
Het Bosal-arrest

Inleiding

Nederland geniet een goede reputatie als 'holdingland' vanwege de zogenoemde deelnemingsvrijstelling. Deze vrijstelling houdt in dat een Nederlandse moedermaatschappij geen belasting verschuldigd is ter zake van dividenden, ontvangen van een dochtervennootschap. Dankzij deze vrijstelling wordt dubbele belasting vermeden. Immers, het dividend is afkomstig uit winst die de dochtervennootschap behaald heeft en waarover de dochter al belasting betaald heeft. Vrijwel evenzogoed bekend als de vrijstelling is de beperking van de kostenafrek bij de moeder. Het gaat dan om kosten die de moeder maakt en die verband houden met haar aandelenbezit in de dochter, zoals financieringskosten. Deze kosten vormen alleen dan een aftrekpost voor de moeder als de dochter in Nederland belastbare winst behaalt. De facto is dit een kostenafrekbeperking voor buitenlandse deelnemingen, aangezien deze in het algemeen geen winst zullen behalen die in Nederland belastbaar is.

Op 18 september 2003 heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) geoordeeld dat deze kostenafrekbeperking in strijd is met het Europese gemeenschapsrecht. Een Nederlandse moedervernootschap zou daardoor namelijk ervan weerhouden kunnen worden om haar activiteiten via een dochter in een andere lidstaat dan Nederland uit te oefenen. Daags na het arrest van het HvJ EG heeft de ministerraad ingestemd met wettelijke maatregelen om de negatieve budgettaire gevolgen van deze uitspraak te beperken. Er worden drie wijzigingen voorgesteld. De eerste wijziging betreft een aanpassing van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) op grond waarvan deelnemingskosten voortaan aftrekbaar zijn, ongeacht of deze betrekking hebben op een binnenlandse of buitenlandse deelneming. Daarnaast komen er twee reparatiemaatregelen.

De meest ingrijpende is de invoering van zogenoemde *thin capitalisation* regels, op grond waarvan rentekosten niet door de moeder in aftrek mogen worden gebracht

indien en voorzover er sprake is van een teveel aan vreemd vermogen. De andere reparatiemaatregel behelst een beperking van de voorwaartse verliescompensatie van holdings (moedermaatschappijen die, buiten het houden van aandelen, geen operationele activiteiten ontplooiën). Dankzij het Bosal-arrest kunnen houdstermaatschappijen van buitenlandse deelnemingen nu over aanzienlijke verliezen beschikken. De verzilvering van deze verliescompensatie door winstgevendende activiteiten in de holding in te brengen wordt daardoor de pas afgesneden.

De Wet Vpb 1969 en de EG-moeder/dochterrichtlijn

Vóór de invoering van de Wet Vpb 1969 (Wet van 7 oktober 1969, Stb. 1969, 445) kende Nederland een nettovrijstelling. De kosten die de aandeelhouder maakte in verband met een deelneming, waren niet aftrekbaar, ongeacht of de deelneming binnen of buiten Nederland winst behaalde. De wetgever van 1969 achtte het echter onredelijk om in het geheel geen rekening te houden met dergelijke kosten en voerde voor binnenlandse verhoudingen een brutovrijstelling in. Het onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse deelnemingen werd als volgt gemotiveerd (MvT, p. 20 r.k.):

'Leidt het wel in aanmerking nemen van deze kosten tot een gezond resultaat in de binnenlandse verhoudingen, bij deelnemingen van een binnenlandse moeder in een buitenlandse dochter noopt de mogelijkheid dat belanghebbenden de winst van de binnenlandse moeder zouden belasten met aanzienlijke bedragen wegens renten van geldleningen, waarmede de buitenlandse dochter is gefinancierd tot voorzichtigheid.'

In 1990 is de EG-moeder/dochterrichtlijn vastgesteld (Richtlijn nr. 90/435/EEG van 23 juli 1990). Krachtens deze richtlijn moet de uitkering van winst door een Europese dochter aan een Europese moeder zonder heffing van bronbelasting plaatsvinden. Bovendien moet de winst bij de moeder, hetzij worden vrijgesteld, hetzij worden belast onder toekenning van een credit ten bedrage van de belasting die de dochter al heeft betaald. Dit heeft hetzelfde effect als een vrijstelling zolang het effectieve belastingtarief op het niveau van de dochter ten minste zo hoog is geweest als het effectieve tarief bij de moeder. Als de dochter tegen een lager tarief belast is geweest, leidt dit systeem van belastingverrekening tot een bijheffing (naar het niveau van de moeder). Blijkens het hierna te bespreken Bosal-arrest is de volgende passage van de considerans van deze richtlijn relevant:

‘Overwegende dat de huidige fiscale voorschriften voor de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Staten van land tot land aanzienlijke verschillen vertonen en in het algemeen minder gunstig zijn dan de voorschriften voor de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen van dezelfde Lid-Staat; dat de samenwerking tussen vennootschappen van verschillende Lid-Staten hierdoor benadeeld wordt ten opzichte van de samenwerking tussen vennootschappen van dezelfde Lid-Staat; dat deze benadeling moet worden opgeheven door invoering van een gemeenschappelijke regeling en dat hergroeperingen van vennootschappen op communautair niveau aldus vergemakkelijkt moeten worden.’

