

LEZINGEN

VAKTECHNIEK

2012



de Jonge Orde van Belastingadviseurs  
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs





# Lezingen Commissie Vaktechniek 2012

*Met bijdragen van:*

*mr. W.R. Munting*

*mr. P. Bakker*

*prof. dr. P. Kavelaars*

*dr. J.H.M. Arts*

*mr. P.F.E.M. Merks*

*mr. dr. E. Nijkeuter*

*mr. drs. S.A.W.J. Strik*

*prof. mr. G.T.K. Meussen*

*mw. mr. J.W.E. Litjens*

*mw. mr. J.A.J.M. van Arendonk*

Ontwerp omslag: Studio Putto BNO

© Sdu Uitgevers bv, Den Haag, 2013

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden. Vanwege de aard van de uitgave, gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

# Inhoudsopgave

## Voorwoord / 9

## I Tips voor het indienen van APA's en ATR's / 11

## II Aftrek van omzetbelasting / 15

- 1 Inleiding / 15
- 2 Het recht op aftrek van omzetbelasting / 15
- 3 Het recht op aftrek van omzetbelasting, hoe werkt het? / 16
- 4 Besluit aftrek van voorbelasting van 25 november 2011 / 18

## III Belastingheffing ter zake van financiële transacties / 23

- 1 Inleiding / 23
- 2 Ontwikkelingen / 23
- 3 Achtergrond belastingheffing op financiële transacties / 24
- 4 Financiële en economische aspecten / 25
- 5 Bonusbelastingen / 25
- 6 Twee alternatieven belastingheffing financiële transacties / 25
- 7 Voorbeelden bankenbelasting in het buitenland / 26
- 8 Invoering van een Europese FAT of FTT / 26
- 9 Europese FTT / 26
- 10 Bankenbelasting / 27
- 11 Conclusie en afsluiting / 28

## IV Onzakelijke leningen / 29

- 1 Inleiding / 29
- 2 Certificaathoudersuitkooparrest / 29
- 3 De onzakelijkeleningleer / 30
- 4 Theoretisch kader onzakelijke lening omlaag / 31
- 5 Varia / 33
  - 5.1 Informele kapitaalstorting / 33
  - 5.2 Onzakelijke kwijtschelding / 33
  - 5.3 Bijzondere omstandigheden / 34
  - 5.4 (Onzakelijke) borgstellingen in de tbs-sfeer / 34
  - 5.5 Onzakelijke leningen 'opzij' / 34

5.6	De onzakelijke lening bij de debiteur / 35
6	Praktische oplossingen om onzakelijke leningen te vermijden / 35
7	Afsluiting / 35
<b>V</b>	<b>Fiscale planning bij internationale fusies en overnames / 37</b>
1	De legitimiteit van fiscale planning / 37
2	Key objectives bij fiscale acquisitieplanning / 37
3	Acquisitie middels Nederlandse coöperatie / 38
4	Acquisitie door Nederlandse nv / 40
5	Acquisities en de Amerikaanse check-the-boxregels / 41
<b>VI</b>	<b>Actuele ontwikkelingen in het Europees Belastingrecht / 43</b>
1	Inleiding / 43
2	Belemmeringen in de bronstaat / 43
3	Het concept van objectieve vergelijkbaarheid / 44
3.1	Algemeen / 44
3.2	Vergelijkbaarheid natuurlijke personen / 45
3.3	Vergelijkbaarheid lichamen / 45
3.4	Vergelijkbaarheid bij dividendbelasting op uitkeringen aan beleggingsfondsen / 46
3.5	Stellingen / 47
4	Grensoverschrijdende fiscale eenheid / grensoverschrijdende verliesverrekening / 47
5	Toegang tot het Europese recht en National Grid Indus / 48
<b>VII</b>	<b>Eindelijk rust aan het rentefront na invoering van art. 13l? / 51</b>
1	Inleiding / 51
2	Historie / 51
3	Kernvraag / 52
4	De renteaftrekbeperkende maatregelen per 1-1-2013 / 52
5	Art. 10d Wet VPB 1969 / 53
6	Art. 15ad Wet VPB 1969 / 53
7	Art. 13l Wet VPB 1969 / 54
7.1	De verkrijgingsprijs / 54
7.2	Antimisbruik in art. 13l Wet VPB 1969 / 56
8	Welke mogelijkheden zijn er nog? / 58
9	Slot / 58
<b>VIII</b>	<b>Fiscale aandachtspunten van de Flex-bv / 59</b>
1	Inleiding / 59
2	Fiscale wijzigingen / 59
3	Fiscale aandachtspunten bij de Flex-bv / 61
3.1	Algemeen / 62
3.2	Aanmerkelijk belang / 62

- 3.3 Wel of geen aanmerkelijk belang? / 65
- 3.4 Terugbetaling van aandelenkapitaal: kies de juiste civielrechtelijke weg / 66
- 3.5 Terugbetaling van aandelenkapitaal: let op afkoop van pensioen / 67
- 4 Afsluiting / 67

## **IX Civiele en fiscale aandachtspunten van de flexibele bv / 69**

- 1 Inleiding / 69
- 2 De Flex-bv vanuit een juridisch perspectief / 69
- 2.1 De flexibiliteit van de Flex-bv / 69
- 2.2 Uitkeringen en aansprakelijkheid / 71
- 3 De Flex-bv vanuit een fiscaal perspectief / 72
- 3.1 Flexibele statuten / 73
- 3.2 Flexibele aandelen / 73
- 3.2.1 Verbondenheids criterium / 74
- 3.2.2 Deelnemingsvrijstelling / 74
- 3.2.3 Fiscale eenheid vennootschapsbelasting / 75
- 3.2.4 Overdrachtsbelasting / 75
- 3.2.5 Fiscale eenheid omzetbelasting / 75
- 3.2.6 Handel in lege vennootschappen / 76
- 3.3 Flexibele uitkeringen / 76





# Voorwoord

Geacht JOB-lid, beste lezer,

Zoals wij allemaal weten is de fiscaliteit een zeer dynamisch vakgebied: fiscale wetgeving is voortdurend aan wijziging onderhevig en rechtspraak volgt elkaar in hoog tempo op. De JOB biedt jonge belastingadviseurs hiervoor een platform met onder andere de JOB-lezingen, die door de Commissie Vaktechniek worden georganiseerd.

Ook dit jaar hebben wij vooraanstaande fiscalisten bereid gevonden lezingen te geven over een aantal actuele fiscale onderwerpen. Wij hebben met veel succes lezingen in Amsterdam, Rotterdam en Eindhoven georganiseerd.

In 2012 zijn er elf lezingen uitgesproken, die allemaal goed werden bezocht door actieve en enthousiaste jonge belastingadviseurs. Ongetwijfeld was de hoge opkomst – meer dan 100 JOB-leden bij een aantal lezingen – te danken aan de relevante onderwerpen die aan de orde kwamen, en de enthousiaste wijze waarop de sprekers de lezingen over het voetlicht brachten heeft daarnaast ongetwijfeld aan het succes bijgedragen. We kijken ernaar uit om ook in 2013 actuele en inspirerende JOB-lezingen te organiseren.

De verslagen van al deze lezingen zijn in dit lezingenboekje opgenomen en u kunt ze nog eens rustig nalezen.

Wij danken alle sprekers nogmaals van harte voor hun bijdragen en hopen dat ook in de toekomst menig fiscalist bereid zal zijn een lezing voor de JOB te houden.

Niet alleen de sprekers wil ik evenwel dankzeggen, ook danken wij de kantoren die een zaal ter beschikking hebben gesteld. Alle anderen die op welke wijze ook hebben meegewerkt aan het welslagen van de JOB-lezingen mogen evenmin worden vergeten: de medewerkers van het Bureau NOB, de leden van de Commissie Vaktechniek en uiteraard de bezoekers.

Wij hopen in 2013 wederom veel JOB-leden bij de lezingen te mogen begroeten!

Namens de Commissie Vaktechniek,  
Gabriël van Gelder  
*voorzitter*

*Commissie Vaktechniek 2012*

Gabriël van Gelder

Bram Cornelissen

Esteban van Goor

Glenn Snoeks

Martijn Verbaandert

Rianne Vis

Pim Werdmölder

Nick Heikoop

Annelieke Vermijs

# I *Tips voor het indienen van APA's en ATR's*

Lezing gehouden op 1 maart 2012 (Rotterdam) en 21 juni 2012 (Amsterdam) door mr. W.R. Munting, verbonden aan Otterspeer, Haasnoot & Partners.

De heer Munting heeft op 1 maart een lezing in Rotterdam gegeven en op 21 juni in Amsterdam betreffende tips over het indienen van APA's<sup>1</sup> en ATR's<sup>2</sup>. Beide lezingen zijn goed bezocht door JOB-leden.

Munting geeft allereerst aan dat er goed gekeken moet worden naar de definitie van een APA<sup>3</sup> en een ATR<sup>4</sup>. Immers, de vereisten voor het aanvragen van een ATR of een APA zijn niet dezelfde. Een belastingadviseur moet goed een onderscheid maken tussen een APA en een ATR.

De definitie van een APA: zekerheid vooraf aangaande de transfer pricing (at-arm's-lengthbeloning) in gelieerde situaties. Er is een aantal veelgebruikte manieren om de at-arm's-lengthbeloning te bepalen. Deze methoden zijn: resale minus, cost plus en profit split.<sup>5</sup>

De definitie van de ATR: zekerheid vooraf in situaties waarbij de fiscale wetgeving onduidelijk is. Het kan hier bijvoorbeeld gaan over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, kwalificatie rechtsvormen (al dan niet transparant) of een kwalificatie van eigen/vreemd vermogen.

Een APA en een ATR geven buitenlandse investeerders in Nederland vooraf zekerheid over fiscale zaken. Via deze bindende afspraken met de Belastingdienst wordt duidelijk hoe de bestaande internationale regelgeving wordt toegepast. Hierdoor worden interpretatieverschillen achteraf voorkomen. De verzoeken voor een ATR en/of APA dienen ingediend te worden bij het gespecialiseerde rulingteam in Rijnmond/Rotterdam.

Het algemene advies van Munting is een goede voorbereiding van de APA's, zorg dat je de TP-guidelines en het OESO-Modelverdrag scherp op het netvlies hebt. Met name art. 4, 5, 7, 9, 10, 11 en 12 OESO-Modelverdrag kunnen van belang zijn

1. Advance Pricing Agreement
2. Advance Tax Ruling
3. APA-besluit, besluit staatssecretaris van Financiën 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/124M, NTFR 2004/1242.
4. ATR-besluit, besluit staatssecretaris van Financiën 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/125M, NTFR 2004/1243.
5. In de theorie van de transfer pricing moeten we eigenlijk beginnen met de Comparable Uncontrolled Price (CUP); deze is vaak moeilijk te bepalen.

bij het indienen van een aanvraag voor een APA. Voor zowel APA's als ATR's geldt dat de fiscus niet direct als tegenstander gezien moet worden, maar ook als medestander. Ook voor hem is het van belang dat het verzoek en helder en in lijn met de wet en jurisprudentie op papier komt te staan.

De algemene opbouw van het verzoek, moet er als volgt uitzien:

**Stap 1:** *Definieer de vraagstelling.*

**Stap 2:** *Verzamel relevante feiten.*

**Stap 3:** *Beschrijf relevante feiten.*

**Stap 4:** *Verifieer relevante feiten.*

**Stap 5:** *Beschrijf de wettelijke regelgeving behorend bij het feitencomplex (overwegingen).*

**Stap 6:** *Concludeer op basis van stap 5 en vraag de inspecteur om bevestiging.*

Overigens zijn er wel een paar do's en don'ts die van belang zijn om het proces als een geoliede machine te laten lopen. Het is goed om op gelijke hoogte te communiceren, maar houd het wel zakelijk, dien op tijd in en geef de feiten correct weer. Volgens Munting werkt het alleen maar contraproductief indien een belastingadviseur te joviaal jegens een inspecteur doet of dreigt om met 'de baas' van de inspecteur te praten. Dit soort gedrag wordt niet gewaardeerd door het ATR/APA-team. Uiteraard kan, zodra een individuele inspecteur zich buiten de regels van wat geoorloofd is begeeft, contact worden gezocht met zijn collega's om misvattingen uit de weg te ruimen.

Munting geeft aan dat ieder rulingverzoek een nieuw rulingverzoek dient te zijn. Het copy-pasten van een eerder rulingverzoek werkt volgens hem niet. Immers, ieder nieuw ATR/APA-verzoek dient 'tailor-made' te zijn. Een cliënt verwacht ook dat de belastingadviseur zich de casus eigen maakt en niet zomaar een oud ATR/APA-verzoek indient.

Ten slotte geeft Munting aan dat het belangrijk is dat de belastingadviseur alle feiten weet, kent of heeft. Immers, indien de inspecteur een vraag heeft, dient de adviseur deze binnen redelijke grenzen direct te kunnen beantwoorden. Dit zorgt ervoor dat de inspecteur het gevoel heeft dat er niet iets verborgen wordt gehouden. Uiteindelijk versnelt dit het ATR/APA-proces.

Nadat Munting zijn sheets besproken heeft, komt er een interactief debat op gang. Onderwerpen die vanuit de zaal komen worden plenair besproken.

Het meest in het oog springende onderwerp is de druk die ligt op afspraken tussen belastingplichtige en de Belastingdienst. De afgelopen jaren komen de discussies vanuit de Nederlandse politiek, binnenlandse media, buitenlandse politiek en de Europese Unie weer meer op gang. In de zaal zijn er veel mensen die sceptisch staan tegenover het huidige gevoerde ATR/APA beleid. Ook de verdergaande samenwerking en de eventueel in te voeren CCCTB zal dit niet gaan verbeteren, lees: dit zal de druk wellicht opvoeren. Munting is overigens van mening dat het niet zo'n vaart zal lopen en dat het huidige ATR/APA beleid meer houdbaar is in vergelijking met het 'oude rulingregime'. Munting is wel

van mening dat het ruimhartiger publiceren van de afspraken een positieve impact zal hebben op de hiervoor genoemde reacties uit de samenleving. Dit zou dan vervolgens ervoor kunnen zorgen dat het ATR/APA-beleid wat 'ruimhartiger' wordt.

