art. 7 wordt een belasting geheven naar de belastbare winst van de binnenlands belastingplichtige. Art. 8 Wet VPB 1969 geeft invulling aan deze (jaar)winst. Het tarief van de vennootschapsbelasting is krachtens art. 22 Wet VPB 1969 voor elke belastingplichtige gelijk. Voor elke belastingplichtige geldt dat de vergoeding op vreemd vermogen aftrekbaar is van haar fiscale winst terwijl de vergoeding op eigen vermogen niet aftrekbaar is van haar fiscale winst²⁵⁸. Wat betreft de fiscale kwalificatie van dit eigen vermogen en vreemd vermogen bestaat er door wetgeving en vaste jurisprudentie een duidelijk toetsingskader dat van toepassing is op elke belastingplichtige²⁵⁹. De referentieregeling is dan ook de Wet VPB 1969. Meer specifiek ziet de referentieregeling op de algemene fiscale kwalificatie en de daarmee samenhangende fiscale behandeling van vreemd en eigen vermogen.

5.3.3.2 Afwijking van referentieregeling

Er moet worden getoetst of art. 29a Wet VPB 1969 een afwijking is op de hiervoor beschreven referentieregeling. Zoals in hoofdstuk 3 is beschreven worden AT 1-kapitaal en soortgelijke financiële instrumenten onder de huidige wet- en regelgeving mogelijk fiscaal geherkwalificeerd tot eigen vermogen. Door invoering van art. 29a Wet VPB 1969 wordt AT 1-kapitaal fiscaal echter gekwalificeerd als vreemd vermogen. Op zich levert dit nog geen selectiviteit op. Art. 29a Wet VPB 1969 staat echter alleen open voor banken en verzekeraars die onder de reikwijdte van de twee verordeningen vallen. Er moet getoetst worden of *“binnen het kader van een bepaalde rechtsregeling een voordeel verschaft aan bepaalde ondernemingen ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden”*²⁶⁰.

In het arrest *Unicredito Italiano*²⁶¹ kwam er een soortgelijk vraagstuk voorbij. Het betrof een maatregel waardoor banken een bepaald belastingvoordeel verkregen. Dit voordeel stond niet open voor andere ondernemingen. Hier *“moet dus worden vastgesteld dat deze maatregel selectief is in verhouding tot andere sectoren van de economie en in de banksector zelf”*²⁶², aldus het HvJ EU.

²⁵⁷ HvJ EU 8 september 2011, *Paint Graphos e.a.*, gevoegde zaken C-78/08 tot C-80/08, r.o. 50.

²⁵⁸ Bodemlozeputlening, deelnemerschapslening en schijnlening daargelaten.

²⁵⁹ Zie hoofdstuk 2.

²⁶⁰ HvJ EU 6 september 2006, *Portugal/Commissie*, C-88/03 r.o. 56.

²⁶¹ HvJ EU 15 december 2005, *Unicredito Italiano*, C-148/04, r.o. 45.

²⁶² HvJ EU 15 december 2005, *Unicredito Italiano*, C-148/04, r.o. 48.

Zoals uiteengezet in paragraaf 5.2.3 is de Staatssecretaris mening dat banken en verzekeraars niet te vergelijken zijn met andere ondernemingen²⁶³. Dit omdat alleen de banken en verzekeraars moeten voldoen aan de strengere kapitaaleisen. Naar mijn mening heeft iedere onderneming een andere kapitaalbehoefte. Dit houdt echter niet in dat de ene onderneming met een mindere kapitaalbehoefte niet te vergelijken is met een onderneming met een grote kapitaalbehoefte. Banken zijn naar mijn mening dan ook zeker te vergelijken met andere ondernemingen²⁶⁴.

Indien echter het vereiste dat een onderneming moet voldoen aan kapitaalvereisten voldoende is om te spreken van niet feitelijke en juridische vergelijkbare situaties, kan naar mijn mening nog een vergelijking gemaakt worden met concernfinancieringsentiteiten van multinationals. Deze entiteiten houden zich voornamelijk bezig met het aantrekken van financiering om dit geld vervolgens binnen de multinational door te lenen aan kapitaalbehoefteige entiteiten. Aangezien deze concernfinancieringsentiteiten veel weg hebben van de activiteiten van een bank is er een uitzondering opgenomen in de wetgeving²⁶⁵. Concernfinancieringsmaatschappijen vallen hierdoor, indien zij voldoen aan de vereisten, niet onder de reikwijdte van CRD IV en hoeven daardoor niet te voldoen aan dezelfde kapitaaleisen als volwaardige banken. Echter wordt wel vereist dat tenminste 95% van het doorgeleende geld binnen de multinational wordt uitgezet, het eigen vermogen te allen tijde positief is en dat de entiteit te allen tijde in staat is om de schulden terug te betalen. Hoewel deze entiteiten dus wel kapitaalvereisten kennen kunnen zij geen gebruik maken van art. 29a Wet VPB 1969. Indien het standpunt van de Staatssecretaris dus juist is zijn banken altijd nog te vergelijken met concernfinancieringsmaatschappijen. Hierbij dient nog wel opgemerkt te worden dat de uitzondering geen verplichting is. De concernfinancieringsentiteit kan geen gebruik maken van de uitzondering en wel een bankvergunning aanvragen om zo toch toegang te krijgen tot art. 29a Wet VPB 1969. Dit is echter naar mijn mening niet zomaar een keuze aangezien de vereisten dan sterk toenemen. Het opteren als een bank weegt dan niet snel op tegen de voordelen, het verkrijgen van renteaftrek.

5.3.3.3 Rechtvaardiging

Ondanks dat de maatregel selectief is kan de selectiviteit alsnog in bepaalde situaties worden gerechtvaardigd.

²⁶³ Kamerstukken I 2014/2015, 33 950, C.

²⁶⁴ Zie voor een uitgebreidere uitleg paragraaf 5.2.3.

²⁶⁵ Art. 3:2 Wft.

“Een maatregel die een uitzondering op de toepassing van het algemene belastingstelsel maakt, kan door de aard en de algemene opzet van het belastingstelsel worden gerechtvaardigd, wanneer de betrokken lidstaat kan aantonen dat deze maatregel rechtstreeks uit de basis- of hoofdbeginselen van zijn belastingstelsel voortvloeit”²⁶⁶.

Voorbeelden van een rechtvaardiging van een selectieve maatregel zijn het voorkomen van belastingontduiking, het vermijden van dubbele belasting en de administratieve uitvoerbaarheid²⁶⁷. De maatregel moet dus in overeenstemming zijn met de hoofdbeginselen van de wetgeving.

