

De wetswijziging naar aanleiding van het Bosal-arrest

Jan van der Geld

SAMENVATTING Aandacht wordt besteed aan de wetswijzigingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting per 1 januari 2004 naar aanleiding van het Bosal-arrest. Weliswaar is de kostenaftrekbeperking voor kosten in verband met een buitenlandse deelneming vervallen, maar daarvoor is een tweetal nieuwe fiscale maatregelen in de plaats gekomen. Met name de nieuw ingevoerde thin-capitalisationregels zullen voor veel concerns van belang zijn bij de fiscale winstberekening.

1 Inleiding

Op 18 september 2003 heeft het Hof van Justitie van de EG (HvJ EG) het Bosal-arrest gewezen¹. Naar deze uitspraak werd al lang uitgezien, zij het door de Nederlandse overheid de laatste tijd met angst en beven. Deze vrees bleek terecht, want in het arrest werd beslist dat de kostenaftrekbeperking die Nederland in artikel 13, lid 1 Wet Vpb'69 had staan voor kosten die verband houden met buitenlandse deelnemingen², in strijd is met het EG-recht. Het arrest sloeg een fors budgettair gat in de overheidsfinanciën: incidenteel naar schatting 1,6 miljard euro en structureel oplopend tot bijna een miljard euro per jaar. Mede gezien de al slechte financiële positie van de Nederlandse rijksoverheid was het duidelijk dat een reparatie door de wetgever van het arrest geboden was om de ergste budgettaire derving voor de toekomst te voorkomen. Vrijwel direct werd een amendement met reparatievoorstellen op het belastingplan 2004 ingediend³. Deze regels zijn op 1 januari 2004 van kracht geworden⁴. In dit artikel zal kort aandacht

Prof. Dr. J.A.G. van der Geld is fiscaal econoom en als hoogleraar belastingrecht verbonden aan het Fiscaal Instituut van de Universiteit van Tilburg.

worden besteed aan het Bosal-arrest en zal daarna wat dieper worden ingegaan op de ingevoerde en al van kracht zijnde wettelijke reparaties.

2 De deelnemingsvrijstelling en het Bosal-arrest

Een van de kernregelingen in de Nederlandse vennootschapsbelasting is de deelnemingsvrijstelling. Deze stelt bij een kwalificerende moedermaatschappij alle voordelen uit hoofde van haar deelneming in een kwalificerende dochtermaatschappij vrij bij het bepalen van de fiscale winst. Anders dan onder het Besluit Vpb'42 vallen onder die vrijgestelde voordelen onder de huidige wet niet alleen dividenden maar ook koersresultaten op de aandelen in de dochtermaatschappij. Koersverliezen zijn volgens deze hoofdregel dan ook niet aftrekbaar. Daarop heeft de wetgever echter een tweetal uitzonderingen gemaakt: de liquidatieverliesregeling (artikel 13d e.v. Wet Vpb'69) en de regeling in artikel 13ca Wet Vpb'69 inzake tijdelijke verliesneming in de eerste vijf jaar na oprichting of aankoop van een deelneming.

Teneinde al te simpele tax-planning in internationaal verband te voorkomen had de wetgever in artikel 13, lid 1 Wet Vpb'69 bepaald dat kosten die verband houden met de buitenlandse deelneming bij de moedermaatschappij niet in aftrek kunnen worden gebracht⁵. Zo werd voorkomen dat terzake van die buitenlandse deelnemingen in Nederland niets met vennootschapsbelasting te belasten viel (bij de moeder- noch bij de dochtermaatschappij), terwijl de kosten ter zake van die buitenlandse deelneming wel op de Nederlandse fiscale winst van de moedermaatschappij in mindering gebracht konden worden.

In het Bosal-arrest werd door de uitlatenfabrikant met dezelfde naam gesteld dat de hiervoor genoemde kostenaftrekbeperking in strijd was met het EG-recht. Bij dit soort klachten volgt het HvJ EG een vast stramien dat ontwikkeld is in een reeks eerdere arresten. Uitgangspunt is daarbij dat het EG-verdrag in princi-