Ook de informatieverstrekking verdient enige aandacht. Het proces zou wellicht aanzienlijk sneller kunnen verlopen als de relevante informatie openlijk en spontaan verstrekt wordt. Wel is dan vereist dat beide partijen geen 'vliegen gaan afvangen'.



## II *Aftrek van omzetbelasting*

Lezing gehouden op 15 maart 2012 door mr. P. Bakker, verbonden aan VMW Taxand.

### 1 INLEIDING

Door mr. P. Bakker is in maart 2012 een lezing gegeven inzake het besluit op aftrek van omzetbelasting.<sup>6</sup> Tijdens deze lezing is de systematiek omtrent het recht op aftrek van omzetbelasting uitvoerig besproken. Met name is ingegaan op de impact van een reeds daarvoor gepubliceerd besluit omtrent het recht op aftrek van omzetbelasting.

### 2 HET RECHT OP AFTREK VAN OMZETBELASTING

Het recht op aftrek van omzetbelasting wordt ook wel de achilleshiel van de btw genoemd. Immers, het btw-systeem staat een btw-belastingplichtige toe om de in rekening gebrachte btw in aftrek te brengen indien deze het afgenomen goed / de afgenomen dienst gebruikt voor zijn of haar economische activiteiten, er is dus een directe samenhang tussen de gemaakte kosten en de activiteiten.<sup>7</sup> Verder is voor het uitoefenen van het aftrekrecht vereist dat een belastingplichtige in het bezit is van een volgens de Btw-richtlijn / Wet op de omzetbelasting 1968 ('Wet OB 1968') voorgeschreven factuur.<sup>8</sup> Er is dus geen direct verband met de afdracht van btw door de verkopende partij, met andere woorden: het recht op aftrek van voorbelasting is gebaseerd op vertrouwen en derhalve is de ontvangen factuur '(btw-)geld waard'.

Een duidelijk voorbeeld van een negatieve impact van deze systematiek werd duidelijk bij het voorbeeld van een carrouselfraude, i.e. een fraude waarbij drie belastingplichtigen met elkaar handelen en waarin de volgende transacties zich hebben voorgedaan:

- Partij A, gevestigd in Nederland, levert goederen (bijv. computerchips) aan partij B, gevestigd in Duitsland. Aangezien dit een intracommunautaire levering betreft zal op de verkoop geen btw worden berekend.<sup>9</sup>

6. Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 25 november 2011, nr. BLKB2011/641M, NTFR 2012/43.

7. Art. 168 Btw-richtlijn (art. 15 Wet OB 1968). Een directe samenhang is vereist zie onder andere HvJ 6 april 1995, zaak C-4/94 (BLP), V-N 1995, p. 3030, r.o. 19.

8. Art. 178, onderdeel a, Btw-richtlijn – art. 15, lid 1, Wet OB 1968.

9. Art. 138, lid 1, Btw-richtlijn.



- Partij B verkoopt de goederen door aan partij C. Partij B geeft in eerste instantie een intracommunautaire verwerving aan op basis waarvan Duitse btw is verschuldigd, echter deze btw kan partij B tevens in aftrek brengen waardoor feitelijk geen btw verschuldigd is door partij B. Partij C kan de door partij B in rekening gebracht (19%) Duitse btw in aftrek brengen.
- Partij C levert de goederen wederom aan partij A, gevestigd in Nederland. Hierover is tevens geen btw verschuldigd; partij A geeft een intracommunautaire verwerving aan, waarvan de verschuldigde btw tevens weer in aftrek kan worden gebracht.

Het bovenstaande heeft als resultaat dat partij B daadwerkelijk Duitse btw over de transactie ontvangt. Deze btw wordt niet door partij B afgedragen aan de Duitse belastingdienst. Hierdoor ontvangt partij B een bedrag inclusief btw en is de btw de daadwerkelijke winst voor partij B.

Aangezien het recht op aftrek van voorbelasting een belangrijke rol vervult binnen de (neutrale) werking van het btw-stelsel is het van belang een goed begrip te hebben van de regelgeving en systematiek.

### 3 HET RECHT OP AFTREK VAN OMZETBELASTING, HOE WERKT HET?

De ondernemer die btw-belaste leveringen en diensten verricht, mag van zijn verschuldigde omzetbelasting de btw in aftrek brengen die aan de ondernemer in rekening is gebracht ter zake van aan de ondernemer verrichte leveringen van goederen en diensten.<sup>10</sup> Indien een ondernemer zowel belaste als vrijgestelde prestaties verricht geldt in principe de regel dat de btw op kosten die direct toerekenbaar zijn aan de vrijgestelde activiteiten niet in aftrek gebracht kan worden.<sup>11</sup> Indien de kosten aan zowel vrijgestelde als belaste activiteiten zijn toe te rekenen, dient een ondernemer zijn aftrekrecht te berekenen op basis van het zogenoemde pro rata. Het pro-ratapercentage wordt vastgesteld met toepassing van een formule (belaste omzet / totale omzet) of op basis van werkelijk gebruik.

De voorwaarden die gelden voor de toepassing van het recht op aftrek zijn:<sup>12</sup>

- het aftrekrecht is toe te passen door een btw-ondernemer (belastingplichtige);
- het betreft leveringen/diensten belast met btw die aan de desbetreffende btw-ondernemer zijn verricht;
- de factuur is uitgereikt in het tijdvak van de btw-aangifte;
- de factuur voldoet aan de door de Wet OB 1968 gestelde eisen (art. 35a Wet OB 1968);
- de ingekochte goederen/diensten moeten door de ondernemer worden gebruikt voor btw-belaste handelingen.

10. Art. 2 Wet OB 1968. Dit geldt tevens voor verschuldigde btw als gevolg van een intracommunautaire verwerving/invoer.

11. Art. 11, lid 1, onderdeel b, Uitv.besch. OB 1968.

12. Art. 15, lid 1, Wet OB 1968.

Het recht op aftrek van voorbelasting kan door een ondernemer ook toegepast worden in geval van:

- handelingen verricht in het buitenland;
- handelingen onderworpen aan diplomatieke vrijstellingen;
- financiële prestaties aan een afnemer buiten de EU.

Het uitoefenen van het recht op aftrek gaat conform de bestemming van de goederen en diensten; indien deze gebruikt worden voor btw-belaste handelingen en verder wordt voldaan aan alle voorwaarden kan de ondernemer het aftrekrecht toepassen. Mocht op het tijdstip van daadwerkelijk gebruik blijken dat de bestemming anders is en het recht op aftrek als gevolg daarvan wijzigt – bijvoorbeeld kleiner wordt – dan is de btw-ondernemer de te veel afgetrokken btw verschuldigd (een a-contrario-situatie kan zich ook voordoen). NB: Het verschuldigd worden van te veel afgetrokken btw blijft buiten beschouwing indien de btw-ondernemer kan aantonen dat sprake is van bijvoorbeeld verlies of diefstal, dan wel sprake is van een onttrekking van goederen voor het verstrekken van geschenken van geringe waarde.

Alvorens verder ingegaan werd op het besluit recht op aftrek van omzetbelasting is kort besproken wat de – op dat moment – relevante wijzigingen waren inzake het aftrekrecht. Ten tijde van de lezing was één specifiek onderwerp enorm van belang en dat was de heffing privégebruik auto en de toepassing van het BUA.<sup>13</sup> Hieronder een korte weergave van hetgeen besproken is:

- Het gebruik van zakelijke auto's zonder dat daar een vergoeding tegenover staat valt niet langer onder het BUA, maar vormt een (fictieve) belaste dienst.<sup>14</sup>
- De ondernemer moet uit zijn administratie kunnen aantonen in hoeverre de auto voor privédoeleinden is gebruikt en welke kosten hieraan toe te rekenen zijn.
- Tevens geldt er een nieuw forfait voor de fictieve heffing, te weten 2,7% van de catalogusprijs van de auto (inclusief btw/BPM).<sup>15</sup> Dit forfait is te gebruiken indien de ondernemer niet uit zijn administratie kan aantonen in hoeverre de auto voor privédoeleinden is gebruikt.

13. Rechtbank Haarlem 1 juni 2011, nr. 09/03866, *NTFR* 2011/1772 en het daarmee samenhangende besluit van de staats secretaris van Financiën van 20 december 2011, nr. BLKB2011/2560M, *NTFR* 2012/128, reeds vervangen door het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 juli 2012, nr. BLKB2012/639M, *NTFR* 2012/1897.

14. Art. 4, lid 2, Wet OB 1968.

15. Ter volledigheid is nog opgemerkt dat de toepassing van dit percentage wellicht niet in lijn is met het arrest HvJ 16 februari 2012, zaak C-594/10 (Van Laarhoven), *NTFR* 2012/499, *BNB* 2012/200, waarin is geoordeeld dat de Btw-richtlijn zich verzet tegen een nationale belastingregeling waarin de jaarlijkse correctie voor het privégebruik is gebaseerd op een forfaitaire berekeningsmethode voor zover deze correctie niet op proportionele wijze rekening houdt met de daadwerkelijke omvang van dat (privé)gebruik.

De lezing van Bakker stond in het teken van het besluit aftrek van voorbelasting van 25 november 2011, welk besluit een bundeling en actualisering van besluiten vormt die betrekking hebben op het recht op aftrek van btw. Tijdens de lezing zijn de meest relevante punten van het besluit besproken.

*Economische en niet-economische handelingen*

Een belangrijk punt in het besluit is de behandeling van economische en niet-economische handelingen voor het recht op aftrek van btw. Zoals reeds weergegeven kan het recht op aftrek van btw enkel worden toegepast indien de ingekochte goederen en diensten gebruikt worden voor btw-belaste handelingen (handelingen waarover btw verschuldigd is). Een belangrijke aanvulling hierop is hetgeen in het besluit is opgenomen over economische en niet-economische handelingen. Immers, een ondernemer heeft in principe geen recht op aftrek van btw indien hij enkel – zelfstandige – niet-economische handelingen verricht.<sup>16</sup>

In het besluit is opgenomen dat sprake kan zijn van een nauw verband tussen niet-economische handelingen en economische handelingen. Hiervan is sprake indien de economische en niet-economische handelingen feitelijk en economisch zo nauw verbonden zijn dat zij één geheel vormen, dan wel indien de handelingen wederzijds afhankelijk van elkaar zijn.

Naast de voorbeelden uit de rechtspraak werd het voorbeeld gegeven van het jaarlijkse Kwakoe Festival, waarbij geen entreegelden worden gevraagd voor de toegang tot het festival; daarentegen dient wel een vergoeding betaald te worden voor de consumpties.<sup>17</sup> In principe zou men kunnen beargumenteren dat bij een dergelijk festival ook gesproken kan worden van één economische handeling.

Indien geen sprake is van nauwe samenhang is door het besluit tevens een richtlijn gegeven hoe men moet omgaan met kosten die niet direct toerekenbaar zijn aan economische activiteiten en niet-economische activiteiten.<sup>18</sup> Als sprake is van kosten die aan beide activiteiten toerekenbaar zijn, dan dient het aftrekrecht vastgesteld te worden aan de hand van een verdeelsleutel.<sup>19</sup> Deze verdeelsleutel is afhankelijk van de feiten en omstandigheden en dient in

16. Bij niet-economische handelingen valt o.a. te denken aan handelingen die gratis of tegen een symbolische vergoeding plaatsvinden, dan wel handelingen die publiekrechtelijke lichamen als overheid verrichten.

17. NB: De organisatie van het Kwakoe Festival heeft aangegeven in 2013 wel entreegelden te gaan heffen.

18. Immers, voor niet-economische activiteiten kan de ondernemer de btw op kosten niet in aftrek brengen, zie onder andere: HvJ 13 maart 2008, zaak C-437/06 (Securenta), *NTRF* 2008/568, *V-N* 2008/14.20, r.o. 31

19. Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 25 november 2011, nr. BLKB2011/641M, *NTRF* 2012/43, punt 3.4.1. en HvJ 13 maart 2008, zaak C-437/06 (Securenta), *NTRF* 2008/568, *V-N* 2008/14.20.

principe op basis van objectieve factoren te worden vastgesteld, bijvoorbeeld omzetverhoudingen, vierkante meters of kubieke meters.

Nog ter volledigheid is aangehaald dat in het besluit bij de behandeling van economisch/niet-economische handelingen geen verdere uitleg/richtlijn is gegeven met betrekking tot de btw-problematiek omtrent het aftrekrecht bij houdstermaatschappijen. De exacte reden waarom dit niet is meegenomen is niet duidelijk.<sup>20</sup>

#### *Beoordeling recht op aftrek*

Op het moment van aanschaf/ingebruikneming van ingekochte goederen en diensten wordt het recht op aftrek van btw vastgesteld. Deze aftrek staat op dat moment nog niet vast en kan binnen een bepaalde periode nog gecorrigeerd worden. Met dit laatste wordt in ieder geval geprobeerd misbruik te voorkomen.

De verschillende beoordelingspunten van het aftrekrecht zijn op de volgende wijze weergegeven:

1. Moment van aanschaf: op dit moment dient vastgesteld te worden of de goederen/diensten gebruikt worden/gaan worden voor economische activiteiten.
2. Aan het einde van het (boek)jaar waarin een goed of dienst in gebruik wordt genomen wordt getoetst in hoeverre het aftrekrecht conform punt 1 toegepast kan worden. Met andere woorden: zijn de goederen inderdaad bestemd voor economische handelingen? Indien deze vraag ontkennend wordt beantwoord zal een correctie plaatsvinden op grond van art. 15, lid 4, Wet OB 1968 jo. art. 14 Wet OB 1968.
3. Na het eerste (boek)jaar worden de goederen (roerende en onroerende zaken) nog enkele jaren gevolgd. Dit houdt in dat elk jaar getoetst wordt of er een sfeerverandering heeft plaatsgevonden en in hoeverre dit impact heeft op het recht op aftrek van btw.<sup>21</sup>

Naast het bovenstaande is tevens kort ingegaan op de wijze van etikettering (de wijze van bestemming bij ingekochte investeringsgoederen). Indien een ondernemer (natuurlijke persoon) zowel economische als niet-economische activiteiten verricht, dient hij op het moment van aanschaf de investeringsgoederen te bestemmen voor privégebruik of zakelijk gebruik (ook wel vermogensetikettering genoemd).<sup>22</sup> Hij kan daarbij goederen:

- geheel/gedeeltelijk tot zijn bedrijfsvermogen rekenen;
- volledig tot zijn privévermogen rekenen.