Het Bosal-arrest

De Nederlandse holding van uitlatenfabrikant Bosal ageerde tegen de beperking van de kostenaf trek die artikel 13 lid 1 Wet Vpb 1969 bevat. In het belastingjaar 1993 maakte de vennootschap kosten ten bedrage van € 1,8 miljoen, die betrekking hadden op deelnemingen in negen andere lidstaten van de EG. Na zowel bij de Belastingdienst (in bezwaar) als bij het Hof Arnhem (in beroep) nul op het rekest gekregen te hebben heeft de Hoge Raad in de cassatieprocedure prejudiciële vragen aan het HvJ EG gesteld. Het antwoord van het HvJ EG luidt:

‘(...) dat de richtlijn, uitgelegd in het licht van artikel 52 van het Verdrag, zich verzet tegen een nationale bepaling op grond waarvan voor de belasting op de winst van een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij de kosten welke verband houden met de deelneming van deze maatschappij in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming slechts mogen worden afgetrokken indien dergelijke kosten middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van winst die in de lidstaat van vestiging van de moedermaatschappij belastbaar is.’

De argumenten die de Nederlandse regering naar voren had gebracht teneinde het ‘gezonde’ resultaat van artikel 13 lid 1 Wet Vpb 1969 te rechtvaardigen, werden alle afgewezen. Het meest tot de verbeelding sprekende argument is het territorialiteitsbeginsel: kosten van een Nederlandse aandeelhouder die te herleiden zijn tot (zeg) Duitse winst, behoren niet via een aftrekpost ten laste van de Nederlandse schatkist te komen, omdat die Duitse winst niet in Nederland wordt belast. Het HvJ EG heeft het territorialiteitsbeginsel erkend in het arrest van

15 mei 1997, Futura Participations en Singer (FED 1998/365). Met betrekking tot Bosal komt het Hof echter tot het oordeel dat het argument irrelevant is. Redengevend daartoe acht het Hof dat het territorialiteitsbeginsel de dochter betreft (zit deze al dan niet in Nederland), terwijl de aftrekbeperking zich tot de moeder richt. Het territorialiteitsbeginsel staat niet toe een Nederlandse moeder ten opzichte van een andere Nederlandse moeder verschillend te behandelen omdat de dochter niet in Nederland belastingplichtig is.

In de Bosal-procedure betrof het EU-dochters waarin de Nederlandse moeder 50% of meer van de aandelen hield. Voor deelnemingen onder de 50% geldt het recht van vrije vestiging niet, maar het recht van vrij kapitaalverkeer zou tot dezelfde uitkomst moeten leiden. Het HvJ EG heeft zich hier echter niet expliciet over uitgelaten in het Bosal-arrest. De advocaat-generaal bij het Hof van Justitie heeft in zijn conclusie verdedigd dat de kostenaf trekbeperking ook geen stand houdt bij deelnemingen, gevestigd in een land van de zogenoemde Europese Economische Ruimte (EER; daarvan maken thans deel uit Liechtenstein, Noorwegen en IJsland). Bij besluit van 2 oktober 2003 heeft de staatssecretaris zich bij dit standpunt aangesloten (nr. DGB2003/5149M).

Reactie wetgever en Belastingdienst

De regering had bij het opstellen van de begroting voor 2004 al rekening gehouden met het verlies van de Bosal-procedure. Ook was er al wetgeving voorbereid die beoogt de budgettaire derving als gevolg van het Bosal-arrest tot aanvaardbare proporties terug te brengen. Deze wetgeving zal door middel van een nota van wijziging in het Belastingplan 2004 worden opgenomen en per 1 januari 2004 in werking treden. De dag na het wijzen van het Bosal-arrest heeft de ministerraad ingestemd met de door het ministerie van Financiën voorgestelde wijzigingen. De nota van wijziging is bij het schrijven van dit artikel nog niet beschikbaar. Uit een persbericht van het ministerie van Financiën van 19 september 2003 blijkt dat men de kostenaf trekbeperking uit het huidige artikel 13 lid 1 Wet Vpb 1969 wil schrappen. Men maakt daarbij geen onderscheid tussen deelnemingen binnen de EU en deelnemingen die daarbuiten zijn gevestigd. Met andere woorden, Nederlandse moeders die kosten maken in verband met hun deelnemingen buiten de EU, kunnen deze kosten in beginsel ook in mindering brengen op hun winst (vanaf 2004). De budgettaire derving wordt primair opgevangen door de introductie van zogenoemde *thin capitalisation* regels. Op grond van deze regels zullen rentekosten niet in aftrek mogen worden gebracht indien en voorzover de Nederlandse vennootschap te