De Staatssecretaris is van mening dat er genoeg rechtvaardigingsgronden zijn waardoor de maatregel niet wordt gekwalificeerd als verboden staatssteun. De eerste rechtvaardigingsgrond is dat de maatregel een level playing field tot gevolg heeft tussen Nederlandse banken en banken die zich in de lidstaten bevinden. Naar mijn mening snijdt dit argument geen hout. Een maatregel is gerechtvaardigd indien deze uit de hoofdbeginselen van het belastingstelsel voortvloeit. Hoewel ik het idee van de Staatssecretaris begrijp, vloeit het creëren van een level playing field met buitenlandse banken en verzekeraars niet voort uit de hoofdbeginselen van de Nederlandse vennootschapsbelasting. Daarnaast zijn *Van Gelder en Frankenburg* van mening dat juist deze opmerking benadrukt dat art. 29a Wet VPB 1969 ziet op het begunstigen van een specifieke groep belastingplichtigen²⁶⁸. Dit omdat de Staatssecretaris Nederlandse banken renteaftrek wil geven om zo in de pas te lopen met buitenlandse banken. Naar mijn mening is het creëren van een level playing field met buitenlandse banken dan ook geen rechtvaardigingsgrond voor de selectiviteit van art. 29a Wet VPB 1969.

De tweede rechtvaardigingsgrond is volgens de Staatssecretaris dat door invoering van art. 29a Wet VPB 1969 dubbele belasting in de vorm van mismatches wordt voorkomen. In de Wet VPB 1969 is voorkoming van dubbele belasting naar mijn mening een hoofdbeginsel²⁶⁹. Echter, zonder invoering van de maatregel is er geen sprake van dubbele belasting in een binnenlandse situatie. Het AT 1-kapitaal wordt zowel bij de ontvanger als verstrekker gekwalificeerd als eigen vermogen²⁷⁰. Door invoering van art.

²⁶⁶ HvJ EU 6 september 2006, Portugal/Commissie, C-88/03, r.o. 81.

²⁶⁷ Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, Europese Commissie, 17 januari 2014, IP/14/30, punt 139.

²⁶⁸ Gelder, G.C.F. van, en Frankenburg, S.W. (2015). 'Artikel 29a Wet VPB 1969: heiligt het doel de middelen?'. WFR 2015/404.

²⁶⁹ Voorbeeld hiervan is bijvoorbeeld de deelnemingsvrijstelling waarbij aftrek van de vergoeding niet mogelijk is maar de vergoeding bij de ontvanger ook niet wordt belast.

²⁷⁰ Dan wel vreemd vermogen indien er geen sprake is van een deelnemerschapslening.

29a Wet VPB 1969 verandert de kwalificatie alleen naar vreemd vermogen, waarbij de rente aftrekbaar is bij de debiteur maar tevens belast wordt bij de crediteur. In grensoverschrijdende situaties kan de maatregel uiteraard wel dubbele belasting voorkomen. Het is daarbij naar mijn mening echter de vraag of deze rechtvaardigingsgrond zwaar genoeg weegt om de selectiviteit te rechtvaardigen. Naar mijn mening weegt de verstoring op de nationale markt zwaarder dan het voorkomen van mismatches op de internationale markt. Dit volgt naar mijn mening ook uit het arrest CETM/Commissie²⁷¹. Hier werd het argument van de Spaanse overheid, dat de subsidie op rente geen voordeel oplevert omdat de rentestand in concurrerende lidstaten lager was dan in Spanje, als niet voldoende geacht. Naar de mening van *van Gelder en Frankenburg* voldoet art. 29a Wet VPB zeker aan selectiviteit en is dit niet te rechtvaardigen²⁷².

5.3.4 Toe te rekenen aan de staat en bekostigd met staatsmiddelen

Nu er is bepaald dat er een voordeel is en dit voordeel mogelijk selectief is, kan er aan de derde voorwaarde voor verboden staatssteun getoetst worden. De derde voorwaarde voor staatssteun is dat het voordeel met staatsmiddelen bekostigd moet worden en dat dit voordeel is toe te rekenen aan de staat²⁷³. Aangezien art. 29a Wet VPB 1969 is ingevoerd door de wetgever moet de maatregel afkomstig zijn van de staat. Het voordeel is daarmee dus naar mijn mening ook toe te rekenen aan de staat.

Door art. 29a Wet VPB 1969 zijn banken en verzekeraars in staat de vergoeding op AT 1-kapitaal in aftrek te brengen op hun fiscale winst. Dit resulteert in een lagere belastingdruk dan het geval zou zijn indien de vergoeding niet ten laste komt van de fiscale winst. In het arrest Duitsland/Commissie oordeelde het HvJ EU dat het afzien van belastingheffing ook kan resulteren in staatssteun²⁷⁴. De invoering van art. 29a Wet VPB 1969 vermindert de potentiële belastingheffing van de Nederlandse overheid en is daarmee bekostigd uit Nederlandse staatsmiddelen. Er wordt dus voldaan aan deze voorwaarde.

²⁷¹ HvJ EU 29 september 2000, Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) / Commissie, T-55/99, r.o. 85.

²⁷² Gelder, G.C.F. van, en Frankenburg, S.W. (2015). 'Artikel 29a Wet VPB 1969: heiligt het doel de middelen?'. WFR 2015/404.

²⁷³ HvJ EU 13 maart 2001, PreussenElektra, C-379/98, r.o. 58

²⁷⁴ HvJ EU 19 september 2000, Duitsland/Commissie, C-156/98, r.o. 25 t/m 27.

5.3.5 Ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer en vervalsing van de mededinging

De vierde en laatste voorwaarde voor staatssteun bestaat feitelijk uit twee aparte criteria. Ten eerste moet de maatregel het handelsverkeer ongunstig beïnvloeden en ten tweede moet de maatregel de mededinging vervalsen. In de praktijk worden deze voorwaarden vaak gezamenlijk behandeld gezien de overlap in deze criteria²⁷⁵.

Indien de steun *“de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt, dan moet dit handelsverkeer worden geacht door de steun te worden beïnvloed”*²⁷⁶. Zoals de Staatssecretaris heeft aangegeven, zullen alle andere lidstaten de renteaftrek hoogstwaarschijnlijk ook toestaan. Het is daardoor de vraag of art. 29a Wet VPB 1969 het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig beïnvloedt. De maatregel beïnvloedt in dat opzicht mogelijk niet de positie van de in Nederland gelegen banken ten opzichte van haar concurrerende banken die zijn gelegen in de andere lidstaten. Dit omdat ze beide de vergoeding op AT 1-kapitaal ten laste van hun fiscale winst kunnen brengen. In het Alzetta Mauro-arrest²⁷⁷ oordeelde het HvJ EU echter dat er niet hoeft te worden aangetoond dat de steun daadwerkelijk het intracommunautaire handelsverkeer beïnvloedt. Ook een potentiële invloed is voldoende om te kunnen spreken van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer.

In een ontwerpmededeling²⁷⁸ is de Europese Commissie de volgende mening toegedaan; *“Een voordeel dat wordt verleend aan een onderneming die actief is op een markt die open staat voor concurrentie, zal doorgaans worden geacht de mededinging te vervalsen en kan ook het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden.”*²⁷⁹ Aangezien de banken zich bevinden op een markt die open staat voor concurrentie wordt er dus al snel voldaan aan de criteria.

Daarnaast oordeelde het HvJ EU in het arrest Italië/Commissie dat de commissie niet *“noodzakelijkerwijs de daadwerkelijke weerslag van die steun op de mededinging of het handelsverkeer tussen lidstaten”* hoefde aan te tonen²⁸⁰. Ook daardoor wordt er naar

²⁷⁵ HvJ EU EU 15 juni 2000, Alzetta Mauro e.a. / Commissie, gevoegde zaken T-298/97 e.v., r.o. 81.