pe niet direct ziet op de directe belastingen (zoals de inkomsten- en vennootschapsbelasting), omdat die uitdrukkelijk door de verdragsluitende partijen zijn bedoeld te behoren tot de nationale autonomie van iedere lidstaat. Al diverse malen eerder heeft het HvJ EG echter beslist dat de lidstaten die nationale autonomie wel begrensd zien door de bepalingen van het EG-verdrag. Met name zijn dan de verdragsvrijheden van belang: de vrijheid van goederenverkeer, personen- en dienstenverkeer en kapitaalverkeer mogen niet worden belemmerd, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Bij het vrije verkeer van personen moet men dan voor rechtspersonen denken aan het recht van vrije vestiging zoals dat is verwoord in het huidige artikel 43 EG⁶. In de Bosal-zaak oordeelde het HvJ EG dat sprake was van een belemmering van het recht van secundaire vrije vestiging omdat het bezit van een buitenlandse dochtermaatschappij van Bosal fiscaal slechter werd behandeld dan het bezit van een binnenlandse deelneming⁷. Voor deze belemmering achtte het HvJ EG vervolgens ook geen objectieve rechtvaardiging van voldoende gewicht aanwezig. Met name verwierp het Hof het beroep van de Nederlandse regering op de gewenste coherentie in het Nederlandse fiscale systeem. Nederland deed daartoe een beroep op het territorialiteitsbeginsel. Het Hof van Justitie had dit beginsel al eerder ook voor de toepassing van het EG-recht erkend (onder andere in het Futura-arrest), maar oordeelde in de Bosal-zaak dat het territorialiteitsbeginsel slechts tot een rechtvaardiging voor een belemmering van het recht van vrije vestiging zou kunnen leiden indien men dit beginsel per subject en per belasting toepast. Aangezien moeder- en dochtermaatschappij aparte juridische subjecten zijn, was aan die voorwaarden niet voldaan⁸. Omdat in deze bijdrage niet zo zeer het Bosal-arrest centraal staat, maar meer de wetgeving die het heeft opgeroepen, zal ik niet nader ingaan op de vele juridische vragen en bespiegelingen die mogelijk zijn naar aanleiding van het arrest⁹.

3 De reparatiewetgeving

Bij nota van wijziging op het Belastingplan 2004 werd voorgesteld om naar aanleiding van het Bosal-arrest de Nederlandse wet aan te passen. Deze aanpassingen, die inmiddels vanaf 1 januari 2004 kracht van wet hebben en vanaf die datum direct werken (er is dus geen overgangsregeling), behelzen een drietal maatregelen. Allereerst is (uiteraard) de wettelijke aftrekbeperking van kosten in verband met een buitenlandse deelneming in artikel 13, lid 1 Wet Vpb'69 geschrapt.

Daarnaast is in het nieuw ingevoerde artikel 10d Wet Vpb'69 een thin-capitalisationregeling opgenomen die in bepaalde gevallen rente op te veel vreemd vermogen uitsluit van aftrek bij de fiscale winstberekening. In de derde plaats geldt voor boekjaren beginnend op of na 1 januari 2004 dat de verrekening van verliezen is beperkt voor houdster- en concernfinancieringsmaatschappijen. Kort gezegd mogen die verliezen nog slechts verrekenen als hun activiteiten niet substantieel zijn gewijzigd.

3.1 Formele afschaffing aftrekbeperking van kosten in verband met de buitenlandse deelneming

De in de wet opgenomen beperking van de aftrek van kosten in verband met een buitenlandse deelneming is per 1 januari 2004 geschrapt.

Voor die belastingplichtigen die op het punt van de kostenaftrekbeperking in verband met de buitenlandse deelneming bezwaar tegen een aanslag vennootschapsbelasting hadden aangetekend, wordt aan het bezwaar tegemoetgekomen voorzover het kosten betreft in verband met deelnemingen in een EU-lidstaat dan wel een EER-staat¹⁰ en voorzover de kosten niet anderszins qua aftrek zijn beperkt¹¹.

Het valt op dat, ondanks de slechte situatie van de overheidsfinanciën, de regering ervoor heeft gekozen om wettelijk voortaan meer aftrek toe te staan dan waartoe het Bosal-arrest haar verplichtte. Dat arrest is immers gewezen voor EU-dochters. Op grond van de tekst van het EER-Verdrag ligt het voor de hand om het arrest door te trekken naar dochtermaatschappijen in EER-landen. Dat geldt echter niet voor dochtermaatschappijen in derde-landen (niet-EU of niet-EER), zoals de VS, Australië of Japan. Desalniettemin heeft de regering er bewust voor gekozen om ook voor dochters in die derde-landen voortaan de kostenaftrekbeperking te schrappen. Dat is heel wel pleitbaar en wellicht zelfs juridisch geboden¹², maar enigszins vreemd is dan wel dat de staatssecretaris voor het verleden geen aftrek geeft voor dochters in die derde-landen¹³.