veel met schulden aan verbonden lichamen wordt gefinancierd. Ook vennootschappen die geen deelneming bezitten, kunnen dus worden geconfronteerd met deze wetgeving. De aftrekbeperking komt echter alleen in beeld als men te veel heeft geleend van gelieerde partijen. Bancaire financiering (verkregen zonder dat een garantie van een gelieerde partij nodig was) zal derhalve niet onder deze aftrekbeperking vallen. Een tweede maatregel ziet specifiek op holdings. In veel gevallen zullen houdstermaatschappijen een aanzienlijk bedrag aan verliescompensatie opbouwen ten gevolge van het Bosal-arrest. Vanwege de deelnemingsvrijstelling zullen deze houdsters tot nu toe vrijwel geen belastbare winst hebben behaald. Toepassing van het Bosal-arrest (vóór 2004) en de wetswijziging met ingang van 2004 zal ertoe leiden dat deze holdings over aanzienlijke bedragen van verliescompensatie gaan beschikken. Het huidige artikel 20a Wet Vpb 1969 werpt reeds een dam op tegen de handel in verliesvennootschappen. Het ministerie vindt deze dam kennelijk onvoldoende en wenst een stap verder te gaan door verliesverrekening ook te weigeren als er geen sprake is van handel in verliezen.

Naast Bosal hebben vele andere Nederlandse moeder-vennootschappen hetzelfde standpunt ingenomen. Sommige van deze gevallen liggen voor de rechter, maar in de meeste gevallen zal de fiscus de uitspraak op het ingediende bezwaarschrift hebben aangehouden in afwachting van de uitkomst van het Bosal-arrest. In het hiervoor al kort genoemde besluit van 2 oktober 2003 maakt de staatssecretaris bekend om voor deze andere gevallen de uitspraak van de Hoge Raad in de Bosal-procedure niet af te wachten. Hij instrueert in dit besluit de Belastingdienst om onmiddellijk de bezwaarschriften van deze andere Nederlandse moedervernootschappen af te wikkelen, mits aan de volgende drie voorwaarden is voldaan:

1. Het bezwaarschrift moet ontvankelijk zijn.
2. De belastbare winst van de betreffende deelneming wordt behaald in een lidstaat van de EU of de EER.
3. Artikel 13 lid 1 Wet Vpb 1969 was het enige obsta-

kel dat nog aan de aftrek van de kosten in de weg stond.

Uit de eerste voorwaarde blijkt dat de fiscus niet terugkomt op (definitieve) belastingaanslagen die onherroepelijk vaststaan. Dit is vast beleid, maar het is toch wel onbevredigend dat daarmee de overheid zich miljarden aan belastingopbrengst toe-eigent die in strijd met het Europese recht geheven zijn. Het ministerie van Financiën schat de structurele derving van het Bosal-arrest op € 0,95 miljard (bij gebrek aan het treffen van reparatiemaatregelen). Impliciet ligt in de tweede voorwaarde besloten dat de Belastingdienst de toepassing van het Bosal-arrest niet beperkt tot 50% of meer dochters. Ook minderheidsdeelnemingen komen aldus in aanmerking voor de Bosal-behandeling (dat zijn namelijk ook 'deelnemingen'). De derde voorwaarde betreft vooral kosten waarvan de aftrek mogelijk wordt beperkt door artikel 10a Wet Vpb 1969. Deze bepaling ontzegt een vennootschap de aftrek wanneer de kosten worden opgeroepen door de financiering van een interne verhangning van een deelneming (bijvoorbeeld, ingeval een Nederlandse vennootschap een deelneming koopt van haar buitenlandse aandeelhouder en de koopsom schuldig blijft). De kostenaftrekbeperking van artikel 10a Wet Vpb 1969 blijft (onder meer) buiten toepassing als de (interne) schuld een zakelijk karakter draagt. In het algemeen zal daarvan sprake zijn bij holdings die tot nu toe tegen artikel 13 lid 1 Wet Vpb 1969 aanliepen. De praktijk immers ging tot nu toe uit van de niet-aftrekbaarheid van de rente, althans van het risico daarvan. Om dan toch een schuld aan te gaan duidt niet prima facie op antifiscaal gedrag. De staatssecretaris houdt echter een slag om de arm. Daarmee is het niet onwaarschijnlijk geworden dat de vraag of de aftrekbeperkingen van artikel 13 lid 1 en artikel 10a Wet Vpb 1969 op dezelfde casus toepassing kunnen vinden, aan de rechter voorgelegd gaat worden.

*Mr. W. Bon
Loyens & Loeff*