20. Een reden zou kunnen zijn dat de zogenoemde holdingresolutie hier richtlijnen voor geeft (holdingresolutie van 18 februari 1991, nr. VB91/347). Let wel, momenteel ligt deze resolutie onder vuur aangezien de Europese Commissie een inbreukprocedure is gestart.

21. Ook wel herziening genoemd. Roerende zaken worden vijf jaar gevolgd en onroerende zaken tien jaar, zie ook art. 13, lid 2 en 3, Uitv.besch. OB 1968.

22. Investeringsgoederen zijn goederen waarvan de aftrek gedurende een periode van vier of negen jaar na het jaar van eerste ingebruikname worden gevolgd (zie voetnoot 15). Let wel, de ondernemer dient uiterlijk op het moment van eerste ingebruikname zijn keuze te maken (HR 15 april 2011, nr. 10/00275, NTFR 2011/1099, BNB 2001/191). NB: Rechtspersonen kunnen investeringsgoederen niet etiketteren (zie onder andere HvJ 12 februari 2009, zaak C-515/07 (VNLTO), NTFR 2009/475, BNB 2009/202), r.o. 39.

### *Onroerende zaken (leegstand)*

Gezien het huidige economische klimaat kan het voorkomen dat een onroerende zaak (gedeeltelijk) leeg komt te staan. De vraag die op dat moment onder andere naar voren komt is de vraag of de reeds in aftrek gebrachte btw moet worden herzien. In het besluit is opgenomen dat leegstand als zodanig geen aanleiding geeft tot herziening van de eerder in aftrek gebrachte btw.<sup>23</sup> Pas op het moment van (opnieuw) in gebruik nemen van de onroerende zaak wordt gekeken of sprake is van een sfeerverandering op basis waarvan herzien moet worden. Twee belangrijke voorbeelden zijn besproken:

- Bij leegstand na eerste ingebruikneming is het van belang om een duidelijk onderscheid te maken tussen kosten voor instandhouding en verbetering. Immers, kosten met betrekking tot de instandhouding worden in principe in aftrek gebracht op basis van het pro rata. Voor kosten voor verbetering geldt de regel dat aftrek op basis van bestemming plaatsvindt en dat pas bij (opnieuw) ingebruikneming van het pand de vooraftrek al dan niet moet worden herzien.
- Bij leegstand voor eerste ingebruikneming is het recht op aftrek van btw afhankelijk van de uiteindelijke bestemming van het pand. Is het pand bijvoorbeeld bestemd voor belaste verhuur, dan heeft de ondernemer recht op aftrek van btw op kosten voor de aanschaf en verbouwing van het pand.<sup>24</sup> Bij eerste ingebruikname wordt de btw op de aankoop al dan niet herzien.

### *Beoordeling recht op aftrek van btw bij holdings*

Zoals tijdens de lezing duidelijk is geworden bevat het besluit aftrek van omzetbelasting geen verdere uitleg over het recht op aftrek van btw bij houdstermaatschappijen die zowel economische als niet-economische activiteiten hebben. Een gemiste kans omdat hier in de praktijk veel onrust over heerst, dit aangezien een voor Nederlands belangrijke resolutie – de zogenoemde holdingresolutie – onder vuur ligt, aangezien de Europese Commissie een inbreukprocedure is gestart tegen Nederland.

De complexiteit bij houdstermaatschappijen is met name gelegen in het praktische feit dat houdstermaatschappijen veelal diverse activiteiten/transacties hebben die voor de btw relevant kunnen zijn en die voor de btw anders behandeld worden en met name zien op economische en niet-economische activiteiten.

Of Nederland hier nog invulling aan zal geven is dus nog afwachten.

### *Misbruik van recht*

Een paar weken voor de lezing van Bakker was door de Hoge Raad een arrest gewezen waar het leerstuk van misbruik van recht was ingeroepen (voor het eerst in een btw-zaak).<sup>25</sup> Tijdens de lezing is het voorbeeld gegeven van een

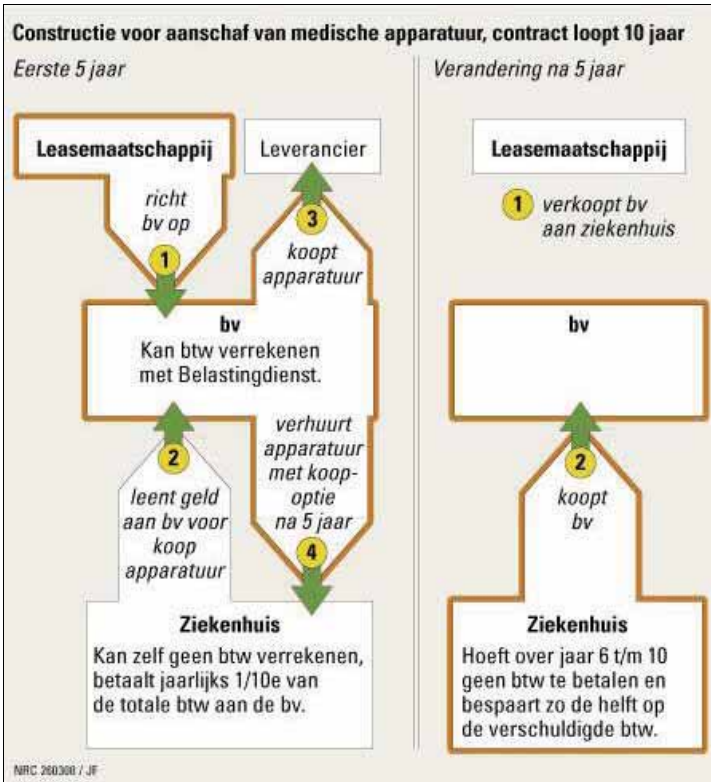
23. Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 25 november 2011, nr. BLKB2011/641M, NTFR 2012/43, paragraaf 5.2.7.1.

24. Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 25 november 2011, nr. BLKB2011/641M, NTFR 2012/43, paragraaf 5.2.7.

25. HR 10 februari 2012, nr. 08/05317, NTFR 2012/639, BNB 2012/127, r.o. 3.7.2.

leasestructuur (zie hieronder) waarbij is ingegaan op de toepassing van het leerstuk misbruik van recht.

Het gevolg van de toepassing van het leerstuk misbruik van recht is dat de betrokken partijen de btw op kosten niet in aftrek kunnen brengen op de transacties binnen de ‘structuur’ (in de illustratie zou dit betekenen dat de bv geen recht op aftrek heeft). Ter volledigheid dient opgemerkt te worden dat het volgens de Hoge Raad een belastingplichtige wel vrij staat om de voor hem voordeligste weg te kiezen; dit is conform reeds gewezen jurisprudentie van het HvJ.<sup>26</sup>



26. Zie hiervoor HvJ 21 februari 2006, zaak C-255/02 (Halifax), NTFR 2006/359, BNB 2006/170, r.o. 73.



### III *Belastingheffing ter zake van financiële transacties*

Lezing gehouden op 5 april 2012 door prof. dr. P. Kavelaars, werkzaam bij Deloitte en verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

#### 1 INLEIDING

Financiële instellingen spelen een grote rol in de economische en financiële crisis die reeds een aantal jaren duurt. Mede omdat bancaire instellingen zich hebben kunnen herstellen is er een sterke roep om bancaire instellingen aan een specifieke belastingheffing te onderwerpen. Daarnaast wordt bancaire instellingen verweten medeveroorzaker te zijn van de economische en financiële crisis en anderzijds het lucratieve bonusbeleid ten aanzien van het bestuur en de werknemers te blijven voortzetten.

#### 2 ONTWIKKELINGEN

In het najaar van 2010 heeft de Europese Commissie concrete voorstellen gedaan voor een belastingheffing bij bancaire instellingen. Zij heeft toen gepleit voor een spoedige invoering.

Op 28 september 2011 heeft de Europese Commissie een richtlijnvoorstel gepubliceerd voor de invoering van een EU-brede belasting op financiële transacties, de financiëletransactietaks (FTT). Het richtlijnvoorstel bevat een zogenoemde ‘impact assessment’, een uitgebreide toelichting en onderzoek hoe de Europese FTT zou gaan uitwerken. Naar aanleiding van het richtlijnvoorstel heeft de Europese Commissie een vertegenwoordiger naar de diverse lidstaten gestuurd om lezingen te geven en lidstaten te enthousiasmeren voor de invoering van deze FTT. Echter, veel lidstaten zien geen heil in de FTT zoals voorgesteld door de Europese Commissie. De Europese Commissie wil de opbrengst van een FTT, terwijl lidstaten van mening zijn dat de inkomsten van een heffing bij bancaire instellingen aan henzelf zou moeten toekomen. Daarnaast zijn veel lidstaten bang dat de FTT zoals voorgesteld door de Europese Commissie hun vestigingsklimaat negatief zal beïnvloeden. Om die reden zijn lidstaten alternatieven gaan bedenken voor belastingheffing van bancaire instellingen.

Op 15 december 2011 is een wetsvoorstel tot invoering van een bankenbelasting in Nederland ingediend. Het hoofddoel van dit voorstel is om een bijdrage van de bancaire sector te vragen voor de recente investering in de stabiliteit van deze sector door de overheid. Daarnaast streeft het voorstel naar risicobeheersing en het matigen van het beloningsbeleid in de sector. Volgens Kavelaars wijkt de



Nederlandse variant duidelijk af van de door de Europese Commissie ingeslagen weg. Dit is naar zijn mening niet verwonderlijk, omdat Nederland zich in eerste instantie verzette tegen de FTT.

Op het moment dat Kavelaars de lezing gaf aan de JOB-leden, te weten 5 april 2012, was het wetsvoorstel bankenbelasting aanhangig bij de Tweede Kamer.

Inmiddels is, op 10 juli 2012, het wetsvoorstel bankenbelasting door de Eerste Kamer aangenomen. De wet is in werking getreden met ingang van 1 oktober 2012 door het op 17 september gepubliceerde koninklijke besluit.

### 3 ACHTERGROND BELASTINGHEFFING OP FINANCIËLE TRANSACTIES

Kavelaars start zijn lezing met het noemen van de achtergrond van de invoering van een belastingheffing ter zake van financiële transacties. Argumenten voor de invoering van een dergelijke belastingheffing zijn:

- Bancaire instellingen zijn veroorzakers van de financiële crisis en moeten meebetalen. Ze moeten als het ware betalen voor de garantie dat ze niet omvallen.
- Bancaire instellingen zouden de steun die zij hebben ontvangen van de overheid moeten terugbetalen. Het is echter maar de vraag of dit argument standhoudt, omdat banken wel degelijk terugbetalen aan de overheid en de overheid hier ook daadwerkelijk aan verdient wegens de hoge rente.
- Bancaire instellingen zijn leveranciers van risicovolle producten. Door middel van een bankenbelasting zouden de risico's teruggedrongen moeten worden.
- Bancaire instellingen betalen te hoge bonussen aan hun werknemers.
- Bancaire instellingen moeten betalen voor de 'garantie' die ze vanuit de overheid krijgen ten aanzien van de continuïteit van de banken. Nederland betaalt de steun aan de banken uit de algemene middelen (er is geen apart potje voor). Hiervoor wil de overheid een vergoeding.
- De bankensector is onderbelast (bancaire instellingen zijn niet onderworpen aan btw en dragen door winstdalingen gedurende de afgelopen jaren minder bij aan de vennootschapsbelasting).
- Door middel van de FTT wil de EU eigen middelen genereren. Dit is één van de punten waarom een groot aantal lidstaten tegen een Europeesrechtelijke FTT is. Ze willen niet (nog) meer gaan afdragen aan de EU.

Kavelaars merkt op dat hij het opmerkelijk vindt dat diverse lidstaten (waaronder Nederland) op dit moment werken aan de invoering van een bankenbelasting. Dit doen ze aan de ene kant om weerstand te vormen tegen de FTT zoals voorgesteld door de Europese Commissie. Met een eigen bankenbelasting kunnen lidstaten veel meer sturen en tegelijkertijd geld incasseren van bancaire instellingen.

Het voordeel voor de overheid is dat er weinig protest is tegen de invoering van een bankenbelasting. De burgers en het bedrijfsleven zullen niet protesteren. Het gaat om hooguit tien banken die getroffen zullen worden. Dit is meteen

ook een kenmerk van de bankenbelasting. Het is de belasting met de minste belastingplichtigen, vermoedelijk acht.

#### 4 FINANCIËLE EN ECONOMISCHE ASPECTEN

Kavelaars wijst op de enorm brede grondslag van de FTT. Het volume van financiële transacties is 70 keer het wereldwijde BBP. Als we vervolgens naar Nederland kijken, dan blijkt het Nederlandse aandeel in het internationaal bankieren tussen de € 1.800 en 4.600 miljard te liggen. Het BBP van Nederland bedraagt € 600 miljard.

Het Centraal Plan Bureau heeft de schade in Nederland als gevolg van het invoeren van de FTT zoals voorgesteld voor de Europese Commissie berekend. De schade aan de economie zou 0,2% tot 0,3% bedragen. Dit zou leiden tot een afname van het BBP tussen de 0,4% en 1,2%.

De Europese Commissie heeft in haar 'impact assessment' ook ingeschat wat de invloed is van de voorgestelde FTT. Volgens de Europese Commissie zal de economische groei afnemen (met ongeveer 0,5% van het BBP). Daarnaast zal de omzet primaire markten dalen met ongeveer 15%. De omzet derivaten zal eveneens dalen, dit kan oplopen tot een afname van 75%.