Met de afschaffing van de aftrekbeperking in artikel 13, lid 1 Wet Vpb'69 worden vanaf 1 januari 2004 ook de valutaresultaten op '13-1-leningen' weer in de fiscale winst- en verliesfeer gebracht¹⁴. Zoals de staatssecretaris terecht opmerkt¹⁵ is dat ook logisch omdat in elk geval ex ante het valutaresultaat op een schuld in vreemde valuta en de hoogte van de rente op die schuld in hoge mate zijn gecorreleerd (hoe zwakker de valuta, hoe hoger de rente). Wel is de mogelijkheid gebleven om een financieel instrument in te zetten ter afdekking van valutarisico's en vooraf met de inspec-

teur af te spreken dat de uitkomsten van zo'n valuta-risicoafdekkinstrument (in positieve en in negatieve zin) onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

3.2 Nieuwe thin-capitalisationregels

Het meest ingewikkelde van de twee ingevoerde regelingen, die het budgettair door Bosal geslagen gat enigszins moeten dichten, is de nieuwe thin-capitalisationregeling opgenomen in het nieuwe artikel 10d Wet Vpb'69. De ratio achter deze regeling is het opwerpen van een dam tegen al te grote financiering met vreemd vermogen met name als dat binnen een concern wordt verkregen. De hoofdregel van het artikel (opgenomen in de leden 1 en 4) behelst dat geen fiscale renteaftrek wordt verleend indien een belastingplichtige teveel vreemd vermogen heeft. 'Teveel' is gedefinieerd als een verhouding VV:EV groter dan 3:1, waarbij de fiscale balans wordt gehanteerd. Indien men door de hoofdregel wordt getroffen met beperking van de renteaftrek dan is er nog een ontsnapingsclausule opgenomen in de leden 5 en 6 van artikel 10d Wet Vpb'69: belastingplichtige wordt alsnog niet getroffen door beperking van de renteaftrek indien zij niet slechter is gefinancierd (dat wil zeggen niet met meer vreemd vermogen) dan overeenkomt met de commerciële concernratio¹⁶.

Dat het slechts gaat om het bestrijden van renteaftrek van 'verdachte' leningen, zijnde leningen tussen verbonden lichamen, blijkt uit het bepaalde in lid 3 van artikel 10b Wet Vpb'69: de uitsluiting van de renteaftrek (zowel volgens de hoofdregel als wanneer men kiest voor de voordeliger concernratio) geschiedt maximaal tot het bedrag van de (saldo)rente betaald aan verbonden lichamen.

3.2.1 De hoofdregel nader beschouwd

Ten aanzien van de hoofdregel binnen de nieuwe thin-capitalisationregeling verdient een aantal aspecten nadere aandacht.

De hele renteaftrekbeperkingsregeling is blijkens lid 2 van artikel 10d Wet Vpb'69 niet van toepassing als belastingplichtige geen deel uitmaakt van een groep in de zin van het jaarrekeningenrecht (artikel 24b van boek 2 BW). Het doel is blijkbaar om een teveel aan renteaftrek op leningen *binnen een concern* te voorkomen. Dit blijkt ook uit het bepaalde dat de renteaftrekbepanking wordt beperkt tot het bedrag dat per saldo aan verbonden lichamen is verschuldigd¹⁷. Er is dus geen sprake van een *algemene* thin-capitalisation-regeling. Zou zo'n laatste zijn ingevoerd, dan zouden ook schulden aan niet-verbonden personen steeds volledig meetellen.

Anders dan bij de (hierna te bespreken) ontsnapingsclausule van de voordeliger concernratio, wordt de ratio VV:EV bij de hoofdregel bepaald volgens de fiscale balans. Om al te simpele manipulaties en schokken te voorkomen, wordt uitgegaan van gemiddelde cijfers op basis van de situatie per begin en einde van het betreffende jaar.

Indien er een fiscale eenheid ex artikel 15 Wet Vpb'69 is gevormd, wordt de thin-capitalisationregeling toegepast op de gehele fiscale eenheid. Opneming van een dochtermaatschappij in een fiscale eenheid kan leiden tot vergroting of verkleining van het fiscale eigen vermogen. Dat effect is tijdens de parlementaire behandeling onderkend, maar het wordt niet gecorrigeerd¹⁸.

Onder het begrip rente (die eventueel niet aftrekbaar is) vallen tevens de kosten van geldleningen en de kosten om valuta- of renterisico's op leningen af te dekken¹⁹. Valutaresultaten op '13-1-leningen'²⁰ vallen niet onder het rentebegrip maar (desondanks) voortaan weer wel in de fiscale winst- en verliesrekening. Dit is logisch en terecht gezien de slechte ervaringen in de periode tussen 1970 en 1997, toen de rente op een '13-1-lening' en het valutaresultaat op zo'n lening fiscaal verschillend werden behandeld, terwijl die twee grootheden direct (en ex ante, uitgaande van perfecte markten, volledig) zijn gecorreleerd.

Om het midden- en kleinbedrijf te ontzien is in de nieuwe wettelijke regeling (artikel 10d, lid 4) bepaald dat, alvorens sprake kan zijn van een teveel aan vreemd vermogen, de relevante schulden worden verminderd met € 500.000.

