

Artikel 13L Vennootschapsbelasting: nieuwe troef overheid in strijd tegen excessieve renteaftrek?

Titiaan Keijzer*

De vergoeding op vreemd vermogen komt in de Vennootschapsbelasting (hierna: Vpb) in aftrek bij het bepalen van de fiscale winst, zo is de hoofdregel. Verschillende bepalingen – 10-1-d, 10a, 10b en 15ad Vpb – maken inbreuk op dit beginsel. Per 1 januari 2013 kan artikel 13L Vpb aan dit rijtje worden toegevoegd. De wetgever presenteerde artikel 13L Vpb als het sluitstuk op de rente-aftrekproblematiek.¹ De vraag of dat standpunt terecht is werd reeds door vele schrijvers gesteld. Ik zal de nieuwe regeling niet integraal bespreken, maar enkele punten uitlichten. Aan de hand daarvan wordt bekeken of artikel 13L Vpb daadwerkelijk de “troef” is die de overheid in haar “strijd” tegen excessieve renteaftrek kan helpen.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. In § 1 wordt de achtergrond van artikel 13L Vpb besproken. Vervolgens wordt in § 2 de opzet van de nieuwe regeling kort geschetst. Daarna, in § 3, komt de franchise aan bod. In § 4 wordt de regeling voor uitbreidingsinvesteringen nader besproken en in § 5 volgt het begrip ‘tijdelijke mutaties’. Eventuele ‘gaten’ van artikel 13L Vpb worden in § 6 verkend. Er wordt afgesloten met een conclusie in § 7.²

1. Achtergrond artikel 13L Vpb

Op 18 september 2003 werd het Bosal-arrest gewezen.³ Hierin is bepaald dat het toenmalige Nederlandse systeem – waarbij een belastingplichtige (rente)kosten ter zake van een binnenlandse deelneming wel van de belastbare winst mocht aftrekken, maar die van een buitenlandse deelneming niet – in strijd was met de Europese vrijheid van vestiging. Als gevolg daarvan heeft Nederland ook aftrek van kosten van deelnemingen uit andere EU-lidstaten toegestaan. Sindsdien heeft de Nederlandse regering de erosie van de heffingsgrondslag die daardoor ontstond – het “Bosal-gat” – niet volledig kunnen of willen repareren.⁴ Wel zijn er de nodige wetswijzigingen geweest om de effecten van het Bosal-arrest te beperken. In dit verband valt te wijzen op de – voormalige – thincap-regeling, de regeling voor houdsterverliezen en de ingevoerde, afgeschafte en vervolgens (in gewijzigde vorm) opnieuw ingevoerde regeling voor overnameschulden.

In het Consultatiedocument van 15 juni 2009 is aandacht besteed aan een mogelijke renteaftrekbeperking ter zake van deelnemingen, maar later dat jaar gaf de Staatssecretaris aan het onderwerp te laten rusten.⁵ Na een rapport, in juni 2011, van het Topteam Hoofdkantoren, waarin werd gesteld dat aftrek achterwege kon blijven voor zover sprake was

* T. A. Keijzer is student Fiscaal Recht en Rechtsgeleerdheid aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Dit artikel vormt een uitwerking van zijn Bachelorscriptie Fiscaal Recht.

¹ *Kamerstukken II* 2011/2012, 33 287, nr. 3, blz. 54.

² De regeling wordt in deze bijdrage niet tot in detail besproken; omwille van de omvang ontbreken bv. de EU-aspecten en de werking van het Reorganisatiebesluit. Voor een meer inleidende uitleg inzake 13L Vpb verwijs ik graag naar het themanummer van september 2012 van *Forfaitair*, 2012/227.

³ HvJ EU 18 september 2003, nr. C-168/01 (Bosal), *BNB* 2003/344, *V-N* 2003/46.10.

⁴ In *WFR* 2011/1008 betoogt J.W. Bellingwout dat het ‘Bosal-gat’ in 2004 door de toenmalige wetgeving bewust is gecreëerd.

⁵ *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 369, nr. 5, *V-N* 2009/30.2.

van “onbedoeld gebruik”, en de motie van de Kamerleden Bashir en Van Vliet⁶ kwam het onderwerp toch weer op de agenda.⁷ In de onderhandelingen, in april 2012, die leidden tot het ‘Kunduz-akkoord’ zag artikel 13L Vpb het levenslicht.