De Europese Commissie voorziet geen problemen met betrekking tot de afname van de Europese groei. Het is namelijk het risicovolle deel dat afneemt en daarvan is de Europese Commissie van oordeel dat dit beter naar buiten de EU verplaatst kan worden. Lidstaten hebben hier uiteraard wel problemen mee.

#### 5 BONUSBELASTINGEN

Tijdens de lezing gaat Kavelaars kort in op de motie van de PVV met betrekking tot de belastingheffing over bonussen. In maart 2011 heeft de PVV voorgesteld om alle bonussen die sinds 2008 zijn uitgekeerd door financiële instellingen eenmalig tegen een tarief van 100% te belasten. Kavelaars bespreekt de relatie met de bankenbelasting en geeft aan dat in een aantal lidstaten reeds een specifieke bonusbelasting bestaat. Nederland beweegt, door te beginnen met een bankenbelasting, ook die richting op.

#### 6 TWEE ALTERNATIEVEN BELASTINGHEFFING FINANCIËLE TRANSACTIES

Er zijn in hoofdzaak twee manieren waarop volgens het IMF de belastingheffing van financiële transacties kan worden vormgegeven.

1. Financial Transaction Tax (FTT)
2. Financial Activity Tax (FAT)

Bij de eerste variant, de FTT, kunnen twee vormen worden onderscheiden. De FTT met smalle grondslag (waarbij derivaten niet worden meegenomen) en de

FTT met brede grondslag (inclusief derivaten). Bij de FTT wordt de transactie zelf belast. De grondslag van de belastingheffing is de waarde van hetgeen wordt verhandeld. Bij derivaten wordt gesproken van een afgeleide 'eigen' waarde.

De tweede variant, de FAT, sluit aan bij de resultaten van de financiële instelling. Hierbij kan onderscheid gemaakt worden in drie methoden:

- de winst of loonsom van de bank (brede basis);
- de loonsom van de bank en de overwinst (beperkte basis);
- de overwinst (enge basis).

Kavelaars geeft aan dat tegen deze variant van belastingheffing veel minder weerstand bestaat. Daarnaast zou deze variant volgens hem veel effectiever zijn, omdat je de grondslag niet naar het buitenland kunt verplaatsen (bij de FTT wordt kapitaal gewoon verplaatst naar buiten de EU).

De Europese Commissie heeft echter bewust niet gekozen voor de FAT, maar de motivering hiervoor is vaag. Naar de mening van Kavelaars is deze keuze merkwaardig en laat deze zich niet goed plaatsen.

## 7 VOORBEELDEN BANKENBELASTING IN HET BUITENLAND

Tijdens de lezing zijn diverse voorbeelden gegeven van landen die reeds een vorm van bankenbelasting hebben. Voorbeelden zijn Denemarken, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Nederland heeft zijn bankenbelasting sterk geënt op het Engelse model.

## 8 INVOERING VAN EEN EUROPESE FAT OF FTT

Het Centraal Plan Bureau heeft een onderzoek gedaan naar de invoering van een FTT of FAT op Europees niveau. Hieruit zijn diverse conclusies af te leiden:

- invoering heeft negatieve economische effecten;
- verstoringen op de financiële markten worden niet weggenomen;
- inefficiënte heffing;
- afwenteling op eindverbruikers (de banken zullen uiteindelijk zelf niets dragen, zij zullen de kosten afwentelen op de consumenten).

## 9 EUROPESE FTT

De grondslag voor de FTT is dat alle financiële transacties worden belast. Onder financiële transacties wordt verstaan de aankoop/verkoop van een financieel instrument en de interne overdracht van een financieel instrument, maar ook derivatencontracten.

Het subject van de FTT zijn 'financiële instellingen'. Hieronder wordt verstaan: banken, beleggingsinstellingen, verzekeraars, pensioenfondsen, financieringsvennootschappen van concerns en kredietinstellingen die gevestigd zijn in een lidstaat.

De FTT kent geen voorziening voor dubbele belasting. Bij een transactie tussen twee instellingen, het uiteenvallen van transacties en grensoverschrijdende transacties bestaat dus de kans op dubbele belastingheffing. Dit licht Kavelaars uitgebreid toe door middel van een afbeelding waarop heel duidelijk te zien is dat er snel sprake is van dubbele belastingheffing.

Het tarief van de FTT mag door de lidstaat zelf worden bepaald. Het is immers de lidstaat zelf die de FTT invoert. De Europese Commissie geeft wel een minimumtarief waar elke lidstaat zich aan moet houden. Voor primaire waardepapieren geldt een minimum tarief van 0,1% en voor derivaten 0,01%.

## 10 BANKENBELASTING

De achtergrond van de Nederlandse bankenbelasting is het financieren van de verlaging van de overdrachtsbelasting. Daarnaast wil de staat dat bancaire instellingen een vergoeding betalen voor de garantie die zij krijgen van de overheid.

Het subject van de Nederlandse bankenbelasting zijn de Nederlandse banken en de buitenlandse banken met een filiaal in Nederland. Voor filialen van banken uit een EU-lidstaat geldt dat zij belastingplichtig zijn als zij de zogenoemde notificatieprocedure hebben doorlopen en voor filialen van banken uit een land buiten de EU geldt dat zij onderworpen zijn aan bankenbelasting als de Nederlandsche Bank een vergunning heeft afgegeven. Op dit punt wijkt de Nederlandse bankenbelasting af van de Europese FTT, die niet alleen banken als subject aanwijst.

Bij een geconsolideerde groep wordt in beginsel alleen gekeken naar de topholding, deze vennootschap is belastingplichtig. Alle overige concern onderdelen worden 'meegetrokken'.

Voor de grondslag van de Nederlandse bankenbelasting wordt aangesloten bij de passiefzijde van de balans. Er wordt gekeken wat de *ongedekte schuldenpositie* van een bank is. De volgende rekensom wordt in dat kader gemaakt: totaal van de passiva (korte en lange verplichtingen) minus het toetsingsvermogen van de bank minus de verplichtingen die onder het depositogarantiestelsel vallen. Daarnaast wordt de belastinggrondslag verminderd met een doelmatigheidsvrijstelling van € 20 miljard.

Ten tijde van de lezing op 5 april 2012 bedroegen de voorgestelde tarieven 0,022% (korte verplichting) en 0,011% (lange verplichting). Deze tarieven zijn inmiddels verdubbeld en zullen bij de invoering van de wet bankenbelasting op 1 oktober 2012 0,044% en 0,022% bedragen. Daarnaast wordt ook een aparte bonustoeslag voor bestuurdersbeloningen ingevoerd. Als de bonus van ten minste een van de bestuurders in een jaar meer dan 100% van zijn salaris bedraagt, dan wordt het bovengenoemde tarief vermenigvuldigd met 1,1. Het bonuspercentage van 100 wordt over twee jaren verlaagd tot 25.

Tijdens de parlementaire behandeling zijn vragen gesteld over de voorkoming van dubbele belasting. Deze vragen hebben ertoe geleid dat de staatssecretaris van Financiën een voorstel tot wijziging van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 heeft ingediend. Op basis hiervan zou Nederland ter voorkoming van dubbele belasting een vermindering van Nederlandse bankenbelasting geven ten aanzien van in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen of bijkantoren van buitenlandse bankorganisaties, mits sprake is van wederkerigheid. De definitieve aanpassing van het BvdB 2001 is op 12 augustus 2012 gepubliceerd.

## 11 CONCLUSIE EN AFSLUITING

Aan het einde van de lezing bespraken we met elkaar wat er nu in de praktijk zal gebeuren na invoeringen van de FTT of bankenbelasting. De conclusie is dat de Nederlandse bankenbelasting alleen zal worden geheven van banken (relatief weinig belastingplichtigen). Deze instellingen zullen hun kosten gaan afwentelen. Het is de consument die opdraait voor de kosten.

Daarnaast zullen banken hun verplichtingen wellicht gaan verplaatsen. Op grond van de voorgestelde regeling lijkt het logisch dat banken hun langlopende verplichtingen in Nederland zullen aanhouden, maar dat zij hun kortlopende verplichtingen wellicht naar het buitenland zullen verplaatsen.

Kavelaars geeft aan dat met de huidige voorgestelde tarieven van de bankenbelasting (te weten 0,022% en 0,011% op het moment dat de lezing plaatsvond) de impact van de bankenbelasting op de consument wel zal meevallen. Dit zal veranderen wanneer de tarieven drastisch verhoogd zullen worden, hetgeen op den duur niet ondenkbaar is.

# IV Onzakelijke leningen

Lezing gehouden op 26 april 2012 door dr. J.H.M. Arts, werkzaam bij Wesselman Accountants/Belastingadviseurs en verbonden aan de Universiteit Maastricht.

## 1 INLEIDING

Hans Arts was verbaasd toen hij in de praktijk werd geconfronteerd met de stelling van een inspecteur dat een afwaarderingsverlies op een lening ‘omlaag’ niet aftrekbaar zou zijn. In het vervolg van zijn lezing zal hij eerst uiteenzetten hoe het zo ver heeft kunnen komen. Vervolgens zal hij de onzakelijkeleningleer uit recente arresten van 25 november 2011, 13 januari 2012 en 9 maart 2012 bespreken. Daarna plaatst hij de arresten over de onzakelijke lening ‘omlaag’ in een theoretisch kader en geeft hij zijn eigen visie weer.<sup>27</sup> Ook komt een groot aantal ‘varia’ op het gebied van de onzakelijke lening aan bod. Hij sluit zijn lezing af met een aantal praktische oplossingen om onzakelijke leningen te vermijden.

## 2 CERTIFICAATHOUDERSUITKOOPARREST

In het Certificaathoudersuitkooparrest (*BNB 2008/191*) was sprake van een lening ‘omhoog’: een lening van een dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij. Volgens de Hoge Raad was het verlies op de lening niet aftrekbaar, omdat de schuldeiser/dochtermaatschappij het volle debiteurenrisico had aanvaard om het belang van de schuldenaar/moedermaatschappij als aandeelhouder te dienen. Derhalve werd het verlies geleden ‘in de kapitaalsfeer’. Volgens Arts paste dit arrest in de al oude jurisprudentie over verkapte winstuitdelingen c.q. over verliezen die een vennootschap omwille van haar aandeelhouder als zodanig aanvaardt.<sup>28</sup> Hij wijst op het standaardarrest *BNB 1954/22*, het *Cessna-arrest (BNB 2002/210)*<sup>29</sup> en het *renpaarden-arrest (BNB 2002/290)*. Naar zijn mening zou het Certificaathoudersuitkooparrest (*BNB 2009/191*) daarom alleen betekenis moeten hebben voor gevallen van leningen van een dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij. Naar aanleiding van het arrest is in de literatuur echter discussie ontstaan over de vraag of *BNB 2008/191* ook gevolgen heeft voor (verliezen op) onzakelijke leningen ‘omlaag’: de veel vaker voorkomende situatie dat een moedermaatschappij een lening verstrekt aan haar dochtermaatschappij.

27. Voor de visie van Arts zij ook verwezen naar J.H.M. Arts, ‘Het belang van het motief van een lening voor de vennootschapsbelasting’, *WFR* 2009/921 en J.H.M. Arts, ‘De arresten van 25 november 2011 over de onzakelijke lening of de nieuwe kleding van de keizer’, *MBB* 2012/02.

28. Zie J.H.M. Arts, *Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting*, § 2.4, Editiones princeps, Lelystad 1997.

29. HR 8 maart 2002, nr. 36.292, *BNB 2002/210*, *NTRF* 2002/382.

Tijdens de lezing verwijst hij onder andere naar het commentaar van Redactie Vakstudie Nieuws bij het Certificaathoudersuitkooparrest in *V-N* 2008/23.14.

### 3 DE ONZAKELIJKELENINGLEER

Met het kernarrest van 25 november 2011 (*BNB* 2012/37) is duidelijk geworden dat het Certificaathoudersuitkooparrest *BNB* 2008/191 ook geldt voor de onzakelijke lening ‘omlaag’. De onzakelijkeleningleer die de Hoge Raad – voor de crediteur – uiteenzet in *BNB* 2002/37 kan als volgt worden samengevat:

1. De Hoge Raad stelt voorop dat voor de fiscale gevolgen van een geldverstrekking de civielrechtelijke vorm die de partijen ervoor gekozen hebben, beslissend is. Is gekozen voor een geldlening, dan heeft deze de fiscale gevolgen van een verstrekking van vreemd vermogen, tenzij zich een van de drie uitzonderingen uit het Unilevarrest (*BNB* 1988/217) voordoet waarin een geldlening fiscaal als een kapitaalverstrekking moet worden behandeld.
2. Vervolgens beslist de Hoge Raad dat als de geldverstrekking ook fiscaal als een geldlening moet worden aangemerkt, nagegaan moet worden of de overeengekomen rente zakelijk is. Is de rente niet zakelijk, dan moet zij in overeenstemming met het at-arm’s-lengthbeginsel naar een zakelijk niveau worden gecorrigeerd. Deze correctie mag er echter niet toe leiden dat de rente in wezen winstdelend wordt.
3. Kan ook met toepassing van het at-arm’s-lengthbeginsel geen zakelijke (niet-winstdelende) rente worden bepaald, dan moet worden verondersteld dat de crediteur met de lening een risico loopt dat een derde niet zou hebben aanvaard. Kan een dergelijke zakelijke, niet-winstdelende rente niet worden bepaald, dan is sprake van een onzakelijke lening, d.w.z. een lening met een debiteurenrisico dat een onafhankelijke derde niet zou hebben gelopen. Het afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening is dan niet aftrekbaar.
4. In geval van een onzakelijke lening dient ook de overeengekomen rente te worden gecorrigeerd naar een ‘at arm’s length’-niveau. Bij deze rentecorrectie maakt de Hoge Raad een vergelijking met een borgstellingssituatie: het debiteurenrisico dat een vennootschap bij het verstrekken van een onzakelijke lening aan een met haar gelieerde vennootschap aanvaardt, is te vergelijken met het risico dat zij loopt bij een borgstelling voor de lening indien deze onder overigens vergelijkbare voorwaarden zou zijn aangegaan bij een derde. Als vuistregel kan daarom de rente op de onzakelijke lening worden gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten betalen indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen.