Bij het berekenen van de ratio VV:EV is het de vraag wat tot het vreemd en wat tot het eigen vermogen moet worden gerekend. Opmerking verdient het feit dat beide begrippen niet volledig complementair zijn: er is vermogen denkbaar dat niet als eigen vermogen noch als vreemd vermogen kwalificeert. Dat is het geval voor wat betreft de fiscale reserves²¹ alsmede in geval van een hybride schuld die zonder toepassing van artikel 10, lid 1, onderdeel d Wet Vpb'69 geen fiscaal eigen vermogen zou zijn.

Logisch is het dat schulden die om zakelijke redenen renteloos zijn niet meetellen als schuld²². Als er geen renteaftrek plaatsvindt, behoeft die immers ook niet uitgesloten te worden.

Om geen vreemde resultaten te krijgen (zoals een negatief bedrag aan te veel vreemd vermogen) is bepaald dat het eigen vermogen minimaal € 1 bedraagt.

Het volgende, gesimplificeerde en gestileerde, voorbeeld moge dienen ter verduidelijking van de nieuwe regeling.

Gegeven is de gemiddelde fiscale balans (in miljoenen

Tabel 1. Gemiddelde fiscale balans

Vorderingen op groepsmaatschappijen	100	Kapitaal	20
Vorderingen op derden	20	Schulden aan groepsmaatschappijen	150
Overige activa	200	Schulden aan derden	100
		Kostenegalisatiereserve	50
	320		320

euro), samengesteld uit het rekenkundige gemiddelde van de balansen per primo en ultimo van een jaar (zie tabel 1).

De rente op de vorderingen bedraagt 3% per jaar en op de schulden 5% per jaar.

Bij het antwoord op de vraag naar hoe de nieuwe thin-capitalisationregels bij deze casus uitwerken, moet men zich een aantal vragen stellen.

Allereerst is het de vraag of belastingplichtige tot een groep (in de zin van artikel 24b boek 2 BW) behoort. Als dat niet zo is, is de hele regeling niet van toepassing (artikel 10d, lid 2 Wet Vpb'69). We gaan er voor het vervolg van het voorbeeld vanuit dat belastingplichtige inderdaad onderdeel is van een groep.

Vervolgens is het de vraag of er volgens de hoofdregel bij belastingplichtige sprake is van een teveel aan vreemd vermogen. Vreemd vermogen is gedefinieerd als een saldo van (bepaalde) vorderingen en schulden. In het voorbeeld bedraagt het vreemd vermogen 250 (schulden) -/- 120 (vorderingen) = 130. Het eigen vermogen bedraagt 20. Merk daarbij op dat de kostenegalisatiereserve niet tot het eigen vermogen behoort. De (fiscaal relevante) ratio VV:EV is zodoende voor deze belastingplichtige te berekenen op 6,5:1 (130/20). Maximaal acceptabel is een ratio van 3:1, zodat het teveel aan vreemd vermogen in dit geval is te berekenen op 69,5 (130 -/- 3*20 -/-0,5). Het teveel aan vreemd vermogen bedraagt 53% van het totale relevante vreemd vermogen (69,5/130^e deel). De niet-fiscaal aftrekbare rente is dan te berekenen op 53% van 5% (rente) van 130 (saldo-VV) = 3,45.

Dit niet-aftrekbare bedrag kan nog door een tweetal ontsnappingsclausules worden verkleind. Allereerst is in lid 3 van artikel 10d Wet Vpb'69 bepaald dat het bedrag aan niet-aftrekbare rente nooit groter is dan het saldo van de rente betaald en ontvangen op groepsvorderingen en -schulden. In het voorbeeld bedraagt deze limiet 4,5 (5% van 150 -/- 3% van 100), hetgeen niet leidt tot een reële beperking van het niet-aftrekbare bedrag. Dat blijft dus 3,45.

In de laatste plaats is nog in de leden 5 en 6 van arti-

kel 10d Wet Vpb'69 de ontsnappingsclausule geboden van een betere commerciële concernratio dat correspondeert met een ratio VV:EV van 3:1. In dit voorbeeld is er dienaangaande niets gegeven zodat deze mogelijkheid ook niet nader wordt uitgewerkt. Wel wordt er in de navolgende subparagraaf nader op ingegaan.

3.2.2 De commerciële concernratio als ontsnappingsclausule

Dat deze ontsnappingsclausule is opgenomen moet mijns inziens positief worden beoordeeld. Deze zorgt er immers voor dat concerns, die blijkens de objectieve omstandigheden niet geacht kunnen worden om fiscale redenen aan deze belastingplichtige veel vreemd vermogen te hebben gealloceerd, de renteaftrekkingsbeperkingen terecht ontspringen. De keuze om aan te sluiten bij het begrip groep zoals we dat kennen voor het jaarrekeningenrecht kan soms tot lastige vragen leiden²³, maar lijkt mij ook toe te juichen met het oog op de wens te komen tot zo weinig mogelijk extra administratieve lasten. Eén lastige vraag is tijdens de parlementaire behandeling al beantwoord: als belastingplichtige niet tot één maar meerdere groepen behoort dan wordt voor deze concerntoets de groep met het grootste balanstotaal genomen.