Het lijkt redelijk te zeggen dat de wetgever in dit verhaal niet bepaald een voorbeeld van standvastigheid is. Dát er een nieuwe renteaftrekbeperking komt is vervelend – hoewel met een budgettair belang van €150 miljoen misschien niet onoverkomelijk -, maar wellicht ernstiger is het gebrek aan politieke stabiliteit dat hiervan afstraalt. Daarbij dient bedacht te worden dat investeringen van belastingplichtigen voor lange(re) tijd vastliggen en zekerheid omtrent de renteaftrek daarbij gewenst is.

2. Opzet van de nieuwe regeling

Het uitgangspunt bij het toepassen van de rekenregel van artikel 13L Vpb is dat een lichaam haar deelnemingen met eigen vermogen financiert. Is de waarde van de deelnemingen groter dan het eigen vermogen, dan is er sprake van een deelnemingsschuld. De aftrekbeperking kan als volgt worden berekend:

$$\text{Totale rente en kosten} \times \frac{\left(\frac{\text{deelnemingsschuld 1 jan} + \text{deelnemingsschuld 31 dec}}{2}\right)}{\left(\frac{\text{geldleningen 1 jan} + \text{geldleningen 31 dec}}{2}\right)} - \text{€750.000}$$

Deelneming

Voor het deelnemingsbegrip wordt blijkens lid 8, sub b aangesloten bij de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Vpb. Van een deelneming is, kort gezegd, sprake indien een lichaam ten minste 5% van het nominaal gestort kapitaal van een lichaam houdt. Er is voor toepassing van artikel 13L Vpb ook sprake van een deelneming bij toepassing van de meesleep- en meetrekregeling⁸ of als er sprake is van een kwalificerende beleggingsdeelneming.⁹ De deelnemingen worden ex lid 3 gewaardeerd tegen verkrijgingsprijs. Indien de belastingplichtige een andere waarderingmethode kiest vindt een correctie plaats op grond van lid 4; er dient dan te worden gecorrigeerd voor (formeel en informeel) kapitaalstortingen enerzijds en meegekocht dividend anderzijds.

Het begrip ‘verkrijgingsprijs’ wordt reeds gebruikt in de inkomstenbelasting bij het bepalen van inkomen uit aanmerkelijk belang (artikel 4.21 Wet IB). Tot de introductie van artikel 15ad Vpb was het begrip ‘opgeofferd bedrag’ de geijkte term in de vennootschapsbelasting. De regering heeft laten weten dat de begrippen “niet ver uit elkaar liggen” en dat de “jurisprudentie over het opgeofferd bedrag als uitgangspunt dient te worden genomen”.¹⁰ Het enige verschil lijkt te zitten in de posten die worden genoemd in lid 2 en verder in artikel 13d Vpb, maar meer duidelijkheid van de Staatssecretaris zou de voorkeur hebben gehad.¹¹

⁶ Kamerstukken II, 2010/2011, 32 800, nr. 17.

⁷ V-N 2011/35.14.

⁸ Artikel 13, leden 4 en 5 Vpb. De meesleepregeling bepaalt dat onder de deelnemingsvrijstelling ook winstbewijzen en schuldvorderingen vallen; de meetrekregeling zorgt dat bij een verbonden lichaam in bepaalde gevallen ook sprake is van een deelneming.

⁹ Artikel 13 lid 9 Vpb.

¹⁰ Kamerstukken II 2011/2012, 33 287, nr. 7, blz. 26 en 39.

¹¹ V-N 2012/30.3, p. 27.

Eigen vermogen en geldlening

Onder eigen vermogen wordt het fiscale eigen vermogen verstaan, niet het bedrijfseconomische. Hiertoe behoren ook de fiscale reserves en de hybride lening van artikel 10-1-d Vpb. Leningen waarop 10a en 10b Vpb van toepassing zijn gelden niet als eigen vermogen, maar worden op het vreemd vermogen in mindering gebracht.

