

BOSAL-MANIA

PROF. MR. J.W. BELLINGWOUT¹

1 Inleiding

Mocht ooit fiscaalwetenschappelijk onderzoek worden gedaan naar de betekenis van het woord 'gat', dan zou de aftrekbaarheid van deelnemingsrente een uitstekend studieobject zijn. Indien de werkhypothese luidt dat hier inderdaad sprake is van een 'gat', dan zou ik graag vernemen of de aftrek van hypotheekrente voor de eigen woning niet eveneens als 'gat' moet worden aangemerkt. Ook daar wordt een financieringslast in aftrek toegelaten terwijl de gefinancierde bezitting (nagenoeg) geen bijdrage levert aan de belastinggrondslag. Maar dat was beoogd, ter stimulering van het eigenwoningbezit zult u zeggen, terwijl in de vennootschapsbelasting sprake is van een ongewenste asymmetrie, een anomalie, een lek! Hmmm, zou ik riposteren, dus er is geen sprake van een 'gat' indien de situatie van renteaftrekzonder-belaste-inkomsten is voorzien en beoogd? Na enig zoeken zou ik u dan de volgende citaten van de Staatssecretaris van Financiën doen toekomen, geplukt uit de parlementaire behandeling van het Belastingplan 2004, waarin de wetgever reageerde op het Bosal-arrest: 'Na de voorgestelde wetswijziging zijn alle deelnemingskosten aftrekbaar.'²

2 Wel of geen 'gat'?

De toenmalige staatssecretaris vervolgt met een uitgebreide beschouwing over de lastenverlichting die deze wetswijziging meebrengt voor:

- bedrijven met buitenlandse deelnemingen die destijds aanliepen tegen de aftrekbeperking: 'Dit betreft in veel gevallen (tussen)houdstermaatschappijen van buitenlandse concerns. Deze groep profiteert dus direct van de uitspraak van het Europese Hof en de daaruit voortvloeiende wetswijziging';³
- bedrijven die destijds nog geen last hadden van de aftrekbeperking: 'Zij krijgen hierdoor de mogelijkheid

om de kosten van toekomstige buitenlandse overnames voorzover deze worden gefinancierd met vreemd vermogen ten laste van hun Nederlandse winst te brengen. In de toekomst kan er dus ook voor deze bedrijven sprake zijn van een lastenverlichting.'⁴

De kosten van het schrappen van de aftrekbeperking van art. 13, eerste lid, (oud) Wet VPB 1969 werden geraamd op, structureel, € 950 mln. waarbij voor € 400 mln. dekking werd gevonden met de invoering van art. 10d en 20, vierde lid, Wet VPB 1969. Het was een bewuste keuze het structurele verlies van € 550 mln. niet op het bedrijfsleven te verhalen.⁵ Enkele opties waren wel overwogen, maar: '[in] het licht van de huidige economische situatie en het belang van een structurele groei zijn dergelijke maatregelen niet wenselijk.'⁶ De reactie van de wetgever was derhalve een weloverwogen lastenverlichting, met als doel het leveren van 'een positieve bijdrage aan het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat.'⁷

Nu van origine geen sprake is van een 'gat', speelt nog de vraag of het bewust opzoeken van deze 'mismatch' wellicht onvoorzien is, zodat alsnog sprake kan zijn van 'een massief lek'.⁸ Ook dat blijkt niet het geval te zijn, gelet op de utlating van de staatssecretaris: 'Bij het tot stand brengen van het onderhavige voorstel is onderkend dat het aantrekkelijk zou kunnen worden om buitenlandse deelnemingen onder een winstgevende Nederlandse onderneming te hangen en deze deelnemingen te financieren met vreemd vermogen. De rente op die financiering zou dan ten laste van de Nederlandse winst kunnen worden gebracht, terwijl de ontvangen dividenden onder de deelnemingsvrijstelling zouden vallen.'⁹ In die context is uitdrukkelijk gesproken over 'het risico dat als gevolg van de voorgestelde wetswijziging leningen aan derden van een internationaal concern in het vervolg aan de Nederlandse ondernemingen zullen worden opgehangen',¹⁰ de zogenoemde 'aanzuigende werking' van de nieuwe situatie¹¹ en over de overheveling van winst of kapitaal naar de belastingplichtige om effectief de rente-

1 Hoogleraar Belastingrecht aan de Vrije Universiteit, Amsterdam en verbonden aan KPMG Meijburg & Co.

2 NvW, Kamerstukken II 2003/04, 29 210 (Belastingplan 2004), nr. 8, blz. 8. De 'voorgestelde wetswijzigingen' in dit citaat betreffen het schrappen van de aftrekbeperking van art. 13, eerste lid, Wet VPB 1969, de invoering van de thin-capregeling van art. 10d Wet VPB 1969 en het houdster- en financieringsverliesmandje van art. 20, vierde lid, Wet VPB 1969.