²⁷⁶ HvJ EU 17 september 1980, Philip Morris Holland/Commissie, C-730/79, r.o. 11.

²⁷⁷ HvJ EU 15 juni 2000, Alzetta Mauro, T-298/97, r.o. 78.

²⁷⁸ De ontwerpmededeling stond tot 14 maart 2014 open voor opmerkingen. Sindsdien is er nog geen vervolg hieraan gegeven door de Europese Commissie.

²⁷⁹ Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, Europese Commissie, 17 januari 2014, IP/14/30, punt 191.

²⁸⁰ HvJ EU EU 4 september 2009, Italië/Commissie, T-211/05, r.o. 157 t/m 160.

mijn mening al snel voldaan aan deze voorwaarden. Nu nog niet zeker is dat alle lidstaten aftrek van de vergoeding op AT 1-kapitaal zullen toestaan, beïnvloedt de maatregel potentieel het intracommunautaire handelsverkeer en vervalst het mogelijk de mededinging. Ook indien veel lidstaten de aftrek wel toestaan, kan het beperken van de aftrek in een beperkt aantal lidstaten er alsnog voor zorgen dat er voldaan wordt aan deze voorwaarden. Dit omdat art. 29a Wet VPB 1969 dan tot gevolg heeft dat de positie van Nederlandse banken in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt wordt ten opzichte van de banken die deze aftrek niet hebben. De maatregel vervalst daarmee direct de mededinging. Ik ben dan ook van mening dat art. 29a Wet VPB 1969 het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig beïnvloedt en tevens de mededinging vervalst.

5.3.6 Toegestane steunmaatregelen

De leden 2 en 3 van art. 107 VwEU bevatten uitzonderingen op de hoofdregel van lid 1. Steunmaatregelen zijn in bepaalde situaties toegestaan mits de maatregel aan de Europese Commissie is voorgelegd en deze de maatregel goedkeurt. De toegestane steunmaatregelen zien voornamelijk op steun na rampen en aan de consument. Art. 29a Wet VPB 1969 voldoet niet aan zowel lid 2 als 3 van art. 107 VwEU.

5.3.7 (On)Geoorloofde staatssteun

Elke steunmaatregel dient krachtens art. 108, lid 3 VwEU voorgelegd te worden aan de Europese Commissie voordat deze wordt ingevoerd. Dit wordt ook de “stand still”-bepaling genoemd. De lidstaat moet eerst goedkeuring verkrijgen voordat de maatregel wordt ingevoerd. Gezien het standpunt van de Staatssecretaris is het merkwaardig dat dit niet gedaan is. Naar zijn mening is er namelijk geen sprake van Staatssteun waardoor het voorleggen ook geen problemen met zich mee zou brengen. Nu de Staatssecretaris de maatregel niet heeft voorgelegd kan dit verstrekkende gevolgen hebben indien de maatregel toch wordt gekwalificeerd als verboden staatssteun. Indien de maatregel namelijk verboden staatssteun oplevert terwijl deze niet is voorgelegd kan Nederland verplicht worden om alle steun terug te vorderen²⁸¹. Belanghebbende kan via een klachtprocedure de Europese Commissie op de (mogelijk) verboden staatssteun wijzen waarna Europese Commissie een onderzoek in kan stellen. Daarnaast kan de Europese Commissie echter ook zelf een onderzoek instellen. Nederland mag tijdens dit onderzoek de maatregel aanpassen waardoor de Europese Commissie tot de conclusie

²⁸¹ Artikel 14 van verordening (EG) 659/99/EG.

kan komen dat de maatregel na wijziging geen verboden staatssteun betreft²⁸². Daarnaast kan de Europese Commissie ook vaststellen dat er onder voorbehoud geen sprake is van verboden staatssteun²⁸³. De steunmaatregel dient dan aangepast te worden aan de hand van deze voorwaarden. Indien Nederland deze wijzigingen niet doorvoert kan de Europese Commissie Nederland dagen voor het HvJ EU²⁸⁴.

5.3.8 Conclusie

Art. 29a Wet VPB 1969 levert dus een selectief voordeel op dat bekostigd wordt uit staatsmiddelen, beïnvloedt het handelsverkeer ongunstig en vervalst de mededinging. In beginsel is er dus sprake van verboden staatssteun. Het zal echter de vraag zijn of de voorkoming van internationale dubbele belasting de selectiviteit kan rechtvaardigen. Naar mijn mening is dit niet het geval en gaat de verstoring op de nationale markt voor op de mismatches op de internationale markt. Indien de maatregel niet als selectief wordt bevonden, is art. 29a Wet VPB 1969 niet in strijd zijn met art. 107 wet VwEU. Indien de maatregel echter wel selectief wordt bevonden, kan de Europese Commissie een onderzoek instellen²⁸⁵. Indien de Europese Commissie concludeert dat art. 29a Wet VPB 1969 verboden staatssteun oplevert zal zij Nederland verplichten om alle steun terug te vorderen²⁸⁶.

5.4 AT 1-kapitaalhouders

Zoals beschreven in hoofdstuk 4 bestaan de AT 1-kapitaalhouders voornamelijk uit institutionele beleggers. De Staatssecretaris heeft aangegeven dat de vergoeding op AT 1-kapitaal ook bij de ontvanger in de belastingheffing betrokken moet worden om zo een consequente behandeling te bewerkstelligen²⁸⁷. In binnenlandse situaties is de opmerking van de Staatssecretaris te plaatsen. Dit omdat de tekst van art. 29a Wet VPB 1969 de kwalificatie van AT 1-kapitaal niet beperkt tot de uitgevende instelling. Het AT 1-kapitaal wordt in de binnenlandse situatie dus ook bij de ontvanger gekwalificeerd als vreemd vermogen waardoor de rente belast is²⁸⁸. Een uitzondering zijn de pensioenfondsen aangezien deze zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting²⁸⁹. Pensioenfondsen beheren bijna de helft van het totaal door institutioneel beleggers

²⁸² Artikel 7, lid 2, verordening (EG) 659/99/EG.

²⁸³ Artikel 7, lid 3, verordening (EG) 659/99/EG.

²⁸⁴ Artikel 23, verordening (EG) 659/99/EG.

²⁸⁵ Art. 108, lid 1, VwEU.

²⁸⁶ Artikel 14 van verordening (EG) 659/99/EG.

²⁸⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr. 4. Zie tevens paragraaf 4.3.

²⁸⁸ Overige renteaftrekbepalingen in de Wet VPB 1969 daargelaten.

²⁸⁹ Art. 5, lid 2, Wet VPB 1969.

beheerde activa²⁹⁰. Nu AT 1-kapitaal voornamelijk wordt gehouden door institutionele beleggers wordt veel van het AT 1-kapitaal daarom gehouden door pensioenfondsen. De renteopbrengst op AT 1-kapitaal wordt in de binnenlandse situaties in veel gevallen hierdoor niet belast. Dit terwijl de bank middels art. 29a Wet VPB 1969 wel aftrek geniet. Daarnaast kent de Nederlandse inkomstenbelasting box 3, waarin een forfaitair rendement van 4% wordt aangehouden, waarover 30% belasting wordt geheven²⁹¹. Indien een belastingplichtige dus investeert in AT 1-kapitaal²⁹² en dit vermogen in box 3 valt, wordt de belastingplichtige effectief voor 1,2% belast. De bank verkrijgt echter een aftrekpost van 25%, zijnde het Nederlandse vennootschapsbelastingtarief.