Voor wat betreft het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen sluit artikel 13L Vpb aan bij de bestaande jurisprudentie, gebaseerd op het Unilever-arrest.¹² Er is volgens lid 8, sub a van artikel 13L Vpb sprake van een geldlening indien een schuld voortvloeit uit een overeenkomst van geldlening of een vergelijkbare overeenkomst – *financial lease* en huurkoop –, waarbij zonder toepassing van artikel 13L Vpb de rente in aanmerking zou zijn genomen bij het bepalen van de winst.

Rente

Rente is op te vatten als de vergoeding voor een geldlening. Rente op 10a- en 10b-leningen wordt 'weggesneden' uit de component 'rente en kosten' bij de berekening van de aftrekbeperking.¹³ De rente wordt gesteld op hetgeen de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van een concernvennootschap onder, voor het overige gelijke, voorwaarden van een derde zou lenen.¹⁴

Onder kosten van geldleningen (lid 8 sub c) vallen ook bedragen voor het afdekken van renterisico's op geldleningen en valutarisico's op de rente van geldleningen. Valutarisico's op de hoofdsom en kosten en resultaten van swaps op de hoofdsom vallen hier echter niet onder.¹⁵ De gedachte hierachter is dat alle financieringskosten onder het bereik van artikel 13L Vpb vallen en daarmee voor beperking in aanmerking komen. Economisch is het echter niet logisch om bij het berekenen van de aftrekbeperking alle rente wel in aanmerking te nemen en alle valutaresultaten niet, aangezien de rentestand de kracht van een valuta weerspiegelt.¹⁶ De Hoge Raad heeft geoordeeld¹⁷ dat het deel van de rente dat voortvloeit uit de zwakte van de valuta geen kostenpost vormt. Aangezien echter nog wel steeds sprake is van rente, is artikel 13L ook op deze component waarschijnlijk nog steeds van toepassing.¹⁸

3. De franchise

Het bedrag aan rente dat boven de franchise uitgaat komt niet in aftrek. De franchise bedraagt ex lid 1 € 750.000 en zal niet jaarlijks worden geïndexeerd.¹⁹ Deze franchise is net als bij de thincap-regeling ingebouwd om het MKB te ontzien. Het MKB is ten opzichte van het grootbedrijf met meer vreemd vermogen gefinancierd. In vergelijking met het grootbedrijf is de kans op een faillissement groter en de solvabiliteit slechter.²⁰ Daarnaast is het, gezien de verslechterde situatie in de afgelopen jaren, niet onmogelijk dat een bedrijf heeft ingeteerd op zijn reserves. In verband met de verslechterde solvabiliteit zal ook zal het te

¹² HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217.

¹³ Kamerstukken I 2011-2012, 33 287, nr. D, blz. 26.

¹⁴ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37.

¹⁵ J.N. Bouwman, *Wegwijs in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu 2011, p. 214.

¹⁶ O.C.R. Marres, 'Deelnemingsrente', *WFR* 2012/6975, p. 1426.

¹⁷ HR 28 april 1999, nr. 33 122, BNB 1999/313.

¹⁸ J.H.A.M. van Helvoirt, F.W.G. Kam, 'Bovenmatige deelnemingsrente', *MBB* 2012/12, p. 423.

¹⁹ Kamerstukken II 2011/2012, 33 287, nr. 7, blz. 22.

²⁰ W.H.J. Verhoeven en C.K. Smit, *Financiering van MKB bedrijven*, Zoetermeer: EIM 2011, p. 13-22.

betalen bedrag aan renten en kosten hoger liggen. Dit alles vergroot de kans dat een MKB-bedrijf zal aanlopen tegen een beperking van de aftrek van deelnemingsrente.

Bij een rentetarief van 5-10% dekt de franchise €7,5 - €15 miljoen vreemd vermogen. Bedrijven met een balanstotaal tot €43 miljoen worden nog als middelgroot beschouwd.²¹ Hoewel de franchise per lichaam geldt en hier gebruik gemaakt van zou kunnen worden – zie § 6 – is het MKB dus niet per definitie gevrijwaard van de werking van artikel 13L Vpb; ook dergelijke belastingplichtigen kunnen ‘per ongeluk’ tegen een 13L-heffing aanlopen. Wellicht is het een idee dat over enige tijd een evaluatie plaatsvindt over de ervaringen op dit punt.