De keuze voor de commerciële groepsratio kan elk jaar opnieuw worden gemaakt zonder dat hier een bestendige gedragslijn is vereist.

3.3 Beperking verliesverrekening holding- en concernfinancieringsmaatschappijen

Al weer geruime tijd kennen we in de Nederlandse vennootschapsbelasting de wettelijke mogelijkheid om fiscaal verlies dat in een bepaald jaar wordt geleden drie jaar terug te wentelen of (als er daarna nog verlies onverrekend is gebleven) zelfs onbeperkt vooruit te wentelen. Aan het artikel waarin deze verliesverrekening is geregeld (artikel 20 Wet Vpb'69) is sinds 1 januari 2004 een drietal artikelleden (4 t/m 6) toegevoegd. De kern van de nieuwe regeling houdt in

dat houdster- en/of concernfinancieringsmaatschappijen hun verliezen nog slechts mogen verrekenen met hun winsten van andere jaren indien de activiteiten niet zijn gewijzigd en er ook geen verschuiving heeft plaats gevonden van houdster- naar financieringsactiviteiten.

Van een houdster- en/of concernfinancieringsmaatschappij is sprake indien de feitelijke werkzaamheden van een lichaam voor 90% of meer bestaan uit het houden van deelnemingen of het (direct of indirect) financieren van concernmaatschappijen. Indien ten minste 25 fulltime medewerkers in dienst zijn, die zich met andere zaken dan de houdster- en/of concernfinancieringsactiviteiten bezighouden, is bij wets-fictie nooit sprake van 'besmette' activiteiten die de kwalificatie houdster- en/of concernfinancieringsmaatschappij opleveren.

De regeling is door de wetgever slecht gemotiveerd en vindt zijn rechtvaardiging primair in de wens om degenen die profiteren van het Bosal-arrest zoveel mogelijk ook te laten 'terugbetalen' via de reparatiemaatregelen. Terecht is door Essers de vraag opgeworpen of de regeling door zijn (vermoede) selectieve uitwerking (primair Nederlandse holdings met buitenlandse dochters worden getroffen) niet in strijd komt met het EG-recht²⁴. Ook als die strijd er niet zou zijn, verdient deze regeling geen schoonheidsprijs. Normaliter is immers voor de verrekening van verliezen het soort ondernemersactiviteiten dat een belastingplichtige ontplooit niet van belang. Voor de bestrijding van de handel in verlieslichamen heeft de wetgever in artikel 20a Wet Vpb'69 een regeling opgenomen. Ook bij die regeling, die voor alle Vpb-plichtige lichamen geldt, is niet van belang wat voor soort ondernemingsactiviteiten belastingplichtige ontplooit. De nu gecreëerde speciale regeling voor houdster- en financieringsmaatschappijen is mijns inziens daarom een opportunistische inbreuk op de normale regels die voor de verliesverrekening gelden, die primair zijn rechtvaardiging vindt in de budgettaire noden van de schatkist in combinatie met de wens om de prijs van de reparatie zoveel mogelijk te laten betalen door diegenen die van het Bosalarrest profiteren.

4 Beoordeling van de nieuwe regels en conclusies

Het was duidelijk dat er na het budgettaire gat dat het Bosal-arrest heeft geslagen moest worden gerepareerd. De keuze voor de uitgevoerde reparatie is echter omstreden. Niet alleen laat de reparatie fundamentele fouten in het systeem in wezen ongemoeid

(aan de volstrekt verschillende fiscale behandeling van vreemd en eigen vermogen wordt ten principale niets gedaan), maar daarenboven roept de nieuwe wettelijke regeling, die bedoeld is om de Nederlandse wet beter met het EG-recht te laten sporen, EG-rechtelijk weer nieuwe vraagpunten op. Zo is het de vraag of de nieuw geïntroduceerde thin-capitalisationregeling (resultierend in een renteaftrekbepanking binnen concernverband) wel met de rente- en royalty-richtlijn van de EU spoort²⁵. Daarnaast is het de vraag of de ingevoerde beperking van de verliesverrekening niet in strijd komt met het EG-recht omdat de facto vooral Nederlandse holdings met buitenlandse dochters worden getroffen.