3 Idem.

4 Idem.

5 NNV, Kamerstukken II 2003/04, 29 210 (Belastingplan 2004), nr. 25, blz. 21.

6 Idem.

7 NNV, Kamerstukken II 2003/04, 29 210 (Belastingplan 2004), nr. 25, blz. 8.

8 De term zoals gehanteerd in de vraagstelling door de leden van de CDA fractie. (NNV, Kamerstukken II 2003/04, 29 210 (Belastingplan 2004), nr. 25, blz. 6).

9 NNV, Kamerstukken II 2003/04, 29 210 (Belastingplan 2004), nr. 25, blz. 6.

10 NNV, Kamerstukken II 2003/04, 29 210 (Belastingplan 2004), nr. 25, blz. 22.

11 NNV, Kamerstukken II 2003/04, 29 210 (Belastingplan 2004), nr. 25, blz. 23.

af trek te kunnen benutten. Van beide gedragsreacties werd de staatssecretaris warm noch koud. Wel stelde hij een duidelijke grens in geval van misbruik: 'Indien echter sprake is van gekunstelde constructies welke los van de bereikte belastingbesparing geen economisch doel dienen, dan kan daartegen onder omstandigheden in de uitvoerings sfeer worden opgetreden, bijvoorbeeld met het bijzondere rechtsmiddel *fraus legis*'.¹²

3 Weloverwogen keuze ten gunste van bedrijven die expanderen over de grens

Kortom, geen gat, of lek, maar een beoogde 'mismatch' ten gunste van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat. Dit laatste wordt nog wel eens over het hoofd gezien in de verhitte discussies over deze aftrekpost. In zijn Fiscale agenda rept staatssecretaris Frans Weekers met geen woord over deze weloverwogen beleidsmatige achtergrond van de renteaftrek. Hij volstaat met een droge enerzijds/anderzijds benadering, waarin de voordelen van schrappen worden afgezet tegen de voordelen van handhaving, om vervolgens de hete aardappel door te schuiven naar de voorzitter van het - door de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie - ingestelde Topteam Hoofdkantoren, dhr. Van Keulen. Die moest hierover adviseren in overleg met de voorzitters van de overige negen topteams. Dat is inmiddels gebeurd op 17 juni 2011. In zijn opinie pleit Van Keulen, alles afwegende, voor handhaving van de aftrek van deelnemingsrente. Slechts in geval van aantoonbaar misbruik, omschreven als transacties zonder enige economische realiteit, mag worden opgetreden, in eerste instantie alleen in de uitvoerings sfeer (*fraus legis*). Pas als dat, wederom, aantoonbaar niet werkt, kan volgens het advies worden gedacht aan een wettelijke regime waarin alleen ruimte is voor aftrek in zakelijke situaties. Het advies neemt hierop een voorschot, door aan te geven dat de deelnemingsrente in elk geval aftrekbaar moet zijn indien het gaat om 1. externe acquisities, 2. het storten van kapitaal in dochtermaatschappijen die het geld aanwenden ten behoeve van operationele activiteiten van het concern, of 3. het storten van kapitaal ter aanvulling van verliezen. Een tamelijk benauwd rijtje in het licht van de ruimhartige bedoeling van de wetgever in het najaar van 2003! Ook lijken deze drie categorieën veel te beperkt om alle gevallen met een economische realiteit te dekken. Al valt voor de basisgedachte van gerichte misbruikbestrijding iets te zeggen, op de uitwerking daarvan in deze opinie valt nog wel het een en ander af te dingen.

In het advies van het Topteam Hoofdkantoren zelf, eveneens van 17 juni 2011, wijst het topteam op de

afrekbaarheid van Bosal-rente 'als een belangrijk element van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat voor hoofdkantoren, zeker in het licht van het belastingklimaat in de ons omringende landen en de voorgenomen verbeteringen daarin'.¹³ In lijn met de opinie van voorzitter Van Keulen over dit onderwerp, vervolgt het topteam: 'Deze (aftrek van deelnemingsrente, JWB) wordt door een grote meerderheid van de door het topteam geconsulteerde partijen gezien als een belangrijk element van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat voor hoofdkantoren, zeker in het licht van het belastingklimaat in de ons omringende landen en de voorgenomen verbeteringen daarin. Om de stabiliteit van de aftrek te borgen zou wel moeten worden ingezet op het voorkomen van onbedoeld gebruik.'