4. Uitbreidingsinvesteringen

In lid 5 is een uitzondering gemaakt voor deelnemingen voor zover die – hiermee wordt een bezittingentoets geïntroduceerd – een uitbreiding van de operationele activiteit vormen.²² Dergelijke deelnemingen tellen niet mee voor het bepalen van de deelnemingsschuld. Het begrip ‘uitbreidingsinvestering’ is als zodanig niet gedefinieerd; toepassing is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval. Wel zijn tijdens de behandeling enkele voorbeelden gegeven, waarover hieronder meer. Een uitbreidingsinvestering kan zich in drie vormen voordoen, namelijk bij de verwerving of uitbreiding van een belang en in geval van kapitaalbreng in een lichaam. In de eerste twee gevallen worden bestaande aandelen verkregen; in het derde geval gaat het om nieuw uit te geven aandelen.²³ Of de investering kwalificeert dient te worden getoetst op (fiscaal) groepsniveau en dus niet op het niveau van een enkel lichaam.

Er is niet aangesloten bij het begrip ‘ondernemingsactiviteiten’, omdat dit ook ziet op actieve financierings- en terbeschikkingstellingswerkzaamheden (artikelen 2a en 2b Uitvoeringsbeschikking Vpb); die zouden qua inhoud sterk verschillen van operationele activiteiten. Vergelijkt men het begrip ‘operationele activiteiten’ echter met het door de Hoge Raad gedefinieerde concept ‘ondernemingsactiviteiten’²⁴ – een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, gericht op deelname aan het economisch verkeer met het oogmerk om winst te halen, dan lijken de verschillen niet bijster groot. Immers, in welk geval kan men spreken van een operationele activiteit die geen onderneming vormt – of vice versa? Het zou mij niet verbazen indien beide begrippen erg dicht bij elkaar blijken te liggen, met als belangrijkste verschil de eerder genoemde financieringsactiviteiten.

Blijkens de parlementaire behandeling is er bij productie-, distributie- en verkoopactiviteiten sprake van operationele uitbreiding. In het geval van aanzuiveren van operationele verliezen of een afschrijving op een oninbare debiteur is dat het geval. Indien een moeder een oninbare lening aan haar dochter omzet in aandelenkapitaal is het uitblijven van toepassing van lid 5 wettelijk wellicht juist; er vloeien immers geen nieuwe middelen richting de

²¹ Europese Commissie, De nieuwe definitie van KMO's. Informatiebrochure en modelverklaring, 2006.

²² Op de hoofdregel in lid 5 dat een uitbreidingsinvestering niet meetelt bij het bepalen van de deelnemingsschuld wordt in lid 6 een uitzondering gemaakt, als sprake is van een – kort gezegd – *double dip*, of niet wordt voldaan aan de oogmerktoets. Deze uitzonderingen worden hier verder niet besproken.

²³ M.J. van den Berg, ‘Hoe 13L het Bosal-gat moet dichten’, *V&O* 2012/10, p. 176-183.

²⁴ HR 15 november 1967, nr. 15 779, *BNB* 1968/10 (Efteling-arrest).

dochter. Indien echter ter aanzuivering van verliezen daadwerkelijk nieuwe middelen bij de dochter worden ingebracht is dat aan de belastingplichtige wellicht lastiger uit te leggen.

Bij beleggingen en deelnemingen is geen sprake van een operationele uitbreiding, ook niet als deze worden aangekocht door een verzekeraar. Er is wél sprake van operationele uitbreiding indien de ene verzekeraar de andere overneemt, hoewel de bezittingen waarschijnlijk ook grotendeels uit beleggingen zullen bestaan. Daarnaast is er sprake van een uitbreidingsinvestering indien een lichaam dat nog geen activiteiten verricht activiteiten gaat ontplooiën, en in geval van diversificatie van de bedrijfsactiviteiten. Dit is vreemd: het kan dus voorkomen dat bij een uitbreiding van de kernactiviteiten (zijnde het houden van deelnemingen) de investering niet kwalificeert als uitbreidingsinvestering en een investering ter uitbreiding van de niet-kernactiviteiten wel als zodanig. Hier is verduidelijking van de kant van de staatssecretaris gewenst.