Een ander groot bezwaar van de reparatieregeling is dat de thin-capitalisationregeling niet in de plaats komt van andere al aanwezige renteaftrekbepenkende regels (in onder andere de artikelen 10a, 10, lid 1, onderdeel d en 15ad Wet Vpb'69), maar er weer bovenop komt. We hebben inmiddels het stadium bereikt dat de vennootschapsbelasting een mijnenveld is geworden waarin zelfs fiscale adviseurs gemakkelijk verdwalen. Hoe triest is de situatie dan niet voor de directies van de belastingplichtigen, die geen fiscale opleiding hebben genoten? Het wordt hoog tijd dat er eens goed en fundamenteel over onze vennootschapsbelasting wordt nagedacht, waarbij de vernieuwde heffing op een theoretisch stevig fundament gebaseerd moet zijn, moet sporen met het EG-recht en oog moet hebben voor de Nederlandse fiscale concurrentiepositie. Voorwaar geen geringe opgave, die staatssecretaris Wijn vermoedelijk met enige aarzeling op zich af ziet komen. Het alternatief is echter doormodderen zoals we nu doen met een wet die onleesbaar is en waarin diverse anti-misbruikbepalingen op elkaar zijn gestapeld, hetgeen vooral vervelend is voor de goedwillende belastingplichtigen, die niet bij elke handeling maximaal fiscaal geadviseerd zijn. ■

Literatuur

- Essers, P.H.J., (2003), De Bosal-wetgeving en het Titanic-gevoel, in: *Weekblad Fiscaal Recht*, 27 november, nr. 6554, pp. 1843-1844.
- Heithuis, E.J.W., (2003), De reparatiewetgeving naar aanleiding van het Bosal-arrest: een gemiste kans!, in: *Weekblad Fiscaal Recht*, 27 november, nr. 6554, pp. 1869-1875.
- Maatoug, H en J.P. Boer, (2004), Two is a party, three is a crowd (I), in: *Maandblad Belastingbschouwingen (MBB)*, februari, nr. 2, pp. 49-60.
- Maatoug, H en J.P. Boer, (2004), Two is a party, three is a crowd (II), in: *Maandblad Belastingbschouwingen (MBB)*, maart, nr. 3, pp. 99-108.
- Weber, D.M., (2003a), Column. Debt-equity ratio om thin capitalisation problemen te voorkomen?, in: *Weekblad Fiscaal Recht*, 27 februari, nr. 6518, pp. 315-316.

Weber, D.M., (2003b), Het Bosal Holding-arrest: analyse, kritiek en gevolgen, in: *Weekblad Fiscaal Recht*, 27 november 2003, nr. 6554, pp. 1844-1868.

Noten

- 1 Arrest van 18 september 2003, nr. C-168/01, onder andere gepubliceerd in BNB 2003/344, Vakstudie Nieuws 2003/46.10 en het Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht (NTFR) 2003/1594.
- 2 De belangrijkste categorie die tot deze niet-aftrekbare kosten behoorde, was rente op leningen aangegaan ter verwerving van de aandelen in een buitenlandse dochtermaatschappij of ter verhoging van het kapitaal van de buitenlandse dochtermaatschappij.
- 3 Zie Kamerstuknummer 19.210, nr. 8.
- 4 Wet van 18-12-2003, Staatsblad 526. Overigens wordt de budgettaire derving door de nieuwe wettelijke regeling slechts gedeeltelijk gecompenseerd. Per saldo kosten het Bosal-arrest en de erop volgende wettelijke 'reparatie' naar schatting nog steeds structureel € 450 miljoen per jaar.
- 5 Dat werd door de wetgever wat ingewikkeld verwoord door te reppen van aftrekbaarheid indien de kosten 'middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van in Nederland belastbare winst'.
- 6 Het EG-verdrag is, behalve inhoudelijk gewijzigd, bij het verdrag van Amsterdam ook hernummerd. Het huidige artikel 43 EG correspondeert met het oude artikel 52 van het EG-verdrag.
- 7 Uit eerdere rechtspraak van het HvJ EG was al duidelijk geworden dat bij deelnemingen van meer dan 50% de vrijheid van vestiging in het geding is, terwijl bij niet-meerderheidsdeelnemingen toetsing aan de regels voor een vrij kapitaalverkeer plaatsvindt. Net als in veel gevallen leidt dat overigens hier niet tot een andere conclusie: ook voor minderheidsdeelnemingen in buitenlandse dochtermaatschappijen is het in strijd met het EG-recht (nu de vrijheid van kapitaalverkeer) om de kosten die verband houden met die deelnemingen niet in aftrek toe te laten bij de fiscale winstberekening van de moedermaatschappij.
- 8 Op deze invulling door het HvJ EG van het territorialiteitsbeginsel is wel het nodige af te dingen omdat het om een objectief beginsel gaat dat nu juist uitgaat van het territoir van een land en niet van het subject. Uiteindelijk is uiteraard wel het subject van belang, omdat zonder subject geen belasting betaald wordt, maar dat is slechts noodgedwongen en in tweede instantie.
- 9 Voor een grondige exegese van het arrest moge ik verwijzen naar het artikel Weber (2003b).
- 10 EER staat voor Europese Economische Ruimte. Tot de EER-staten behoren nu nog Noorwegen, IJsland en Liechtenstein. Tot aan hun lidmaatschap van de EU hebben ook tot de EER-landen behoord: Finland, Oostenrijk en Zweden.
- 11 Zie dienaangaande het Besluit van de staatssecretaris van 2 oktober 2003, nr. DGB2003/5149M, onder andere gepubliceerd in NTFR 2003/1665 en VN 2003/49.15.
- 12 Argumenten om te concluderen tot een juridische plicht om ook de kosten in verband met een deelneming in een derde land in aftrek toe te moeten laten, kunnen worden gevonden in de mensenrechtenverdragen, die discriminatie verbieden, individuele belastingverdragen of