In een reactie op de adviezen van de tien topteams, bij schrijven aan de Tweede Kamer van eveneens 17 juni 2011, omarmt minister Verhagen (Economische Zaken, Landbouw en Innovatie) namens het kabinet de aanbeveling van het Topteam Hoofdkantoren om de aftrek van deelnemingsrente ongemoeid te laten: 'Het Topteam Hoofdkantoren bepleit het behoud van een stabiel en aantrekkelijk vestigingsklimaat met daarbij het behoud van een generieke aftrek voor deelnemingsrente; anderzijds wordt aangegeven dat als onbedoeld gebruik van de renteaftrek de proporties van misbruik heeft aangenomen, de aftrek kan worden beperkt. Het kabinet neemt de richting van deze evenwichtige analyse over en zal bezien hoe deze visie verder kan worden uitgewerkt in samenhang met de uitvoering van de Fiscale agenda. Daarmee wil het kabinet de discussie over de renteaftrek afsluiten en de stabiliteit van het vestigingsklimaat zekerstellen.'

4 Motie Bashir en Van Vliet

Dossier gesloten?! Niets is minder waar. In de late uurtjes van 30 juni 2011, bij de behandeling van de 'autobrief', wordt onverwacht door de leden Bashir en Van Vliet motie nr. 17 ingediend. Onder verwijzing naar de aftrek van deelnemingsrente, omschreven als 'een gat in de belastingheffing (...) dat de Nederlandse schatkist onnodig veel geld kost' verzoeken deze leden de regering om 'bij het Belastingplan 2012 met maatregelen te komen om dit gat in de vennootschapsbelasting te dichten'. Een oproep voor een algehele, generieke aftrekbeperking derhalve, contrair aan de afgewogen adviezen van voorzitter Van Keulen en zijn Topteam Hoofdkantoren, contrair aan de brief van het kabinet waarin deze adviezen worden omarmd. De motie

¹² NNV, Kamerstukken II 2003/04, 29 210 (Belastingplan 2004), nr. 25, blz. 6.

¹³ Met Hoofdkantoren naar de Top, Actie-agenda ter versterking van het vestigingsklimaat, de acquisitie en het behoud van internationale bedrijven en talenten, blz. 24.

wordt echter met algemene stemmen aangenomen. Als het Ministerie van Financiën de volgende dag¹⁴ een verlaging van de overdrachtsbelasting aankondigt, deels (namelijk voor € 340 mln.) te financieren door grondslagverbredende maatregelen in de vennootschapsbelasting, 'waaronder het repareren van het zogenoemde Bosal-gat in de vennootschapsbelasting', is de verwarring compleet. De tekst is breed geformuleerd, maar naar mag worden aangenomen wordt alleen bedoeld op het bestrijden van misbruik. En passant doorbreekt Financiën ook nog een taboe door grondslagverbreding in de vennootschapsbelasting niet terug te sluiten naar het bedrijfsleven. Het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie houdt het hoofd koel en stuurt op 5 juli, namens minister Verhagen en VNO/NCW voorzitter Wientjes een email aan de voorzitters van alle tien de topteams, waarin is aangegeven dat het kabinet aan de slag gaat met het behoud van de aftrek van deelnemingsrente. Dat lijkt mij ook verreweg het meest verstandig. De € 340 mln. dekking voor de verlaging van de overdrachtsbelasting die uit de grondslagverbreding van de vennootschapsbelasting moet komen, wordt al lang en breed opgebracht door de overige voorgestelde maatregelen zoals de aftrekbeperking voor overnameholdings (door Financiën geschatte opbrengst € 165 mln.) en de invoering van een objectvrijstelling voor buitenlandse vaste inrichtingswinst (naar verluidt een geschatte opbrengst van € 200 mln.), in totaal derhalve € 365 mln. Enige Bosal-reparatie als bijdrage voor de overdrachtsbelastingverlaging is dus niet meer nodig. Hoe nu verder met de motie van Bashir en Van Vliet over de reparatie van het 'Bosal-gat'? Deze motie valt vrij eenvoudig met een beroep op de hierboven weergegeven wetshistorie te weerleggen: het 'Bosal-gat' bestaat niet, dus er valt niets te repareren. Het wachten is nu op de vervolgmotie, waarvan de tekst kan luiden als volgt: '...verzoekt de regering fiscaal wetenschappelijk onderzoek te entameren naar de betekenis van het woord 'gat', en gaat over tot de orde van de dag'.

¹⁴ Brief van 1 juli aan de voorzitter van de Tweede Kamer, inzake 'Dekking verlaging overdrachtsbelasting', ondertekend door minister De Jager en staatssecretaris Weekers.