Naar mijn mening is de opmerking van de Staatssecretaris in binnenlandse situaties goed te plaatsen. Hoewel de aftrek en opbrengst niet in alle gevallen volledig coherent zijn komt dit gebrek voort uit de keuze om pensioenfondsen vrij te stellen van belastingheffing dan wel de keuze voor een forfaitair rendement in box 3 Wet IB 2001. Dit “voordeel” staat dan ook naar mijn mening los van art. 29a Wet VPB 1969. Dit omdat zowel het pensioenfonds als de particulier het instrument als vreemd vermogen kwalificeert. Dat het belastingtarief echter verschilt, is een keuze van de wetgever geweest die losstaat van de invoering van art. 29a Wet VPB 1969.

Indien de AT 1-kapitaalhouder zich echter in het buitenland bevindt is de uitspraak van de Staatssecretaris naar mijn mening merkwaardig. Nederland kan op geen manier de kwalificatie van AT 1-kapitaal beïnvloeden in het buitenland. Of AT 1-kapitaal wel of niet wordt gekwalificeerd als vreemd vermogen valt dan ook buiten het toepassingsbereik van Nederlandse wetgever. Indien het AT 1-kapitaal overigens wordt gekwalificeerd als vreemd vermogen dan nog is het de vraag of de vergoeding in de heffing wordt betrokken. De renteontvanger kan zich namelijk ook bevinden in een land dat geen winstbelasting kent²⁹³. Het is dan onmogelijk voor de Nederlandse wetgever om de belastingheffing over de renteopbrengst te bepalen. Voor toepassing van art. 29a Wet VPB 1969 is naar de letter van de wet naar mijn mening overigens niet vereist dat de rente bij de ontvanger wordt belast. Indien de renteopbrengst dus niet belast is sluit dit toepassing van art. 29a Wet VPB 1969 bij de rentebetaler niet uit. De opmerking van de Staatssecretaris voegt daarom naar mijn mening dan ook niet veel toe.

²⁹⁰ In 2013 werd €1.013 miljard van de in totaal door institutionele beleggers gehouden activa van €2.091 miljard gehouden door pensioenfondsen. Statline, 27 juli 2015.

²⁹¹ Art. 5.2, lid 1, Wet VPB 1969.

²⁹² Hierbij dient nog opgemerkt te worden dat dit niet veel voorkomt. Dit omdat een minimaal instapbedrag van €200.000 wordt geëist.

²⁹³ Bijvoorbeeld de Verenigde Arabische Emiraten dat alleen een winstbelasting voor de olie en gas sector kent.

5.5 Onzakelijke lening

Nu de verboden staatssteun is behandeld, wordt art. 29a Wet VPB 1969 afgezet tegen de onzakelijke lening. In de vakliteratuur wordt deze vergelijking tussen de onzakelijke lening en de AT 1-kapitaalverstrekking gemaakt²⁹⁴. *Van Merrienboer* is van mening dat de invoering van art. 29a Wet VPB 1969 gevolgen heeft voor de onzakelijke lening. Zowel de onzakelijke lening als AT 1-kapitaal bevindt zich in het grijze gebied tussen vreemd vermogen en eigen vermogen. Door invoering van art. 29a Wet VPB 1969 wordt AT 1-kapitaal fiscaal gekwalificeerd als vreemd vermogen. Bij de onzakelijke lening²⁹⁵ daarentegen “*slaat de balans niet volledig door naar 100% vreemd vermogen en ook niet volledig door naar 100% eigen vermogen. De balans blijft in evenwicht*”²⁹⁶. Nu door invoering van art. 29a Wet VPB 1969 AT 1-kapitaal wordt gekwalificeerd als vreemd vermogen is *Van Merrienboer* van mening dat ook de onzakelijke lening gekwalificeerd dient te worden als vreemd vermogen. Dit omdat er anders een ongelijk speelveld wordt gecreëerd tussen banken en het bedrijfsleven. Naar de mening van *Van Merrienboer* kan dit gelijke speelveld gecreëerd worden indien “*het wetsvoorstel zal leiden tot het einde van de onzakelijke lening*”²⁹⁷.

Naar mijn mening is de vergelijking tussen de onzakelijke lening en AT 1-kapitaal niet correct. De beweegreden voor het verstrekken van de onzakelijke lening komt voort uit aandeelhoudersmotieven. De schuldeiser is namelijk bereid een risico te aanvaarden dat een onafhankelijke derde nooit zou aanvaarden²⁹⁸. Om die reden verplaatst de onzakelijke lening zich naar de kapitaalsfeer. AT 1-kapitaal daarentegen kan allereerst verkregen worden van een derde waardoor in die situatie de voorwaarden altijd zakelijk zijn. Ten tweede, indien AT 1-kapitaal verkregen wordt van een gelieerde entiteit²⁹⁹, hoeft hier nog niet een onzakelijk debiteurenrisico aanwezig te zijn. Ook de gelieerde entiteit kan tegen dezelfde voorwaarden als een derde lenen. Daarnaast zorgt de verliesabsorptieclausule ervoor dat een onzakelijk debiteurenrisico op AT 1-kapitaal lastig wordt. Dit omdat, als de uitgevende entiteit er zo slecht voor staat dat er sprake

²⁹⁴ Merrienboer, F.M.A.M. van. (2014). ‘De safe haven voor de banken en de safe haven voor de onzakelijke lening’. WFR 2014/952.

²⁹⁵ De onzakelijke lening is die lening die een onzakelijk debiteurenrisico kent en niet door aanpassing van de vergoeding zakelijk gemaakt kan worden zonder dat deze vergoeding sterk afhankelijk van de winst wordt. Zie paragraaf 2.3.5 voor verdere informatie.

²⁹⁶ Merrienboer, F.M.A.M. van. (2014). ‘De safe haven voor de banken en de safe haven voor de onzakelijke lening’. WFR 2014/952.

²⁹⁷ Merrienboer, F.M.A.M. van. (2014). ‘De safe haven voor de banken en de safe haven voor de onzakelijke lening’. WFR 2014/952.

²⁹⁸ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37, r.o. 3.3.3.