Verder overweegt de Hoge Raad dat voor een lening als geheel moet worden beoordeeld of deze zakelijk of onzakelijk is. Een geldlening kan derhalve niet worden gesplitst in een zakelijk en een onzakelijk deel. Bovendien deelt de (eventueel) bijgeschreven rente het lot van de hoofdsom.

Voorts is uit *BNB* 2012/38 duidelijk geworden dat een boekverlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’, onder voorwaarden, mag worden toegevoegd aan het

opgeofferde bedrag van de deelneming/schuldenaar. Bovendien blijkt uit *BNB 2012/78* dat de onzakelijkeleningleer ook geldt in de tbs-sfeer en dat een boekverlies op een onzakelijk lening ('omlaag') in de tbs-sfeer, onder voorwaarden, mag worden toegevoegd aan de verkrijgingsprijs van de aandelen.

Uit het arrest van 13 januari 2012 (*BNB 2012/79*) blijkt dat onzakelijke voorwaarden de lening nog niet per definitie als onzakelijke lening bestempelen. Indien sprake is van onzakelijke voorwaarden, maar nog niet van een onzakelijk debiteurenrisico, dient de onzakelijke rente te worden gecorrigeerd naar een zakelijk niveau. Pas als het niet mogelijk is om onder gelijke voorwaarden een zakelijke rente te bepalen, is de lening onzakelijk. In het arrest van 9 maart 2012 (*V-N 2012/15.19*) heeft de Hoge Raad zijn leer uit het kernarrest *BNB 2012/37* en uit het arrest *BNB 2012/79* bestendigd.

#### 4 THEORETISCH KADER ONZAKELIJKE LENING OMLAAG

Is sprake van een onzakelijke lening 'omlaag', dan is een verlies op de lening niet aftrekbaar. De Hoge Raad motiveert dit met de overweging dat in geval van een onzakelijke lening het debiteurenrisico in de kapitaalsfeer ligt.<sup>30</sup> Uit, met name, het kernarrest *BNB 2012/37* blijkt niet waarop deze beslissing van de Hoge Raad gebaseerd zou kunnen zijn. In zijn noot bij *BNB 2012/37* geeft Albert aan dat de term 'kapitaalsfeer' hem niet correct lijkt. Het debiteurenrisico berust namelijk bij de crediteur/aandeelhouder en de kapitaalsfeer van de crediteur/aandeelhouder wordt in het geheel niet beïnvloed door het debiteurenrisico dat hij loopt. Voor 'kapitaalsfeer' moet naar zijn mening 'deelnemingsfeer' gelezen worden. Volgens Heithuis (noot bij *BNB 2012/78*) is het verlies niet aftrekbaar, omdat sprake is van een informele kapitaalstorting op het moment dat het verlies op de lening definitief wordt (bijvoorbeeld als gevolg van kwijtschelding van de lening of als gevolg van het faillissement van de schuldenaar). Marres (*WFR 2012/142*) is eveneens van mening dat sprake is van een informele kapitaalstorting, zij het reeds op het moment dat de lening wordt afgewaardeerd.

Arts kan uit het arrest niets anders opmaken dan dat de Hoge Raad de kapitaalsfeer van de crediteur, de moedermaatschappij, bedoelt. Maar dit is dan een misvatting volgens hem. Een vordering van een moedermaatschappij op haar dochtermaatschappij kan niet in de kapitaalsfeer van de moedermaatschappij liggen. Ook het houden van de aandelen in de dochtermaatschappij ligt niet in de kapitaalsfeer van de moedermaatschappij. Het gaat er enkel om of de vordering of de aandelen behoren tot het vermogen van de onderneming van de moedermaatschappij. Is dit het geval, dan volgt uit het concept van de totale winst, zoals vervat in art. 8, lid 1, Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001, dat alle voordelen, positief en negatief, met betrekking tot die bezittingen een bestanddeel vormen

30. HR 25 november 2011, nr. 08/05323, r.o. 3.3.5, slot: 'Zoals een borgstelling voor een lening die door een derde aan een gelieerde vennootschap is verstrekt in zijn geheel al dan niet in de kapitaalsfeer ligt, heeft hetzelfde te gelden voor het debiteurenrisico van een onzakelijke lening' en r.o. 3.3.6, slot: 'Hetzelfde geldt immers met betrekking tot de niet betaalde rente indien een vennootschap geld heeft geleend van een derde onder een borgstelling die een met haar gelieerde vennootschap in de kapitaalsfeer heeft verstrekt.'



van de totale winst van de moedermaatschappij. Een verlies op een lening kan, anders dan waar de Hoge Raad blijkbaar van uitgaat, niet een verlies zijn dat ligt in de kapitaalsfeer van de moedermaatschappij. De kapitaalsfeer van de moedermaatschappij betreft haar verhouding met haar aandeelhouder(s) en andere belanghebbenden bij haar onderneming.<sup>31</sup> Tot die belanghebbenden behoort de dochtermaatschappij als zodanig niet. Zij is immers als zodanig geen rechthebbende in de winst van haar moedermaatschappij. De kapitaalsfeer van een vennootschap bestaat uit haar uitgaven, lasten en afschrijvingen ten behoeve van de gerechtigden tot haar winst. Dit zijn de onttrekkingen. Omdat een verlies op een lening aan een dochtermaatschappij geen uitgave, last of afschrijving is ten behoeve van een gerechtigde tot de winst van de moedermaatschappij, is het geen onttrekking.

Redenen waarom een verlies op een vordering op een dochtermaatschappij niet aftrekbaar is, kunnen wel zijn dat het verlies onder de deelnemingsvrijstelling valt of dat een bedrag ter grootte van het verlies als informeel kapitaal wordt gebracht op de aandelen in de dochtermaatschappij.

Het eerste werd beslist in het arrest *BNB 1988/217*. Er dient zich dan een van de drie in dat arrest genoemde uitzonderingen voor te doen, waarin een geldlening voor de belastingheffing niet als zodanig behandeld wordt. Maar de Hoge Raad sluit in *BNB 2012/37* de onzakelijke lening ‘omlaag’ uitdrukkelijk uit van de gevallen waarin een geldlening als een verkapte kapitaalverstrekking moet worden aangemerkt. Binnen het wettelijke systeem zou dit voor de vennootschapsbelasting een mogelijkheid zijn geweest om het verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ bij een crediteur van aftrek uit te sluiten als bij hem op de aandelen in de debiteur de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.<sup>32</sup>

Wil er sprake zijn van een informele kapitaalstorting, dan moet er een vermogensverschuiving van de aandeelhouder naar de vennootschap zijn die haar oorzaak vindt in het aandeelhouderschap.<sup>33</sup>

Dit doet zich bij een geldverstrekking enkel voor indien een aandeelhouder aan de vennootschap geld verstrekt zonder dat een terugbetalingsverplichting wordt overeengekomen dan wel indien en voor zover een vordering formeel of feitelijk door de aandeelhouder als zodanig onherroepelijk wordt prijsgegeven<sup>34</sup>. In dit laatste geval neemt bij de aandeelhouder het bedrag van zijn vordering af met een bedrag gelijk aan dat van de kwijtschelding en neemt de verkrijgingsprijs van zijn aandelen met hetzelfde bedrag toe.<sup>35</sup> Zo ontstaat bij een kwijtschelding dezelfde situatie als wanneer de aandeelhouder het bedrag

31. Zie J.H.M. Arts, *Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting*, § 2.4, Editiones princeps, Lelystad 1997.

32. De Hoge Raad heeft dit in het arrest HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, *V-N 2013/14.13*, *NTFR 2013/638*, alsnog zo beslist.

33. Zie J.H.M. Arts, *Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting*, § 4.4.2, Editiones princeps, Lelystad 1997.

34. Zie J.H.M. Arts, *Kapitaalstortingen voor de vennootschapsbelasting*, § 4.4.2, Editiones princeps, Lelystad 1997.

35. Zie voor het aanmerkelijk belang HR 11 juni 2004, nr. 39.584, *BNB 2005/150*, *NTFR 2004/924*, *FED 2004/436*.

van meet af aan als kapitaal had verstrekt. Of het verlies op de aandelen dat bij de kwijtschelding ontstaat, aftrekbaar is, hangt voor de vennootschapsbelasting af van de toepasselijkheid van de deelnemingsvrijstelling. Voor de inkomstenbelasting kan er slechts een aftrekbaar verlies uit aanmerkelijk belang ontstaan bij een vervreemding van de aandelen. Het voor de deelneming opgeofferde bedrag of de verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang wordt in ieder geval met het bedrag van de prijsgegeven vordering verhoogd, waardoor bij liquidatie van de deelneming dan wel een vervreemding van het aanmerkelijk belang alsnog een aftrekbaar verlies kan ontstaan. In het geval van *BNB 2012/37* kan van een informele kapitaalstorting geen sprake zijn, omdat niet als feit is vastgesteld dat de vordering is prijsgegeven. Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt ook niet dat deze daarvan uitgaat.<sup>36</sup> Nu er in het geval van *BNB 2012/37* noch een verkapte kapitaalverstrekking noch een informele kapitaalstorting (in de vorm van kwijtschelding van de lening) is, is er geen reden waarom het verlies op de vordering niet aftrekbaar is.

De arresten analyserend, komt Arts tot de conclusie dat de beslissing van de Hoge Raad dat een verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’ niet aftrekbaar is, uit de daarvoor gebruikte motivering niet kan volgen. Zijn conclusie is dat de huidige wetteksten geen ruimte bieden voor weigering van de aftrek van een verlies op een onzakelijke lening ‘omlaag’, zoals omschreven door de Hoge Raad in *BNB 2012/37*. Dit geldt zowel voor onzakelijke leningen in de vennootschapsbelasting als voor onzakelijke leningen in de inkomstenbelasting die onder de terbeschikkingstellingsregeling vallen.

## 5 VARIA

### 5.1 Informele kapitaalstorting

Het is niet duidelijk of de Hoge Raad de toevoeging van het afwaarderingsverlies aan het opgeofferde bedrag voor de deelneming of de verkrijgingsprijs van de ab-aandelen ziet als een informele kapitaalstorting of baseert op een redelijke wetstoepassing. Als sprake is van een informele kapitaalstorting, heeft dit ook consequenties voor de debiteur: de debiteur wordt dan bevrijd van een schuld (van haar terugbetalingsverplichting) zonder dat vrijvalwinst ontstaat. Het lijkt er overigens niet op dat de afwaardering van een onzakelijk lening op zich al meebrengt dat sprake is van een informele kapitaalstorting.

### 5.2 Onzakelijke kwijtschelding

Het arrest *BNB 2012/78* betrof een onzakelijke kwijtschelding van een zakelijke lening, waardoor het verlies niet ten laste van het tbs-resultaat mocht komen. Als een aandeelhouder uit aandeelhoudersmotieven een vordering prijsgeeft, wordt de hoofdsom als informeel kapitaal gestort bij het prijsgeven. Dan geldt

36. Zie onderdeel 3.3.1 (er doet zich geen geval voor waarin een geldlening als een verkapte kapitaalverstrekking moet worden aangemerkt), onderdeel 3.3.2 (uitgegaan moet worden van hetgeen partijen zijn overeengekomen) en onderdeel 3.3.5 (de lening moet als geheel op haar onzakelijkheid worden beoordeeld).

bij een moedermaatschappij/crediteur art. 13ba Wet VPB 1969 en bij een ab-houder/crediteur art. 3.98a Wet IB 2001. De arresten *BNB 2012/37-39* en *BNB 2012/78* doorkruisen dit principe.

### 5.3 Bijzondere omstandigheden

Uit *BNB 2008/191* en *BNB 2012/37* blijkt dat in geval van bijzondere omstandigheden een afwaarderingsverlies op een onzakelijke lening wel in aftrek kan worden gebracht. Op 29 maart 2012 (zaaknr. CPG11/03249, *V-N 2012/22.17*) heeft A-G Wattel een conclusie genomen over wat onder 'bijzondere omstandigheden' dient te worden verstaan. A-G Wattel meent dat het criterium 'bijzondere omstandigheden' ziet op twee situaties: (i) naast de niet-aandeelhoudersrelatie als crediteur staat de geldverstrekker nog in een andere niet-aandeelhoudersrelatie tot de debiteur, en in die laatste relatie heeft de crediteur er – mitsdien zakelijk – belang bij zich als crediteur anders te gedragen dan hij zou doen als hij uitsluitend in crediteurshoedanigheid zou optreden; (ii) de geldverstrekker heeft als crediteur geen keuze: ook een niet-gelieerde geldverstrekker zou als gevolg van bijzondere omstandigheden gedwongen zijn af te wijken van normale leningvoorwaarden; in het laatste geval moet wel de voorwaarde gesteld worden dat de gelieerde geldverstrekker niet in de dwangpositie terechtgekomen is als gevolg van voorafgaand onzakelijk handelen.

### 5.4 (Onzakelijke) borgstellingen in de tbs-sfeer

Als een ab-houder zich borg stelt voor een schuld van zijn bv, krijgt hij een regresvordering op de bv zodra hij tot betaling van de schuld wordt aangesproken. Uit een arrest van 9 maart 2012 (nr. 10/03641, *V-N 2012/15.18*) vloeit voort dat de ab-houder vanaf de aanvang van de borgstelling onder de tbs-regeling valt. Als sprake is van een zakelijke borgstelling, kan het afwaarderingsverlies op de regresvordering ten laste van het tbs-resultaat worden gebracht.

In Hof 'Den Bosch 14 januari 2012, nr. 09/00672, *V-N 2011/29.14* is beslist dat een borgstelling onzakelijk is als de ab-houder daarvoor geen borgstellingsvergoeding ontvangt. Het hof verbindt daaraan de conclusie dat de regresvordering dan ook onzakelijk is, waardoor een verlies op die vordering niet ten laste van het resultaat kan worden gebracht. Arts merkt op dat de Hoge Raad zich over deze kwestie nog niet heeft uitgelaten.<sup>37</sup>

### 5.5 Onzakelijke leningen 'opzij'

Hoewel dit nog niet uitdrukkelijk door de Hoge Raad is beslist mag worden aangenomen dat *BNB 2008/191* en *BNB 2012/37* ook gelden voor onzakelijke leningen 'opzij': een lening van de ene zustermaatschappij aan de andere zustermaatschappij. Het afwaarderingsverlies op een lening 'opzij' is een verkapte winstuitdeling aan de gemeenschappelijke moedermaatschappij (conform *BNB 2008/191*). Bij de gemeenschappelijke moedermaatschappij wordt een bedrag

37. Inmiddels wel, zie HR 1 maart 2013, nr. 11/01985, *V-N 2013/12.17*, *NTR 2013/586*.

ter grootte van het afwaarderingsverlies onttrokken ten behoeve van de debiteur (conform *BNB* 2012/37).