De NOB wees tijdens de behandeling nog op het bewijsprobleem dat ontstaat in geval er een kapitaalstorting plaatsvindt. Immers, hoe aan te tonen dat de desbetreffende storting – soms maanden eerder – is geschied met als doel het mogelijk maken van een operationele uitbreiding? De Staatssecretaris wees in dit verband op de mogelijkheid van overleg tussen inspecteur en adviseur – hij laat het dus aan de praktijk om een oplossing te vinden. Als bij belastingplichtige inderdaad het voornemen aanwezig is een storting later aan te wenden voor operationele uitbreiding is het wellicht een idee hier extra nadruk op te leggen in bijvoorbeeld de statuten (nieuw lichaam), een stortingsovereenkomst (bestaand lichaam) of een soortgelijk document. De vervolgvraag is wat voor waarde de Belastingdienst en eventueel de rechter aan dergelijke documenten zouden toekennen. Ook op dit punt is eigenlijk verduidelijking van de staatssecretaris gewenst.

5. Tijdelijke mutaties

Bij het bepalen van het gemiddelde bedrag aan deelnemingsschulden en het gemiddelde bedrag aan geldleningen worden ‘tijdelijke mutaties’ genegeerd voor zover deze plaatsvinden met het oog op het toepassen van artikel 13L Vpb, aldus de laatste volzin van lid 2. Net als het begrip ‘uitbreidingsinvesteringen’ is het begrip ‘tijdelijke mutaties’ niet gedefinieerd. Bij deze ‘tijdelijke mutaties’ is de bedoeling van de belastingplichtige van belang, maar zowel voor de fiscus als voor belastingplichtige doemt hier het probleem op hoe zij deze bedoeling aannemelijk kunnen maken.

Voor beide partijen is een argument wellicht te vinden in het vergelijken van de balans (vlak) voor de peildatum met de balans op de peildatum, aangezien het logisch lijkt dat puur fiscaal gedreven mutaties vlak voor het peilmoment worden uitgevoerd. De administratie moet dan echter wel per die eerdere datum beschikbaar zijn. Wellicht net zo belangrijk is om te zien hoe de balans zich ontwikkelt direct ná het peilmoment. Het lijkt immers eveneens logisch dat puur fiscaal gedreven handelingen vrij snel na het peilmoment zullen worden teruggedraaid.

Ook speelt hier de vraag welke periode nog als ‘tijdelijk’ kan worden aangemerkt. Gaat het hier om een week, twee weken of een maand? Hiervoor zijn mijns inziens geen *hard and fast rules* te geven; gekeken moet worden naar alle omstandigheden van het geval. Wel kan opgemerkt worden dat grote, internationaal opererende ondernemingen eerder gebruik kunnen maken van *cashpooling*-structuren (zie daarvoor lid 9 van artikel 13L Vpb) en sneller

de mogelijkheid hebben om financiering binnen de groep te distribueren, terwijl kleinere belastingplichtigen daartoe wellicht minder middelen beschikbaar hebben. Ook dan dient echter nog steeds gekeken te worden naar alle omstandigheden van het geval, en die kunnen ook voor kleinere belastingplichtigen een andere kant op wijzen. Al met al blijft de ‘tijdelijke mutatie’ een problematisch punt.

6. Gaten?

In het wetsvoorstel wordt uitgegaan van een opbrengst van €150 miljoen.²⁵ Er zijn dus als gevolg van de maatregel geen gedragseffecten te verwachten, noch kan fiscale advisering enige invloed uitoefenen op de hoogte van de opbrengst. Zonder volledigheid na te streven worden hieronder enkele kanttekeningen bij die gedachte geplaatst. Opgemerkt zij allereerst dat er bij het bepalen van de deelnemingsschuld twee ‘knoppen’ zijn waar belastingplichtigen aan kunnen draaien, namelijk het eigen vermogen en het vreemd vermogen. In het algemeen kunnen belastingplichtigen proberen het eigen vermogen te vergroten of het vreemd vermogen te verlagen. Men zou kunnen zeggen dat belastingplichtigen dan precies doen wat de fiscus wil; maar belastingplichtigen kunnen hier natuurlijk wel hun eigen invulling aan geven.