²⁹⁹ Krachtens art. 52, onderdeel b, sub ii van de Verordening (EU) No. 575/2013 mag AT 1-kapitaal overigens niet uitgegeven worden aan dochterentiteiten van de instelling. AT 1-kapitaal zal dus alleen verkregen kunnen worden van de (indirecte) moederentiteit(en).

kan zijn van een onzakelijk debiteurenrisico, het AT 1-kapitaal dan hoogstwaarschijnlijk direct bij uitgifte omgezet zal worden in CET 1-kapitaal. Ook in gelieerde situaties is AT 1-kapitaal daarom naar mijn mening niet te vergelijken met de onzakelijke lening. Het is daarom naar mijn mening niet terecht dat *Van Merrienboer* de onzakelijke lening als vreemd vermogen wil kwalificeren, omdat AT 1-kapitaal door art. 29a Wet VPB 1969 als vreemd vermogen wordt gekwalificeerd. Dit omdat AT 1-kapitaal en de onzakelijke lening niet met elkaar zijn te vergelijken. Daarnaast vraag ik mij ook af hoe *van Merrienboer* de onzakelijke lening onder art. 29a Wet VPB 1969 wil scharen. Het artikel ziet specifiek op AT 1-kapitaal, waardoor ik niet kan plaatsen hoe dit artikel een einde kan maken aan de onzakelijke lening.

5.6 Dividendbelasting

Art. 29a Wet VPB 1969 is louter opgenomen in de Wet VPB 1969. Het is daarbij de vraag hoe de vergoeding op AT 1-kapitaal dient te worden behandeld voor de dividendbelasting. Dividendbelasting wordt geheven van *“degenen die – rechtsreeks of door middel van certificaten – gerechtigd zijn tot de opbrengsten van aandelen in, en winstbewijzen van en geldleningen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel d, van de wet op de vennootschapsbelasting 1969”*³⁰⁰. AT 1-kapitaal wordt niet verkregen door het uitgeven van aandelen of winstbewijzen. Op vergoeding van AT 1-kapitaal is daardoor dus alleen dividendbelasting verschuldigd indien AT 1-kapitaal wordt gekwalificeerd als geldlening, zoals opgenomen in art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel van art. 29a Wet VPB 1969 in de Eerste Kamer zijn er verschillende vragen gesteld over hoe AT 1-kapitaal in de dividendbelasting behandeld moet worden³⁰¹. De Staatssecretaris gaf aan dat AT 1-kapitaal naar zijn mening, ook zonder invoering van art. 29a Wet VPB 1969, valt onder art. 10, lid 1, onderdeel c in plaats van art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969. Onderdeel c van het artikel is niet opgenomen in artikel 1 wet DB 1965 waardoor belastingheffing achterwege blijft, aldus de Staatssecretaris³⁰². Art. 10, lid 1, onderdeel c Wet VPB 1969 luidt als volgt: *“bij het bepalen van de winst komen niet in aftrek...alle vergoedingen voor kapitaalverstrekkingen door oprichters, aandeelhouders, leden, deelnemers of deelgerechtigden als zodanig”*.

³⁰⁰ Artikel 1, lid 1, wet op de dividendbelasting 1965

³⁰¹ Kamerstukken I, 2014/15, 33 950, B.

³⁰² Kamerstukken I 2013/14, nr. C, 33 950, blz. 2.

Zoals in hoofdstuk 4 uiteengezet, kan AT 1-kapitaal worden gekwalificeerd als eigen vermogen. Daarnaast is, indien AT 1-kapitaals als vreemd vermogen wordt gekwalificeerd, de herkwalificatie als deelnemerschapslening ook denkbaar. De uitspraak van de Staatssecretaris is in dat opzicht naar mijn mening dan ook op zijn minst opmerkelijk. Indien AT 1-kapitaal namelijk als deelnemerschapslening wordt gekwalificeerd, dan valt het instrument onder art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969. Inhouding van dividendbelasting moet dan wel plaatsvinden bij uitkeringen op dit instrument³⁰³.

De Vries merkt daarnaast op dat de uitspraak van de Staatssecretaris een “*prikkelende fiscale werkelijkheid*” tot gevolg heeft³⁰⁴. Hoewel de Staatssecretaris namelijk van mening is dat AT 1-kapitaal civiel en fiscaal wordt gekwalificeerd als eigen vermogen, behoeft er geen dividendbelasting te worden ingehouden over vergoedingen op dit kapitaal. Dit heeft tot gevolg dat financiële instrumenten met dezelfde eigenschappen als AT 1-kapitaal voordeliger worden behandeld ten opzichte van regulier aandelenkapitaal in situaties waarbij de dividendbelasting een eindheffing is.

Danenberg merkt nog op dat door de uitspraak van de Staatssecretaris het voor belastingplichtigen die geen bank dan wel verzekeraar zijn relatief eenvoudig is geworden om dividendbelasting te voorkomen³⁰⁵. Indien zij namelijk instrumenten op de markt brengen met soortgelijke eigenschappen als AT 1-kapitaal, vallen deze instrumenten niet onder de dividendbelasting.

Door invoering van art. 29a Wet VPB 1969 heeft de Staatssecretaris bewerkstelligd dat AT 1-kapitaal fiscaal als vreemd vermogen fungeert. Het zou niet in lijn zijn met die gedachte om vervolgens wel dividendbelasting in te houden op deze “rente” vergoeding. Enige frictie levert dit uiteraard wel op aangezien art. 29a Wet VPB 1969 geen directe werking kent in de wet DB 1965. Door AT 1-kapitaal onder art. 10, lid 1, onderdeel c. te scharen heeft de Staatssecretaris naar mijn mening een praktische weg gevonden om art. 29a Wet VPB 1969 toch door te trekken naar de wet DB 1965. Dit kan echter nog wel onzekerheid opleveren in de praktijk. Het zal mogelijk minder duidelijk zijn wanneer er wel of geen dividendbelasting dient ingehouden te worden. De wetgever had er dan naar mijn mening ook beter aan gedaan om AT 1-kapitaal expliciet uit te sluiten

³⁰³ Onder Art 1, lid 1 wet DB 1965 valt namelijk ook de deelnemerschapslening.

³⁰⁴ Vries, R.J. de. (2015). ‘Fiscale en civiele werkelijkheid’. WFR 2015/38.

³⁰⁵ Danenburg S. (2015). ‘Artikelsgewijs commentaar art. 29a Wet VPB 1969 Aanvullend Tier 1-kapitaal’. NDFR.

van de dividendbelasting. Dit had hij kunnen doen door een artikel in de Wet DB 1965 op te nemen waarin staat dat heffing achterwege blijft voor vergoedingen zoals opgenomen in art. 29a Wet VPB 1969. Dit zou elke onzekerheid wegnemen.

Nadat AT 1-kapitaal overigens is omgezet in aandelenkapitaal omdat de ratio's van de bank zijn verslechterd tot onder het minimum, is er wel dividendbelasting verschuldigd. Dit omdat er dan sprake is van normale aandelen. De vergoeding op aandelen valt onder "opbrengst van aandelen" van art. 1, lid 1 Wet DB 1965

5.7 Conclusie

In het hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal:

Wat zijn de mogelijke consequenties van de invoering van art. 29a Wet VPB 1969 met betrekking tot huidige wetgeving en jurisprudentie?

Hoewel de deelvraag vrij breed is opgezet is het antwoord opgedeeld in vijf hoofdpunten, namelijk strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel, verboden staatssteun, de houder van AT 1-kapitaal, de onzakelijke lening en de dividendbelasting.

Art. 29a Wet VPB 1969 is naar mijn mening niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel zoals opgenomen in art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR . Dit omdat er aan de hand van jurisprudentie geoordeeld kan worden dat banken en andere ondernemingen niet gelijke gevallen zijn. Banken houden naar de aard van hun bedrijfsactiviteiten meer vreemd vermogen aan. Om die reden is de Hoge Raad van mening dat banken en andere ondernemingen niet gelijk zijn aan elkaar.