## 5.6 De onzakelijke lening bij de debiteur

De onzakelijke lening blijft fiscaalrechtelijk een lening voor de crediteur. Dit geldt evenzeer voor de debiteur. De afwaardering van een onzakelijke lening bij de crediteur heeft bij de debiteur geen gevolgen omdat de terugbetalingsverplichting onverminderd blijft bestaan. De rente op een onzakelijke lening is bij de debiteur aftrekbaar, behoudens de wettelijke renteaftrekbeperkingen (art. 10a, 10b, 10d<sup>38</sup> en 15ad Wet VPB 1969). Met name art. 10b Wet VPB 1969 kan aan renteaftrek in de weg staan. Als bij de debiteur een renteaftrekbeperking geldt voor een onzakelijke lening, kan echt sprake zijn van een 'beroerde situatie'. Immers, bij de in Nederland belastingplichtige crediteur wordt de rente wel in de heffing betrokken, terwijl deze een eventueel verlies op de hoofdsom of de rentevordering niet ten laste van de winst kan brengen.

## 6 PRAKTISCHE OPLOSSINGEN OM ONZAKELIJKE LENINGEN TE VERMIJDEN

Aan het slot van zijn lezing schetst Arts een aantal praktische oplossingen om een onzakelijke lening te vermijden. In vogelvlucht zijn dit:

1. Pas de voorwaarden van een lening zodanig aan dat de lening zakelijk wordt.
2. Splits een lening contractueel in twee of meer leningen: een zakelijke lening en een (mogelijk) onzakelijke lening.
3. Zet een lening om in een deelnemerschapslening: deze wordt zowel bij de crediteur als bij de debiteur volledig in de kapitaalsfeer/deelnemingsfeer betrokken.
4. Zet een lening om in (in)formeel kapitaal.

## 7 AFSLUITING

Arts heeft met zijn lezing, en zijn enthousiasme, duidelijk laten blijken dat de onzakelijke lening zowel vanuit theoretisch als vanuit praktisch oogpunt een buitengewoon interessant onderwerp is. Voor de gehele Nederlandse fiscale praktijk is het een zeer belangrijk onderwerp. Niet in de laatste plaats omdat door de inspecteurs van de Belastingdienst te pas en te onpas wordt gesteld dat sprake is van een onzakelijke lening.

38. Met ingang van 2013 vervallen. Daarvoor is met ingang van 2013 in de plaats gekomen de beperking van de aftrek voor deelnemingsrente (art. 13l Wet VPB 1969).



# V *Fiscale planning bij internationale fusies en overnames*

Lezing gehouden op 31 mei 2012 door mr. P.F.E.M. Merks, werkzaam bij DLA Piper Nederland NV.

Wat is de legitimiteit van internationale fiscale planning? En wat zijn de fiscale aandachtspunten die aan de orde komen bij internationale fusies en overnames? In een algemene beschouwing van recente internationale transacties gaat mr. P.F.E.M. (Paulus) Merks in op de belangrijkste facetten van het fiscaal optimaliseren en plannen van internationale structuren.

## 1 DE LEGITIMITEIT VAN FISCALE PLANNING

Merks begint met een actuele analyse van fiscale planning. Immers, wereldwijd is de aandacht voor allerlei vormen van fiscale planning groot. De laatste jaren is er een groeiende universele belangstelling voor fiscale planning onder belastingautoriteiten, wetgevers, intergouvernementele instellingen (OESO, Europese Unie) en belastingbetalers. Deze vorm van belastingbesparing is volgens Merks in belang toegenomen als direct gevolg van de recente economische malaise. Malaise die ertoe heeft geleid dat belasting bespaard wordt als bron van financiering. Maar bovenal is de groeiende belangstelling een gevolg van de toenemende globalisering. Het verdwijnen van barrières voor internationale handel en investeringen leidt ertoe dat vennootschappen en natuurlijke personen eenvoudiger belasting kunnen ontwijken.

Het feit dat landen het legaal verminderen van de belastingdruk door belastingplichtigen accepteren, wil niet zeggen dat zij dit gedrag ook altijd appreciëren. Het tegendeel is veelal het geval. Regeringen beschouwen fiscale planning vaak als onwenselijk. Het OESO-rapport inzake internationale belastingontduiking en belastingontwijking vermeldde in dit kader al 25 jaar geleden – vrij vertaald – ‘Belastingontwijking en -ontduiking zijn zorgwekkend voor regeringen, aangezien dergelijk gedrag haaks staat op fiscale gelijkheid, het belangrijke budgettaire gevolgen kent en een versturende uitwerking heeft op internationale competitie en op kapitaalstromen.’

## 2 KEY OBJECTIVES BIJ FISCALE ACQUISITIEPLANNING

Vervolgens gaat Merks in op de ‘must haves’ bij acquisitieplanning. Een van deze basale ‘must haves’ bij het opzetten van een internationale (acquisitie)structuur is minstens eenmaal een interest- en kostenaftrek. Dit geldt dan bijvoorbeeld (tenminste) voor de lening die wordt aangetrokken van een bank en ter zake

van gerelateerde intercompanytransacties. Verder moet voorkomen worden dat er sprake is van fiscale lekkage, bijvoorbeeld door de heffing van overdrachtsbelasting, regionale heffingen of kapitaalsbelasting in jurisdicties. Ook een mogelijke exitstrategie zal op voorhand duidelijk moeten zijn. Dit laatste blijft een onzekerheid omdat niet altijd kan worden ingeschat hoe de wetgeving van een bepaald land over een aantal jaren zal worden gewijzigd. De wetgeving van nu is vaak de bepalende factor. Bijvoorbeeld bij de aankoop en opbouw van intellectuele eigendom kan dit een risico zijn. Een voorbeeld is het ontstaan van een belastingclaim over de waarde van intellectuele eigendom bij een emigratie of staking van activiteiten in Zwitserland.

'Nice to haves' zijn de bijkomende voordelen bij legitieme fiscale acquisitieplanning. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een verrekenmogelijkheid van bestaande fiscale verliezen, met het doel dat deze niet verdampen, of het fiscaal gunstig repatriëren van bestaande winsten. Ook het creëren van twee (of meerdere) keren interestaftrek kan een bijkomend voordeel zijn. Een 'more than double dip' ontstaat als (bijvoorbeeld) een Spaanse moedervennootschap een Franse target koopt via een Franse Société en Nom Collectif (hierna: SNC). De target wordt gevoegd in een Franse fiscale eenheid met de SNC. Indien de SNC daarna een geldbedrag leent van een Nederlandse entiteit (een 'partnership-achtige') kan in deze structuur een 'more than double dip' ontstaan. Spanje kent namelijk niet dezelfde regels die wij hebben ten aanzien van buitenlandse vaste-inrichtingsverliezen. Deze verliezen kunnen meegenomen worden in de fiscale Spaanse wereldwinst. Door de interestlasten die binnen de Franse fiscale eenheid afgezet kunnen worden tegen de fiscale winsten van de target (let op: sinds 1 januari 2012 moet een SNC actief zijn, er gelden substancevereisten), ontstaat in Spanje een aftrekbaar vaste-inrichtingsverlies. De Nederlandse entiteit is daarnaast niet belast, waardoor over de rentebaten niet wordt geheven.

Het nadeel van de keuze voor een vaste inrichting in deze structuur is dat mogelijk een discussie kan ontstaan over de toerekening van de aandelen van de targetvennootschap. De aandelen in de target zijn moeilijk toe te rekenen aan de vaste inrichting zelf. De moedervennootschap is immers de juridische eigenaar van de onderliggende aandelen. Daar ontstaat 'spanning': er bestaat een risico op heffing van dividendbelasting indien de aandelen aan de moeder-vennootschap toegerekend worden. Veelal vinden fiscale autoriteiten dat er in de vaste inrichting een managementactiviteit moet plaatsvinden waardoor de vaste inrichting feitelijk kan beschikken over de onderliggende aandelen. Dat is meestal niet het geval: Het uiteindelijke beslissende management zit vaak 'hoger' in de structuur.

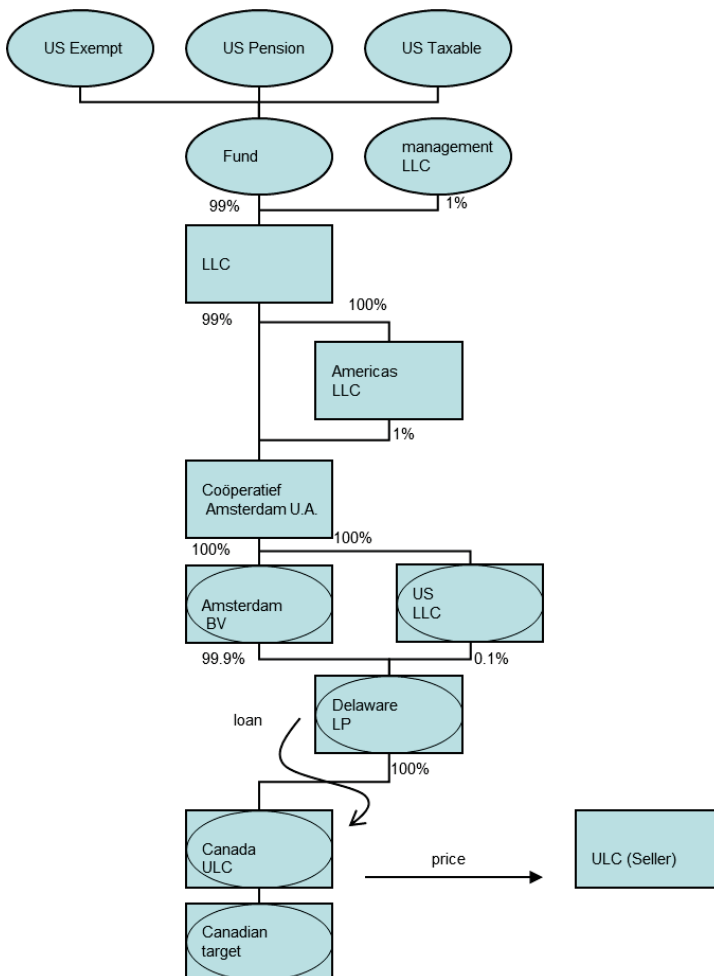
### 3 ACQUISITIE MIDDELS NEDERLANDSE COÖPERATIE

Fiscale planning in de praktijk: Een investeringsfonds gevestigd in Houston gaat mijnbouwactiviteiten overnemen in Canada. Het betreft een fonds waarin vrijgestelde (pensioen)fondsen en een aantal (overige) grote Amerikaanse investeerders (US residents) participeren. Het investeringsfonds richt een

Amerikaanse Limited Liability Company (hierna: LLC) op. Deze entiteit drijft volgens de Nederlandse belastingdienst een onderneming (hierover is uitsluitend verkregen middels een tax ruling) en houdt de rechten in een coöperatie (hierna: COOP). Deze rechten worden toegerekend aan de ondernemingsactiviteiten van de LLC.

Vanuit Nederlandse optiek zijn de buitenlandse entiteiten (onder andere de LLC) niet belastingplichtig. Dit betekent tevens dat zij geen verdragsbescherming genieten. Toepassing van het Verdrag Nederland-Verenigde Staten is echter niet nodig. De geldstromen richting het Amerikaanse investeringsfonds en de achterliggende beleggers worden door Nederland niet belast.

De COOP richt een Nederlandse bv en een Amerikaanse LLC op. Deze entiteiten worden partners in een Amerikaanse Delaware Limited Partnership (hierna: LP), die vervolgens de lidmaatschapsrechten houdt in een Canadese Unlimited Liability Company (hierna: ULC). De ULC koopt de Canadese target.





Het uiteindelijke doel van deze internationale structuur is het creëren van een lening om de target te ‘leveragen’, ofwel: interestlasten af te zetten tegen winsten van de target. Merks merkt op dat de gedachte achter deze structuur is dat de LP door Nederland wordt gezien als een ‘open CV-achtige’; de rechten zijn vrij overdraagbaar, terwijl vanuit Amerikaanse optiek de LP wordt gezien als een transparante entiteit. Dat geldt ook voor de partners in de partnership. In de Verenigde Staten wordt voor fiscale doeleinden alleen de COOP gezien. Dit is de ‘blocker’ (Controlled Foreign Company). Alle entiteiten die zich op de niveaus daaronder bevinden, worden door de Amerikaanse belastingdienst als het ware niet waargenomen; de COOP is daarmee in beginsel de enige juridische entiteit vanuit Amerikaanse optiek.

Vanuit Nederlandse optiek wordt voor de LP deelnemingsvrijstelling geclaimd, want het betreft een entiteit met een in aandelen verdeeld kapitaal. Omdat de Canadese ULC en de target worden gefuseerd, kunnen de interestlasten afgezet worden tegen winsten van de target. Vanuit Canada gezien is de LP ook transparant. Dit is relevant voor de voorkoming van withholding tax ter zake van de betaalde interest op de lening aan de LP en mogelijk toekomstige dividenden.

#### *Acquireren en verliesverrekening*

Actueel is de tweede acquisitiestructuur die Merks behandelt, waarbij de Canadese target beschikt over substantiële verrekenbare fiscale verliezen. De Canadese termijn voor de carry-forward van fiscale verliezen is 20 jaar. Er hoeft in dat geval niet additioneel gepland te worden op aftrekbare rentelasten in Canada, want met de mogelijkheid van verliesverrekening kan men voorlopig de fiscale winsten compenseren. Het aangaan van een intercompanylening zal dan bij de aankoop van deze target niet meer nodig zijn. Ook het gebruik van de Amerikaanse check-the-boxregels is dan (mogelijk) niet meer nodig, evenals de voorkoming van een bronheffing op interestbetalingen. Met andere woorden: de Delaware LP kan uit de structuur worden weggelaten – inclusief de gecreëerde partners in de Delaware LP.