het EG-verdrag, dat bij de formulering van de vrijheid van kapitaalverkeer deze niet beperkt tot binnen de EU.

- 13 Zie zijn eerder genoemd besluit van 2 oktober 2003, nr. DGB2003/5149M. Over de vraag of voor het verleden de kostenafgrekbeperking van artikel 13, lid 1 Wet Vpb'69 ook voor dochters in derde-landen in strijd met het recht is, wordt overigens nog geprocedeerd.
- 14 Deze valutaresultaten waren nu juist sinds 1 januari 1997 buiten de fiscale winst- en verliesfeer gebracht. De staatssecretaris is van mening dat ook zonder wettelijke overgangsregeling er bij nieuwe wetgeving moet worden gecompartmenteerd. Dat impliceert in dit geval dat valutaresultaten op '13-1-schulden' die materieel thuis horen vóór 1 januari 2004 fiscaal nog zijn vrijgesteld, terwijl de valutaresultaten die materieel thuis horen in de periode na 31 december 2003 in de fiscale winst vallen. Deze compartimentering is dus onafhankelijk van het tijdstip waarop een valutawinst of verlies daadwerkelijk wordt gerealiseerd.
- 15 Zie Kamerstuknummer 29.210, nr. C, Nota naar aanleiding van het verslag Eerste Kamer, p. 21.
- 16 De achterliggende gedachte bij deze ontsnapingsclausule is dat de financiering niet geacht wordt om fiscale redenen met te veel vreemd vermogen te zijn geschied indien de mate van vreemd vermogen niet ongunstig afwijkt van de concernratio.
- 17 Deze in lid 2 van artikel 10d Wet Vpb'69 opgenomen regeling bepaalt dat ten hoogste van aftrek wordt uitgesloten het saldo van de betaalde en de ontvangen rente op vorderingen en schulden binnen concern. Voor deze regeling wordt niet aangesloten bij het groepsbegrip van artikel 25b boek 2 BW maar bij het eigen fiscale concernbegrip dat is opgenomen in artikel 10a, leden 4 en 6 Wet Vpb'69. Opvallend is dat, terwijl de wetgever op andere plaatsen binnen het fiscaal recht leningen van verbonden natuurlijke personen binnen de werkingsfeer van antimisbruikwetgeving heeft gebracht, deze leningen hier (nog) niet meetellen.
- 18 Zie onder andere Kamerstuknummer 29.210, Nota naar aanleiding van het verslag Eerste Kamer, p. 15.
- 19 Kamerstuknummer 29.210, nr. 8 (Nota van wijziging), p. 16.
- 20 Dat zijn leningen die verband houden met een buitenlandse deelneming.
- 21 Die eigenlijk ten onrechte als zodanig worden aangeduid omdat het in bedrijfseconomische zin voorzieningen zijn.
- 22 Genoemd zijn onder andere kortlopend leverancierskrediet alsmede te ontvangen of te betalen belasting die niet zijn te kwalificeren als geldleningen die tot het relevante vreemd vermogen behoren.
- 23 Een groep wordt in artikel 24b boek 2 BW enigszins vaag omschreven als een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden.
- 24 Zie Essers (2003) in het aan het Bosal-arrest en de daardoor opgeroepen wetgeving gewijde themanummer van het Weekblad Fiscaal Recht van 27 november 2003.
- 25 De vraag is door meerdere schrijvers al opgeworpen. Zie onder andere Weber (2003a).