Hoewel een juridisch beroep op het gelijkheidsbeginsel naar mijn mening zou stranden blijft naar mijn mening art. 29a Wet VPB 1969 een merkwaardig artikel gezien de gelijkheid van belastingplichtigen. Dat banken ervoor kiezen om minder eigen vermogen aan te houden maakt naar mijn mening de onderneming niet anders dan een niet-financiële onderneming. Daarnaast geniet de bank relatief al meer voordeel in de vorm van renteaftrek. Door invoering van art. 29a Wet VPB 1969 wordt dit voordeel alleen maar groter, iets wat naar mijn mening niet terecht is.

Art. 29a Wet VPB 1969 levert een selectief voordeel op dat uit de staatsmiddelen wordt bekostigd, beïnvloedt het handelsverkeer ongunstig en vervalst de mededinging. Dan rest de vraag of de maatregel mogelijk te rechtvaardigen is. Art. 29a Wet VPB voorkomt

namelijk internationale dubbele belastingheffing. Het voorkomen van dubbele belasting is tevens een hoofdregel in de Wet VPB 1969. Om die reden vloeit de maatregel voort uit de hoofdregel van de desbetreffende wetgeving. Het zal echter de vraag zijn hoeveel gewicht er aan deze rechtvaardiging gegeven kan worden. In een nationale situatie voorkomt de maatregel namelijk geen dubbele belasting en veroorzaakt deze wel een voordeel voor een bepaalde groep belastingplichtige. Naar mijn mening weegt de nationale verstoring zwaarder dan het voorkomen van mismatches en is de maatregel dan ook niet te rechtvaardigen.

De Staatssecretaris heeft ook nog aangegeven dat de rentevergoeding op AT 1-kapitaal bij de ontvanger in de heffing dient te worden betrokken. In de Nederlandse situatie is de opmerking van de Staatssecretaris naar mijn mening te plaatsen. In de internationale situatie is de opmerking overbodig. Dit omdat de Nederlandse wetgever niets te zeggen heeft over de fiscale kwalificatie van het instrument dan wel de heffing op de rentevergoeding. Art. 29a Wet VPB 1969 is ook niet zo vormgegeven dat toepassing wordt geweigerd indien de renteopbrengst niet belast is. De opmerking van de Staatssecretaris voegt naar mijn mening dan ook weinig toe.

Van *Merrienboer* is daarnaast van mening dat art. 29a Wet VPB 1969 een ongelijk speelveld creëert ten opzichte van de onzakelijke lening. Naar mijn mening zijn de onzakelijke lening en AT 1-kapitaal niet met elkaar te vergelijken. Dit omdat AT 1-kapitaal voornamelijk van derden aangetrokken wordt. De voorwaarden van deze instrumenten zijn dan nooit onzakelijk. Ook in een gelieerde situatie kan een lening verschaft worden onder zakelijke voorwaarden. Ik ben dan ook van mening dat art. 29a Wet VPB 1969 geen problemen oplevert met betrekking tot de onzakelijke lening.

Tot slot is het nog de vraag aan bod gekomen hoe een vergoeding op AT 1-kapitaal onder de dividendbelasting wordt behandeld. Art. 29a Wet VPB 1969 is namelijk alleen opgenomen in de vennootschapsbelasting. De Staatssecretaris is daarbij van mening dat AT 1-kapitaal onder art. 10, lid 1, onderdeel c Wet VPB 1969 valt. Heffing van dividendbelasting blijft daardoor achterwege. Dit heeft mogelijk wel tot gevolg dat instrumenten met dezelfde eigenschappen als AT 1-kapitaal ook niet onder de dividendbelasting vallen. Dit terwijl zij wel worden gekwalificeerd als eigen vermogen.

Art. 29a Wet VPB 1969 levert dus mogelijk problemen op met betrekking tot de huidige wetgeving en jurisprudentie. Vooral het verboden staatssteun-risico is naar mijn mening

een reëel risico dat, indien er wordt vastgesteld dat het verboden staatssteun is, grote gevolgen kan hebben. Zo kan de Europese Commissie Nederland verplichten de staatssteun terug te vorderen.

HOOFDSTUK 6: Toetsing en conclusie

In deze thesis staat de volgende onderzoeksvraag centraal:

Welk gevolg heeft de invoering van art. 29a Wet VPB 1969 op de financiering van banken en ontstaat er hierdoor een ongelijk speelveld ten opzichte van andere ondernemingen?

Bij beantwoording van deze onderzoeksvraag is getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, de effectiviteit en de Europese wetgeving. Hieronder zal op elk van de punten ingegaan worden waarna antwoord wordt gegeven op de onderzoeksvraag.

6.1 Het gelijkheidsbeginsel

Aangezien een voorwaardelijke terugbetalingsverplichting voldoende is en het AT 1-kapitaal in rangorde boven het eigen vermogen staat bij liquidatie ben ik van mening dat AT 1-kapitaal civielrechtelijk als vreemd vermogen wordt gekwalificeerd. Of het AT 1-kapitaal wordt gekwalificeerd als deelnemerschapslening hangt af van de voorwaarden waaraan het instrument is uitgegeven. De vergoeding op AT 1-kapitaal is echter mogelijk winstafhankelijk, AT 1-kapitaal is achtergesteld ten opzichte van alle concurrente schuldeisers en kan een looptijd van tien jaar of langer hebben. Het is daardoor mijns inziens mogelijk dat AT 1-kapitaal fiscaal wordt gekwalificeerd als deelnemerschapslening. Dit heeft krachtens art. 10, lid 1, onderdeel d Wet VPB 1969 tot gevolg dat rentelasten niet aftrekbaar zijn voor de fiscale winstbepaling zonder toepassing van art. 29a Wet VPB 1969.

Door art. 29a Wet VPB 1969 wordt het AT 1-kapitaal bij het bepalen van de winst gekwalificeerd als vreemd vermogen. Hierdoor wordt aftrek van de vergoeding op dit AT-kapitaal alsnog toegestaan. Nu art. 29a Wet VPB alleen open staat voor banken en verzekeraars levert dit mogelijk een ongelijk behandeling van gelijke gevallen op. Dit is in strijd met het gelijkheidsbeginsel zoals opgenomen in art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR. In de jurisprudentie is echter geoordeeld dat banken en andere ondernemingen niet gelijke gevallen zijn. Banken houden naar de aard van hun bedrijfsactiviteiten meer vreemd vermogen aan. Om die reden is de Hoge Raad van mening dat banken en andere ondernemingen niet gelijk zijn aan elkaar. Art. 29a wet VPB 1969 is dan ook niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Hoewel een juridisch beroep op het gelijkheidsbeginsel zou stranden is naar mijn mening art. 29a Wet VPB 1969 een merkwaardig artikel gezien de gelijkheid van belastingplichtigen. Dat banken ervoor kiezen om minder eigen vermogen aan te

houden maakt naar mijn mening de onderneming niet anders dan een niet-financiële onderneming. Daarnaast geniet de bank relatief al meer voordeel in de vorm van renteaftrek. Door invoering van art. 29a Wet VPB 1969 wordt dit voordeel alleen maar groter, iets wat naar mijn mening niet terecht is.