Om de heffing van dividendbelasting te voorkomen zal de COOP nog steeds opgezet moeten worden. De Amerikaanse LLC en de Nederlandse bv gaan in dat geval een COOP aan die vervolgens direct de Canadese target koopt. Deze COOP wordt volledig gefinancierd met eigen vermogen.

#### 4 ACQUISITIE DOOR NEDERLANDSE NV

Dan een andere internationale fiscale structuur: Een beursgenoteerde buitenlandse multinational koopt deelnemingen van een Zuid-Afrikaanse multinational. Het betreffen deelnemingen in onder andere Rusland, Kazachstan en de Oekraïne. Ook hier kan gebruik gemaakt worden van een Nederlandse acquisitiestructuur. Het gebruik van een Nederlandse COOP is echter uitgesloten, omdat er (tijdelijk althans) geen deelnemingsvrijstelling wordt verleend op het niveau van de buitenlandse moeder ter zake van dividenduitkeringen door de COOP.

In feite betreft deze transactie een soort aandelenruil. Van een aandelenruil in de gebruikelijke juridische verschijningsvorm is echter geen sprake. Dat is bewust zo gedaan omdat een aandelenruil zou leiden tot een herwaardering van de deelnemingen op kostprijs. Een waardering op werkelijke waarde geniet echter de voorkeur. De transactie omvat een totaal investeringsbedrag van \$1,9 miljard, waarvan een deel (\$1,5 miljard) als 'note' (een cashbetaling) aan de verkoper wordt betaald. Om het gewenste eindresultaat te bereiken, doet de buitenlandse moedervernootschap een agiostorting in haar dochtervennootschap, de Nederlandse nv. De agiostorting wordt echter schuldig gebleven (zie ook het eerder genoemde voorbeeld van de Nederland-Antillenstructuur). Op dezelfde dag wordt de vordering (van de Nederlandse nv op de buitenlandse moedervernootschap) overgedragen aan de Zuid-Afrikaanse verkoper in ruil voor de aandelen in de deelnemingen. De deelnemingen worden daarna direct gehouden door de Nederlandse nv. De Zuid-Afrikaanse vennootschap heeft daarna een vordering op de buitenlandse moedervernootschap die alleen 'ingeruild' mag worden tegen aandelen in deze zelfde vennootschap. Dat gebeurt ook weer op dezelfde dag. De Zuid-Afrikaanse vennootschap heeft daarna een belang in de buitenlandse moedervernootschap.

De enige belastingclaim die hierna resteert is 5% dividendbelasting ter zake van dividenduitkeringen vanuit Nederland naar het buitenland. Dit kan echter worden voorkomen door agioreserves om te zetten in formeel aandelenkapitaal en vervolgens aandelen – zonder heffing – af te stempelen.

In deze casus is de intellectuele eigendom naar een Luxemburgse vennootschap overgebracht (aldaar belast tegen een tarief van circa 5,7%). Merks merkt echter op dat Cyprus mogelijk een (nog) lager tarief (ad 2%) gaat hanteren ter zake van de belastingheffing over intellectuele eigendom. Ook Malta kan een aantrekkelijk alternatief zijn. Op het moment van toetreding tot de EU is het fiscale regime van Malta door de Europese Commissie getoetst. De genoemde offshorebepaling is daarbij expliciet goedgekeurd.

## 5 ACQUISITIES EN DE AMERIKAANSE CHECK-THE-BOXREGELS

De Amerikaanse check-the-boxregels zijn bewust in het leven geroepen om het voor Amerikaanse ondernemingen goedkoop te maken om in de wereld ondernemingen te kopen. Een Amerikaanse moedervernootschap die bijvoorbeeld een Nederlandse deelneming gaat kopen, kan via een Nederlandse bv een belastingvoordeel realiseren. De target wordt gevoegd in een Nederlandse fiscale eenheid met de overnameholding. Het doel is dat ter zake van de overnamefinanciering, interestlasten in Nederland worden gecreëerd die in de Verenigde Staten niet als belaste interestbaten worden behandeld. De check-the-boxregels zijn daarbij zeer relevant. De Nederlandse bv wordt onder de Amerikaanse regels namelijk gecheckt en is daarmee transparant vanuit een Amerikaans perspectief. De entiteit wordt als het ware 'weggedacht'.

De Amerikaanse onderneming koopt feitelijk direct een Nederlandse deelneming. De interestlasten worden afgezet tegen de winst van de Nederlandse target. De leningen aan de bv worden vanuit Amerikaanse optiek in beginsel niet gezien. Alle inkomsten van de bv zijn in de Verenigde Staten niet aan enige heffing onderworpen. Overigens is in deze structuur sprake van belastinguitstel. Als de target-bv winst zal uitkeren, dan zal de Verenigde Staten daar in beginsel over (willen) heffen. Deze Amerikaanse heffing wordt in de praktijk soms omzeild, stelt Merks, door financieringsstructuren waarbij het geld door verschillende dochtermaatschappijen tijdelijk wordt teruggeleend aan de Amerikaanse moedermaatschappij.

# VI Actuele ontwikkelingen in het Europees Belastingrecht

Lezing gehouden op 5 juni 2012 door mr. dr. E. Nijkeuter, werkzaam bij KPMG Meijburg & Co en verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

## 1 INLEIDING

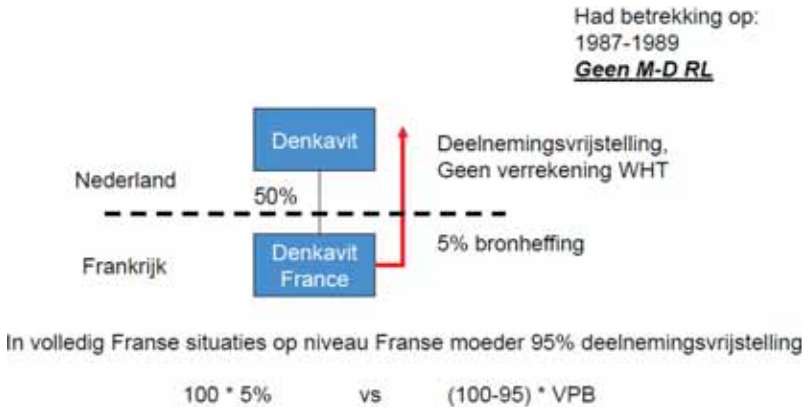
De ontwikkelingen in het Europese belastingrecht gaan snel. Het Europese recht is een van de rechtsgebieden die vandaag de dag het meest in ontwikkeling is. Onder andere vanwege de constante beweging op politiek gebied en de fiscale inzichten die daarmee gepaard gaan. Daarnaast speelt de stroom jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie een grote rol bij de snelheid van de ontwikkelingen. Voor de dagelijkse praktijk is het voor iedere fiscalist belangrijk om de Europeesrechtelijke ontwikkelingen op de voet te volgen. De JOB heeft in dit kader mr. dr. Erwin Nijkeuter bereid gevonden om een lezing te geven met het thema: *Actualiteiten Europees Fiscaal Recht*. Gedurende deze lezing, die plaats had op 5 juni 2012 in Hotel New York te Rotterdam, is Nijkeuter ingegaan op de Europeesrechtelijke vergelijkbaarheid van ingezetenen en niet-ingezetenen, beoordeeld vanuit de bronstaat, is er voorts aandacht besteed aan de grensoverschrijdende fiscale eenheid en ten slotte kort gesproken over de toegang tot het Europese recht in de zaak National Grid Indus. Hieronder treft u een beknopte samenvatting van de uitgediepte thema's.

## 2 BELEMMERINGEN IN DE BRONSTAAT

Op grond van het Europese recht mag de bronstaat ingezetenen van een andere lidstaat niet belemmeren bij het uitvoeren van grensoverschrijdende vestigingshandelingen en grensoverschrijdend kapitaalverkeer. Voorbeelden hiervan zijn het houden van aandelen en het ontvangen van dividend.

Uit de rechtsoverwegingen 25-30 van het Denkvit International-arrest (zaak C-170/05) van het Europese Hof van Justitie (hierna: 'HvJ') volgt dat sprake is van een belemmering *wanneer er geen objectief verschil bestaat dat grond kan opleveren voor een ongelijke fiscale behandeling* tussen een ingezeten moedermaatschappij en een niet-ingezeten moedermaatschappij van een in Frankrijk gevestigde dochtermaatschappij die dividend uitkeert. De term *objectief verschil* wordt in dezelfde context aangehaald in het Bouanich-arrest (zaak C-265/04) van het HvJ (rechtsoverwegingen 39-40).

Hieronder een korte schematische weergave van de Denkavit-casus:



### 3 HET CONCEPT VAN OBJECTIEVE VERGELIJKBAARHEID

#### 3.1 Algemeen

Het concept van objectieve vergelijkbaarheid is door het HvJ nader uitgewerkt in de Stauffer-zaak (C-386/04). In rechtsoverwegingen 39-42 van dit arrest geeft het HvJ aan dat indien een stichting in de lidstaat van herkomst fiscaal erkend is als van algemeen nut, andere lidstaten niet automatisch verplicht zijn deze stichting een vergelijkbare erkenning voor hun eigen fiscale wetgeving te geven. Slechts wanneer een niet-ingezeten stichting die in haar vestigingsstaat erkend is als van algemeen nut, (i) tevens voldoet aan de daartoe door de bronstaat gestelde voorwaarden en (ii) de bevordering van identieke gemeenschapsbelangen nastreeft, (iii) hetgeen de nationale autoriteiten van de bronstaat, de rechterlijke instanties daaronder begrepen, dienen te beoordelen, dient de stichting ook in de bronstaat erkend te worden als zijnde van algemeen nut. De bronstaat dient de vergelijking derhalve te baseren op haar eigen fiscale wetgeving.

In het Aberdeen-arrest (zaak C-303/07) geeft het HvJ aan dat Finland met betrekking tot bronbelasting op dividend geen onderscheid mag maken tussen dividenden uitgekeerd aan een Finse vennootschap ten opzichte van een Luxemburgse SICAV. Het feit dat Finland geen vennootschappen kent met dezelfde rechtsvorm als de SICAV en het feit dat de SICAV in Luxemburg niet belast wordt over haar inkomsten, rechtvaardigt niet een verschil in behandeling in bronstaat Finland voor de belastingheffing van het ontvangen dividend. Vergelijkbare Finse aandeelhouders worden immers door Finland niet in de heffing betrokken. De belastingheffing in de woonstaat is kennelijk niet van belang voor de Europeesrechtelijke vergelijking in de bronstaat. In dit kader wijst Nijkeuter op art. 3, lid 1, sub b, Besluit FE 2003 waarin een dergelijk 'dubbel' onderworpenheidsvereiste wel wordt gesteld met betrekking tot de toepassing van de fiscale eenheid.

### 3.2 Vergelijkbaarheid natuurlijke personen

Op 14 september 2011 heeft Rechtbank Breda uitspraak gedaan in de zaak van een Belgische natuurlijke persoon die dividend ontvangen heeft uit een Nederlandse vennootschap. Over dit dividend is 15% Nederlandse dividendbelasting ingehouden, die in België niet verrekenbaar is. Indien de dividendontvanger in Nederland woonachtig zou zijn geweest, dan had hij deze dividendbelasting echter kunnen verrekenen met de bij hem geheven inkomstenbelasting. In plaats van de dividendbelasting is dan box 3 van de Wet IB 2001 eindheffing. Rechtbank Breda ziet geen reden voor teruggaaf van de volledige dividendbelasting, zoals belanghebbende heeft bepleit. De rechtbank ziet wel aanleiding voor teruggaaf van belasting voor zover belanghebbende per saldo door de Nederlandse wetgeving ongunstiger wordt behandeld dan een binnenlandse aandeelhouder die wordt belast in box 3. Nijkeuter geeft aan dat alhoewel het logisch lijkt de belastingpositie van de Belgische dividendontvanger te vergelijken met de gehele belastingpositie van een Nederlandse dividendontvanger, daarbij zowel rekening houdende met het feit dat deze de dividendbelasting kan verrekenen, maar op grond van box 3 op forfaitaire basis wel degelijk belasting zal betalen over de ontvangen dividenden, oogt een vergelijking tussen 15% dividendbelasting over het dividend en 1,2% inkomstenbelasting over de waarde van de aandelen theoretisch wat stroef. De vraag komt op of het forfaitaire rendement niet opgesplitst dient te worden in een deel dividendrendement en een deel vermogensrendement om een juiste vergelijking te kunnen maken.

### 3.3 Vergelijkbaarheid lichamen

In het kader van de vergelijkbaarheid van lichamen is gesproken over de uitspraak van Hof Amsterdam van 24 mei 2012 (*NIFR* 2012/1499). Een Franse bank met portfolio-aandelen in Nederland achtte zijn positie ongunstiger dan die van een Nederlandse bank, omdat laatstgenoemde de Nederlandse dividendbelasting kan verrekenen met de door hem over het dividend verschuldigde Nederlandse vennootschapsbelasting. Bij de heffing van vennootschapsbelasting kunnen kosten tegen de dividendopbrengsten worden afgezet. Dit terwijl de Franse bank slechts de brutoheffing van de dividendbelasting staat te wachten.

In tegenstelling tot Rechtbank Breda in eerste aanleg, kijkt Hof Amsterdam hier voor de vergelijkbaarheid niet naar de gehele belastingpositie, maar oordeelt het hof dat op basis van het Truck Center-arrest van het HvJ, er geen sprake is van vergelijkbaarheid. Nijkeuter is van mening dat deze uitspraak onjuist is. Hij ziet geen verschil tussen het arrest Denkavit en de casus van de Franse bank. In Denkavit was er sprake van vergelijkbaarheid voor een objectieve vrijstelling ter voorkoming van economisch dubbele belasting. Nijkeuter ziet niet in waarom dat niet zou gelden voor belastingheffing op nettobasis.