Vergroten eigen vermogen

Het vergroten van het eigen vermogen kan als volgt gaan. Stel, een Nederlandse belastingplichtige moedermaatschappij houdt deelnemingen. Zij kan relatief snel het eigen vermogen vergroten door haar dochtermaatschappijen dividend te laten uitkeren; voorwaarde is dan wel dat deze dochters door de dividenduitkering niet zelf onder het bereik van artikel 13L Vpb komen. De belastingplichtige moedermaatschappij kan vervolgens met deze middelen de aanschaf van deelnemingen financieren, eventueel in daarvoor op te richten dochter (of dochters, zie hieronder) waarin het ontvangen dividend wordt gestort, zonder dat daarbij een deelnemingsschuld ontstaat.

Verlagen vreemd vermogen

Een belastingplichtige kan leningen zijn aangegaan als bedoeld in artikel 10-1-d, 10a of 10b Vpb. Leningen in de zin van 10-1-d Vpb worden voor artikel 13L Vpb aangemerkt als eigen vermogen; 10a- en 10b-leningen worden op het vreemd vermogen in mindering gebracht. Als renteaftrek toch al niet mogelijk is op grond van andere Vpb-bepalingen kan het voor belastingplichtige wellicht lonend zijn – afgezien van andere factoren – 10a- en 10b-leningen om te zetten in eigen vermogen, zodat voor toepassing van artikel 13L Vpb de verhouding van het eigen vermogen ten opzichte van het vreemd vermogen verbetert en de renteaftrekbeperking vermindert. Een – versimpeld – voorbeeld kan dit wellicht verduidelijken.

X BV (bedragen in €mln.)			
Deelneming	175	Eigen vermogen	75
Kas	50	5% lening	150
		<i>waarvan 10b</i>	50
Totaal	225	Totaal	225

²⁵ Kamerstukken II 2011/2012, 33 287, nr. 3, blz. 10.

De 10b-lening wordt in mindering gebracht op het vreemd vermogen, en de betaalde rente wordt niet meegenomen voor artikel 13L Vpb. De aftrekbeperking is op grond van de formule

$$5.000.000 \times \frac{100}{100} - €750.000 = €4.250.000$$

Zet X BV de 10b-lening om, waardoor het eigen vermogen toeneemt tot 125 en het vreemd vermogen daalt tot 100, dan gaat er geen renteaftrek verloren, maar wordt de aftrekbeperking verminderd tot

$$5.000.000 \times \frac{50}{100} - €750.000 = €1.750.000.$$

De franchise

Door de franchise zijn rentekosten tot € 750.000 per belastingplichtige gedekt. Bij een rentetarief van 4-8% is er per belastingplichtig lichaam, zelfs als dat over geen eigen vermogen beschikt, ruimte voor ongeveer € 9 tot € 19 miljoen vreemd vermogen. Het oprichten van vele dochtermaatschappijen zou voor belastingplichtigen kunnen leiden tot meer financiële ruimte.

7. Conclusie

In dit artikel werd onderzocht in hoeverre artikel 13L Vpb een “troef” vormt voor de overheid in haar “strijd” tegen excessieve renteaftrek. De term “sluitstuk” lijkt in ieder geval voorbarig. Artikel 13L Vpb vermindert de aantrekkelijkheid van het Nederlandse vestigingsklimaat, doordat wederom een renteaftrekbeperking aan de reeds bestaande lijst wordt toegevoegd. De regeling is haastig door het parlement geloodst, met onduidelijke begrippen zoals ‘tijdelijke mutaties’ en ‘uitbreidingsinvestering’ tot gevolg. Verder bestaat er geen volledige duidelijkheid over het begrip ‘verkrijgingsprijs’, kan een bewijsprobleem ontstaan bij kapitaalstorting en is het te hopen dat het MKB niet door de nieuwe regeling wordt getroffen. Wellicht is het tijd om fundamentele te gaan nadenken over het principiële onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen. In dat geval is artikel 13L Vpb misschien tóch een troef: door duidelijk te maken in wat voor bochten de wetgever zich moet wringen wordt de discussie een andere richting opgestuurd.