6.2 Effectiviteit

Met de invoering van art. 29a Wet VPB 1969 heeft de wetgever bepaalde keuzes gemaakt die naar mijn mening de effectiviteit van het artikel niet hebben bevorderd.

Zo heeft de Staatssecretaris aangegeven dat de rentevergoeding op AT 1-kapitaal bij de ontvanger in de heffing dient te worden betrokken. In de Nederlandse situatie is de opmerking van de Staatssecretaris naar mijn mening te plaatsen. In de internationale situatie is de opmerking overbodig. Dit omdat de Nederlandse wetgever niets te zeggen heeft over de fiscale kwalificatie van het instrument dan wel de heffing op de rentevergoeding. Art. 29a Wet VPB 1969 is ook niet zo vormgegeven dat toepassing wordt geweigerd indien de renteopbrengst niet belast is. Hoewel de opmerking van de Staatssecretaris de effectiviteit van art. 29a Wet VPB 1969 niet direct beïnvloedt is de opmerking naar mijn mening wel overbodig.

Daarnaast heeft de Staatssecretaris aangegeven dat AT 1-kapitaal onder art. 10, lid 1, onderdeel c Wet VPB 1969 valt. Heffing van dividendbelasting blijft daardoor achterwege. Dit heeft mogelijk tot gevolg dat instrumenten met dezelfde eigenschappen als AT 1-kapitaal ook niet onder de dividendbelasting vallen. Dit terwijl zij wel worden gekwalificeerd als eigen vermogen. Dit kan naar mijn mening onzekerheid opleveren voor belastingplichtigen. Er wordt nu namelijk geen dividendbelasting ingehouden op instrumenten die wel worden gekwalificeerd als eigen vermogen wat onzekerheid op kan leveren voor belastingplichtigen. De onzekerheid die hierdoor ontstaat maakt art. 29a Wet VPB 1969 minder effectief. De wetgever had er naar mijn mening beter aan gedaan om de vergoeding op AT 1-kapitaal uit te sluiten van dividendbelasting door het opnemen van een artikel in de Wet DB 1965.

6.3 Europese wetgeving

Wat betreft Europese wetgeving is het risico op verboden staatssteun uiteengezet. Art. 29a Wet VPB 1969 levert een selectief voordeel op dat uit de staatsmiddelen wordt bekostigd, beïnvloedt het handelsverkeer ongunstig en vervalst de mededinging. Dan rest de vraag of de maatregel mogelijk te rechtvaardigen is. Art. 29a Wet VPB voorkomt

namelijk internationale dubbele belastingheffing. Het voorkomen van dubbele belasting is tevens een hoofdregel in de Wet VPB 1969. Om die reden vloeit de maatregel voort uit de hoofdregel van de desbetreffende wetgeving. Het zal echter de vraag zijn hoeveel gewicht er aan deze rechtvaardiging gegeven kan worden. In een nationale situatie voorkomt de maatregel namelijk geen dubbele belasting en veroorzaakt deze wel een voordeel voor een bepaalde groep belastingplichtigen. Naar mijn mening weegt de nationale verstoring zwaarder dan het voorkomen van mismatches en is de maatregel dan ook niet te rechtvaardigen. Er is daardoor naar mijn mening een reëel risico dat art. 29a Wet VPB 1969 als verboden staatssteun wordt gekwalificeerd. Indien er wordt vastgesteld dat art. 29a Wet VPB 1969 verboden staatssteun is kan dit grote gevolgen hebben voor Nederland. Zo kan de Europese Commissie in het ongunstigste geval Nederland verplichten de staatssteun terug te vorderen.

Daarnaast is het merkwaardig dat de Staatssecretaris de maatregel niet heeft voorgelegd aan de Europese Commissie. Dit omdat hierdoor zekerheid verkregen zou zijn wat betreft verboden staatssteun. Zeker gezien het feit dat de Staatssecretaris van mening is dat art. 29a Wet VPB 1969 geen verboden staatssteun is, had het voorleggen van de maatregel alleen maar duidelijk gegeven.

6.4 Beantwoording onderzoeksvraag

Als laatste rest mij om de onderzoeksvraag te beantwoorden, zijnde:

Welk gevolg heeft de invoering van art. 29a Wet VPB 1969 op de financiering van banken en ontstaat er hierdoor een ongelijk speelveld ten opzichte van andere ondernemingen?

Door invoering van art. 29a Wet VPB 1969 wordt bewerkstelligd dat banken de vergoeding op AT 1-kapitaal ten laste van hun winst mogen brengen. Zonder invoering van dit artikel wordt AT 1-kapitaal mogelijk geherkwalificeerd tot deelnemerschapslening waardoor aftrek niet mogelijk is. Het gevolg voor de financiering van banken is daarmee dat zij de rente wel mogen aftrekken.

Wat betreft het ongelijke speelveld, art. 29a Wet VPB 1969 levert naar mijn mening zeker een ongelijk speelveld op. Dit omdat banken beter worden behandeld dan andere belastingplichtigen. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel zal naar mijn mening echter niet slagen gezien de grote vrijheid die de wetgever heeft bij het opstellen van wetten. Een reëel risico op verboden staatssteun is daarentegen naar mijn mening wel aanwezig.

Literatuurlijst

Artikelen:

- Danenburg, S. (2015). 'Artikelsgewijs commentaar art. 29a Wet VPB 1969 Aanvullend Tier 1-kapitaal'. NDFR.
- Geithner, T. F., (2010) 'Written Testimony House Committee on Financial Services', Press center U.S. Department of the Treasury, 23 maart 2010.
- Gelder, G.C.F. van, en Frankenberg, S.W. (2015). 'Artikel 29a Wet VPB 1969: heiligt het doel de middelen?'. WFR 2015/404.
- Gribnau, J.L.M. (2000). 'Perspectieven op het gelijkheidsbeginsel'. WFR 2000/902.
- Gunst, H. de (2013). 'De fiscale kwalificatie van 'Additional Tier 1'-instrumenten uitgegeven door banken'. WFR 2013/691.
- Joosen, B.P.M. (2014). 'Inwerkingtreding van CRR en CRD IV: de voltooiing van de Bazel III implementatie'. Tijdschrift voor Financieel Recht, Vol. 16, No. 3.
- Kormelink, M.A. en Smit, D.S. (2006). 'De deelnemerschapslening en de deelnemingsvrijstelling: beschouwing naar aanleiding van HR 25 november 2005 BNB 2006/82 (prêt participatif)'. WFR 2006/1337.
- Merrienboer, F.M.A.M. van. (2014). 'De safe haven voor de banken en de safe haven voor de onzakelijke lening'. WFR 2014/952.
- Modigliani, F. en Miller, M.H. (1958). 'The cost of capital, corporate finance and the theory of investment'. American Economic Review Vol. 48, No. 3.
- Pozsar, Z., Adrian T., Ashcraft, A. en Boesky H. (2010). 'Shadow Banking'. Federal Reserve Bank of New York.
- Snoei, R. en Fibbe, G.K. (2010). 'De fiscale kwalificatie van de overeenkomst van gevestigde of altijddurende rente ("perpetual")'. WFR 2010/664.
- Vakstudie Nieuws, Antwoorden op vragen over aanvullend kapitaal, V-N 2014/36.17.
- Vries, R.J. de. (2015). 'Fiscale en civiele werkelijkheid'. WFR 2015/38.