Colofon

MAB

Uitgegeven in opdracht van de Redactie van het Maandblad voor Accountancy en Bedrijfs-economie door Reed Business Information bv

REDACTIE (* lid kernredactie)

Accountantscontrole

Prof. Dr. A.J. Bindenga *
Prof. Dr. R.J.M. Dassen *
Prof. Dr. H.F.D. Hassink
Dr. P. Klijnsmit
Prof. Dr. R.H.G. Meuwissen
Prof. W.P. Moleveld
Prof. Dr. E.E.O. Roos Lindgreen

Externe Verslaggeving

Prof. Mr. Dr. H. Beckman
Prof. Dr. W.F.J. Buijink
Prof. Dr. D.W. Feenstra
Prof. Dr. M.N. Hoogendoorn * (voorzitter)
Prof. Dr. L.G. van der Tas
Prof. Dr. R.G.A. Vergoossen *
Prof. Dr. Mr. F. van der Wel

Bestuurlijke Informatieverzorging

Prof. Dr. H.P.M. Jägers
Prof. Drs. P.L.A.M. van Kessel
Prof. Dr. W.F. de Koning
Prof. Dr. O.C. van Leeuwen *
Prof. Dr. E.H.J. Vaassen
Prof. Dr. Ph. Wallage * (penningmeester)

Management Accounting

Prof. Dr. Ir. M.H. Corbey
Prof. Dr. T.L.C.M. Groot *
Prof. Dr. G.J. van Helden *
Prof. Dr. J. v.d. Meer-Kooistra
Prof. Dr. B. Versteegen
Prof. Dr. E.G.J. Vosselman
Prof. Dr. Ir. M.J.F. Wouters

Financiering

Dr. D. Bams
Prof. Dr. A.B. Dorsman
Dr. J.H. von Eije
Prof. Dr. A.C.C. Herst *
Dr. S.R.G. Ongena

Organisatie en Management

Prof. Dr. P.G.W. Jansen
Prof. Dr. J. Paauwe
Prof. Dr. J. Strikwerda
Prof. Dr. H.W. Volberda

Overige vakgebieden

Prof. Mr. A.F.M. Dorrestijn
Prof. Dr. P.S.H. Leeftang
Prof. Dr. A.C. Rijkers
Prof. Dr. P.S. Zwart

Hoofredacteur

Drs. C.D. Knoops *
telefoon 010-4081324
telefax 010-4089171
e-mail: knoops@few.eur.nl

REDACTIESECRETARIAAT

De Boer Management Support
Mevr. H.P. de Boer
Postbus 8075
9702 KB Groningen
telefoon 050-5274061
telefax 050-5274438
e-mail: deboer@dbms.nl
www.mab-online.nl

AUTEURSINSTRUCTIE

Auteurs die overwegen een bijdrage in te zenden, wordt verzocht kennis te nemen van de aanwijzingen voor auteurs, die bij het secretariaat op aanvraag verkrijgbaar zijn. Het indienen van een conceptartikel wordt geacht in te houden:

- dat de auteur het volledige auteursrecht op het werk bezit;
- dat het artikel niet eerder, in welke taal dan ook, is gepubliceerd;
- dat met publicatie geen geheimhoudingsplicht wordt geschonden;
- dat het – na publicatie – niet zonder toestemming van de redactie elders, al dan niet in vertaling, zal worden gepubliceerd.

Boeken ter recensie en alle andere stukken voor de redactie zende men aan het redactie-secretariaat.

© Auteursrecht voorbehouden

Behoudens de door de wet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd en/of openbaar gemaakt zonder schriftelijke toestemming van de redactie, die daartoe door de auteur(s) met uitsluiting van ieder ander is gemachtigd.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden auteur(s), redactie en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor eventuele verbeteringen van de opgenomen informatie houden zij zich gaarne aanbevolen.

BUREAU REDACTIE

Reed Business Information bv
Mevr. M. Keyzer
telefoon 020-5159776
telefax 020-5159717
e-mail: marianne.keyzer@reedbusiness.nl

ADVERTENTIES

Elsevier Media Amsterdam
Telefoon 020-5159666
Fax 020-5159633
e-mail: info.ema@reedbusiness.nl
www.ema-online.nl
geldend advertentietarief 1-1-2004

ABONNEMENTEN

Wij verzoeken u alle correspondentie met betrekking tot de abonnementsadministratie, zoals adreswijzigingen enz., te versturen aan: Reed Business Information bv Afdeling Klantenservice Postbus 808 7000 AV Doetinchem telefoon 0314-358358 e-mail: klantenadministratie@reedbusiness.nl www.reedbusiness.nl

Men abonneert zich voor de gehele jaargang. Dat kan via www.mab-online.nl. Verschijnt 10x per jaar. Abonnement per jaar € 97,50 exclusief btw. De verzendtoeslag voor België bedraagt € 6,36 en voor de Nederlandse Antillen en overige landen € 19,69. Studentenabonnement € 36,50 inclusief btw, mits men is ingeschreven bij de – NIVRA-opleiding of de – Economische faculteit van een der universiteiten voor het doctoraal/accountantsexamen.

Het abonnement kan bij elk nummer ingaan, doch slechts worden beëindigd indien schriftelijk vóór 1 november van de lopende jaargang is opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch met een jaar verlengd.

ISSN 0924-6304

Nederlands
uitgeversverbond
Groep uitgevers voor
vak en wetenschap

HO
2004
TIJDSCHRIFTEN

 Reed Business
Information