Boeken:

- Bouwman, J.N. (2002). *Geldvorderingen in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*,
- Brealey R.A., Myers S.C. en Allen F. (2014). *Principles of Corporate Finance*, Mc Graw Hill.
- Davis, G. (2002). *A history of money. From ancient times to present day*, University of Wales Press.
- Fiscale geschriften. Kluwer. Deventer.

Happé, R.H. (2009). *Vriendenbundel: Draaicirkels van formeel belastingrecht, "Het gelijkheidsbeginsel: de rechtspraak van het EHRM biedt meer ruimte dan de Hoge Raad benut"*, Sdu. Den Haag.

Kumar, R. (2014). *'Strategies of Banks and Other Financial Institutions: Theories and Cases'*, Academic Press Elsevier.

Ijsselmuiden T.S. (2008). *Groene Serie Rechtspersonen*. Kluwer. Deventer.

Redactie. (2015). *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Inkomstenbelasting*. Kluwer. Deventer.

Poelmann, E. (2015). *Cursus Belastingrecht Formeel Belastingrecht*. Kluwer. Deventer.

Schaick, A.C. van. (2015). Asser 7-VIII*. *Bijzondere Overeenkomsten*. Kluwer. Deventer.

Strien, J. Van. (2008). *Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting*. Fiscale monografieën nr. 119. Kluwer. Deventer.

Vermeulen, H. (2015). *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*. Kluwer. Deventer.

Rapporten:

Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems. Basel committee on Banking Supervision. 2010.

Capital Requirements - CRD IV/CRR – Frequently Asked Questions. Europese Commissie. 2013.

De kredietcrisis en de Nederlandse Economie. CPB Memorandum. no. 210. 2009.

Economic Crisis in Europe: Causes, Consequences and Responses, Europese Commissie, European Economy. no. 7. 2009.

Global Financial Stability Report. IMF. 2011.

International convergence of capital measurement and capital standards. Basel Committee on Banking Supervision. Juli 1988.

Ontwerpmededeling van de Commissie betreffende het begrip "staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Europese Commissie. 17 januari 2014. IP/14/30.

The 2008 Crisis and Taxation Policy, European Commission, Working Paper, no. 20 2010.

The financial crisis inquiry report. US National Commission. 2011.

Kamerstukken:

Kamerstukken I, 2014/15, 33 950, B.

Kamerstukken I 2014/15, 33 950, C.

Kamerstukken II 2013/14, 32 013, Nr. 48.

Kamerstukken II 2013/14, 32 013, nr. 58.

Kamerstukken II 2013/14, 32 013, nr. 76.

Kamerstukken II 2013/14, 33 849, nr. 3.

Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr 2.

Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr 4.

Kamerstukken II 2013/14, 33 950, nr. 6.

Stb 2014, nr. 304.

Stb. 2014, nr. 481.

Stb. 2014, nr. 578.

Nieuwsartikelen:

Sudip Kar-Gupta, Reuters, "BNP freezes \$2.2 bln of funds over subprime", 9 augustus 2007.

Declaration of the Summit on Financial Markets and the World Economy, Press release G20, 15 november 2008.

Group of Governors and Heads of Supervision announces higher global minimum capital standards, Basel Committee on Banking Supervision, Ref no:35/2010, 12 september 2010.

DNB stelt extra buffervereisten in voor Nederlandse systeembanken, DNB, 29 april 2014.

Jurisprudentie:

HR 7 februari 1951, B 8939.

HR 23 november 1954, nr. 11 928, BNB 1954/357.

HR 29 juni 1955, nr. 12 404, BNB 1955/302.

HR 24 juni 1964, nr. 15 255, BNB 1964/196.

HR 13 oktober 1983, nr. 21.237, BNB 1983/3.

HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217 (Unileverarrest).

HR 8 juli 1988, nr. 24 964 BNB 1988/302.

HR 14 april 1989, nr. 13 822, NJ 1989/469

HR 15 augustus 1989, nr. 904/88, V-N 1990/771.

HR 3 maart 1993, nr. 28 441, BNB 1993/141.

HR 28 juni 1995, nr. 30 439, BNB 1995/271.

HR 12 november 1997, nr. 30 981, BNB 1998/22.

HR 11 maart 1998, nr. 32 240, BNB 1998/208.

HR 17 februari 1999, nr. 34 151, BNB 1999/176.

HR 10 augustus 2001, nr., 36 662, BNB 2001/364.

HR 29 november 2002, nr. 01/011, NJ 2003/50.
HR 5 september 2003, nr. 37 547, BNB 2003/383.
HR 24 juni 2005, nr. 40 362, BNB 2005/321.
HR 25 november 2006, nr. 40 989, BNB 2006/82.
HR 8 september 2006, nr. 42 015, BNB 2007/104.
HR 9 mei 2008, nr. 43 849, BNB 2008/191.
HR 20 maart 2009, nr. 07/10646, NJ 2009/233.
HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.
HR 29 juni 2012, nr. 11/00482, BNB 2012/247.
HR 22 november 2013, nr. 13/01622, BNB 2014/30.
HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, BNB 2014/79.
HR 7 februari 2014, nr. 12/04640, BNB 2014/80.

Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2010, nr. 09/00523, V-N 2010/62.1.1.

EHRM 23 oktober 1990, nr. 17/1989/233, BNB 1995/244.
EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99, Della Ciaja.

HvJ EU 17 september 1980, Philip Morris Holland/Commissie, C-730/79,
HvJ EU 29 april 1996, Spanje/Commissie, C-342/96.
HvJ EU 1 december 1998, Ecotrade, C-200/97.
HvJ EU EU 15 juni 2000, Alzetta Mauro e.a. / Commissie, gevoegde zaken T-298/97 e.v.
HvJ EU 19 september 2000, Duitsland/Commissie, C-156/98.
HvJ EU 13 maart 2001, PreussenElektra, C-379/98.
HvJ EU 29 september 2000, Confederación Española de Transporte de Mercancías
(CETM) / Commissie, T-55/99.
HvJ EU 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00.
HvJ EU 6 september 2006, Portugal/Commissie, C-88/03.
HvJ EU 15 december 2005, Unicredito Italiano, C-148/04.
HvJ EU EU 4 september 2009, Italië/Commissie, T-211/05.
HvJ EU 8 september 2011, Paint Graphos e.a., gevoegde zaken C-78/08 tot C-80/08.

Websites:

www.dnb.nl:

<http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-201916.jsp>

www.cbs.nl/statline:

www.rabobank.com;

<https://www.rabobank.com/nl/investors/funding/capital/index.html>.

www.ing.com;

<http://www.ing.com/Newsroom/All-news/Press-releases/PR/ING-Group-to-issue-USD-denominated-Additional-Tier-1-securities.htm>.