### 3.4 Vergelijkbaarheid bij dividendbelasting op uitkeringen aan beleggingsfondsen

Met zijn brief van 17 april 2012 heeft de staatssecretaris van Financiën aangekondigd dat hij in cassatie gaat tegen de uitspraak van Hof Den Bosch (NTFR 2012/941) inzake een Finse beleggingsinstelling die een dividend ontvangt uit Nederland. Dit dividend is onderworpen aan Nederlandse dividendbelasting. Voor een teruggaaf van deze dividendbelasting komen in aanmerking beleggingsinstellingen die niet aan enige winstbelasting zijn onderworpen en die tevens, indien zij in Nederland gevestigd zouden zijn geweest, ook hier niet aan de vennootschapsbelasting zouden zijn onderworpen. Hier wringt de schoen. Het Finse beleggingsfonds is weliswaar in eigen land niet aan enige belastingheffing naar de winst onderworpen, maar zou indien het in Nederland gevestigd zou zijn gewoon aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Rechtbank Breda achtte het daarom in dit geval terecht dat geen teruggaaf werd verleend, ondanks het feit dat het Finse beleggingsfonds in Finland de dividendbelasting niet kan verrekenen (en een in Nederland aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichaam wel).

Hof Den Bosch oordeelt echter anders en meent vanuit de doelstelling van art. 10 Wet DB 1965, te weten *het voorkomen van economische dubbele belasting over de winst van een in Nederland gevestigde vennootschap, voor zover deze winst bij wijze van dividend wordt uitgekeerd aan in Nederland gevestigde lichamen die niet aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen*, dat het Finse beleggingsfonds in deze casus objectief vergelijkbaar is met de Nederlandse fiscale beleggingsinstelling. Laatstgenoemde wordt onder art. 10 Wet DB 1965 wel een teruggaaf verleend. Een dergelijke teruggaaf zou daarom ook aan het Finse beleggingsfonds dienen te worden verleend.

De mogelijkheid voor een bronstaat om 'eigen' voorwaarden te stellen voor het toekennen van fiscale voordelen is in het Stauffer-arrest van het HvJ erkend. Hof Den Bosch lijkt in bovenstaande zaak op een vorm van wederzijdse erkenning van vrijgestelde lichamen aan te sturen. Naar de mening van Nijkeuter is dit een opvallend oordeel.

In het Santander-arrest van het HvJ van 10 mei 2012 (zaak C-338/11) betreft het een bronheffing op dividenden uitgekeerd door Franse vennootschappen aan buitenlandse beleggingsfondsen. De Franse wetgeving maakt een uitdrukkelijk onderscheid in de behandeling van buitenlandse beleggingsfondsen en in Frankrijk gevestigde vergelijkbare fondsen. Uitkeringen aan laatstgenoemden zijn niet onderworpen aan een bronheffing, terwijl uitkeringen aan in andere lidstaten gevestigde beleggingsfondsen aan 25% dividendbelasting zijn onderworpen. Het HvJ merkt op dat dit strijdig is met de vrijheid van vestiging en dat bij de vraag of de regeling discriminerend is niet van belang is wat de fiscale behandeling is van de deelnemers in de beleggingsinstellingen. Slechts de voor die wetgeving *relevante* onderscheidingscriteria dienen in ogenschouw te worden genomen bij de beoordeling of het uit een dergelijke regeling voortvloeiende verschil in behandeling een weerspiegeling vormt van objectief verschillende situaties.

### 3.5 Stellingen

Nijkeuter poneert vervolgens twee stellingen:

- 1) Omdat de fiscale behandeling van ingezetene beleggings-bv's, fiscale beleggingsinstellingen en vrijgestelde beleggingsinstellingen in Nederland verschilt naarmate het lichaam aan (zeer) specifieke voorwaarden voldoet, is het gerechtvaardigd buitenlandse beleggingsfondsen inhoudelijk te toetsen op vergelijkbaarheid.
- 2) Bij de toetsing van de Europeesrechtelijke houdbaarheid van de belastingheffing in Nederland als bronstaat, is de fiscale behandeling van het lichaam in de vestigingsstaat eigenlijk niet van belang (behoudens indien de belemmerende belastingheffing in Nederland in de vestigingsstaat geneutraliseerd wordt).

## 4 GRENDOERSCHRIJDENDE FISCALE EENHEID / GRENDOERSCHRIJDENDE VERLIESVERREKENING

In het Marks & Spencer II-arrest (zaak C-446/03) overweegt het HvJ dat het onthouden van Group Relief (verliesverrekening tussen vennootschappen met buitenlandse dochters) in beginsel een verboden belemmering is van de vrijheid van vestiging. Deze belemmering is echter gerechtvaardigd op grond van een drietal rechtvaardigingsgronden die met elkaar in samenhang dienen te worden gezien, te weten:

- 1) evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid;
- 2) gevaar van dubbele verliesneming;
- 3) gevaar van belastingontwijking (verliezen laag-VPB-tarieflanden worden overgeheveld naar hoog-VPB-tarieflanden).

Uit rechtsoverweging 55 van dit arrest volgt echter de uitzondering dat indien in de vestigingsstaat van een dochtermaatschappij de mogelijkheden tot verliesverrekening voor het jaar zelf, het verleden en de toekomst zijn uitgeput en tevens de verliezen niet aan een derde zijn overgedragen, bij de Britse moedermaatschappij de Group Relief met betrekking tot deze dochtermaatschappij dient te worden toegestaan.

De zaak X-Holding BV (C-337/08) betrof eveneens de vraag of het weigeren van grensoverschrijdende fiscale verliesverrekening in strijd is met het Europese recht. Het ging hier om een Nederlandse moedermaatschappij die een fiscale eenheid aan wilde gaan met haar Belgische dochtermaatschappij. Het HvJ komt tot de conclusie dat er geen verplichting is tot het afgeven van een beschikking grensoverschrijdende fiscale eenheid, ondanks dat wel sprake is van een belemmering. Rechtvaardigheidsgrond is een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. Het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid zou immers bewerkstelligen dat verliezen in verschillende lidstaten naar willekeur in aftrek kunnen worden gebracht.

Het arrest van het HvJ wordt gevolgd door het eindarrest van de Hoge Raad (NTFR 2011/74), waarin de Hoge Raad concludeert dat de grensoverschrijdende fiscale



eenheid hier geweigerd dient te worden. Opvallend is dat in rechtsoverweging 2.2 de Hoge Raad overweegt dat '(...) niet in geschil is dat F nv feitelijk in België is gevestigd, geen vaste inrichting in Nederland heeft en ook overigens niet in Nederland is onderworpen aan de vennootschapsbelasting.' Deze laatste frase, het niet onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting is nergens vermeld in de tekst van art. 15 Wet VPB 1969. Nijkeuter ziet in deze passage verruimde mogelijkheden om een grensoverschrijdende fiscale eenheid aan te gaan, die hij ook besproken heeft in zijn artikel 'En ook overigens niet in Nederland is onderworpen aan de vennootschapsbelasting' (NTFR 2011/725).

Na het bespreken van het arrest X-Holding is ingegaan op wat het belang is van het krijgen van een beschikking fiscale eenheid in een grensoverschrijdende situatie. Nijkeuter vraagt zich af waarom we ervan uit zouden moeten gaan dat voeging van een buitenlandse vennootschap in een Nederlandse fiscale eenheid iets zou veranderen in de aard van de belastingplicht van de buitenlandse vennootschap en daarmee zou leiden tot verliesimport in Nederland. In art. 32 en 34 Besluit FE 2003 is het voorwerp van belasting opgenomen met betrekking tot een fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij of dochtermaatschappij. Het belastbare inkomen van de fiscale eenheid ziet in deze gevallen slechts op het Nederlandse inkomen van de fiscale eenheid. Een niet-belastingplichtige buitenlandse maatschappij zou daarom, indien voeging in een Nederlandse fiscale eenheid wordt toegestaan, niet automatisch belastingplichtig in Nederland worden voor haar eigen resultaat. Kortweg, voeging verandert de aard van de belastingplicht van het gevoegde lichaam niet. Nijkeuter ziet bijvoorbeeld niet in waarom er geen (belaste) resultaten aan niet (in Nederland) belastingplichtige moedermaatschappijen toegerekend zou kunnen worden.

Voorts is nog kort aandacht besteed aan de vraag of de fiscale eenheid ook geweigerd mag worden in gevallen die niet zozeer zijn te rechtvaardigen met het voorkomen van willekeurige verliesverrekening, maar waarbij het voegen in een fiscale eenheid, vanwege het karakter van een dergelijke eenheid, andersoortige negatieve fiscale consequenties zou kunnen wegnemen. Hierbij kan gedacht worden aan het voegen van een buitenlandse dochter die een laagbelaste beleggingsdeelneming vormt, dan wel het voegen van een buitenlandse deelneming met een Nederlandse moedermaatschappij met houdsteren financieringsverliezen. Het is de vraag of een fiscale eenheid in dergelijke gevallen is te verdedigen, een kans die klein lijkt gelet op het feit dat de Hoge Raad met zijn arrest van 24 juni 2011 duidelijk lijkt te willen maken dat er niet aan aspectbenadering kan worden gedaan. Met de invoering van de objectvrijstelling per 1 januari 2012 is de rechtvaardiging voor het niet afgeven van een grensoverschrijdende beschikking fiscale eenheid echter komen te vervallen.

## 5 TOEGANG TOT HET EUROPESE RECHT EN NATIONAL GRID INDUS

Afsluitend is kort aandacht geweest voor de samenhang tussen art. 10a Wet VPB 1969 en het Europese recht. Op 1 juni 2012 heeft de Hoge Raad een arrest

(BNB 2012/213) gewezen in een zaak waarin door middel van de overdracht van onroerende zaken binnen concern renteschulden werden gecreëerd. De renteaftrek werd geacht in strijd te zijn met doel en strekking van de wet. Met betrekking tot het Europese recht overwoog de Hoge Raad: 'Gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar dat indien sprake is van ontduiking van de nationale belastingwet niet met vrucht een beroep kan worden gedaan op de door het EG-Verdrag (thans Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) gewaarborgde vrijheid van kapitaalverkeer.'

Dit arrest van de Hoge Raad is bijzonder interessant als wordt gekeken naar het arrest dat het HvJ heeft gewezen in de National Grid Indus-zaak. Deze zaak ligt nu weer bij de Hoge Raad, die hier een eindarrest over zal moeten wijzen. De inspecteur heeft immers bij het opleggen van de aanslag een beroep gedaan op *fraus legis*, wat zowel door de rechtbank als het gerechtshof ook als zodanig is erkend. De vraag is daarom of National Grid Indus wel toegang heeft tot het Europese recht.



## VII *Eindelijk rust aan het rentefront na invoering van art. 13l?*

Lezing gehouden op 19 september 2012 (Amsterdam) en op 18 oktober 2012 (Rotterdam) door mr. drs. S.A.W.J. Strik, werkzaam als hoofd Bureau Vaktechniek van Ernst & Young belastingadviseurs. Hij is voorts voorzitter van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, redacteur van het onderdeel vennootschapsbelasting van de *Cursus Belastingrecht* en raadsheer-plaatsvervanger bij Hof Arnhem-Leeuwarden.

### 1 INLEIDING

Centraal in deze lezing staat het nieuw voorgestelde art. 13l van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969). Dit nieuwe artikel wordt geplaatst in het kader van de reeds bestaande renteaftrekbeperkende maatregelen. Het voorgestelde art. 13l Wet VPB 1969 is door de wetgever aangekondigd als het sluitstuk van het pakket van renteaftrekbeperkende regelingen dat in de afgelopen jaren reeds is ingevoerd. Komen er de komende jaren dan geen nieuwe renteaftrekbeperkende maatregelen meer bij? De spreker is van mening dat art. 13l Wet VPB 1969 niet het sluitstuk zal zijn, en dat er in de toekomst waarschijnlijk nieuwe aanpassingen zullen volgen.

Actueel tijdens de lezing in Amsterdam op 19 september 2012 is dat op dinsdag 18 september tijdens Prinsjesdag aangekondigd is dat art. 10d Wet VPB 1969 zal worden afgeschaft. De dekking voor het afschaffen van de thincapregeling is door het Ministerie van Financiën geschat op 30 miljoen. De spreker acht dit een relatief laag bedrag, waarvoor de dekking gemakkelijk gevonden zal zijn. De afschaffing van art. 10d Wet VPB 1969 komt dan ook niet als een verrassing.

Actueel tijdens de lezing in Rotterdam op 18 oktober 2012 is dat op 12 oktober 2012 het concept-uitvoeringsbesluit aftrekbeperving bovenmatige deelnemingsrente door de staatssecretaris van Financiën is gepubliceerd. De spreker gaat tijdens de lezing niet uitgebreid in op dit ontwerpbesluit.

### 2 HISTORIE

De reden voor invoering van antimisbruikbepalingen voor renteaftrek zijn de grensverkenningen in het verleden geweest die deels ook door de Hoge Raad niet zijn verworpen. De benutte mogelijkheden zijn bestreden door nieuwe wetgeving. Allesbepalend is het verschil in fiscale behandeling van vreemd en eigen vermogen. Dit biedt allerlei mogelijkheden voor belastingarbitrage.

In het verleden beperkte art. 13, lid 1 (oud) Wet VPB 1969 de aftrek van rente ter financiering van buitenlandse deelnemingen. Het Bosal-arrest betekende het eind van deze bepaling in 2003. Op grond van dit arrest moet de rente die wordt betaald voor de financiering van binnenlandse en buitenlandse deelnemingen gelijk worden behandeld. De wetgever heeft er destijds voor gekozen ook de financieringsrente voor buitenlandse deelnemingen in aftrek toe te laten. Het alternatief was geweest om de renteaftrek met betrekking tot financieringsrente voor binnenlandse en buitenlandse deelnemingen te onderwerpen aan eenzelfde renteaftrekbeperkende regeling.

Ter financiering van de budgettaire gevolgen van deze keuze (ook financieringsrente voor buitenlandse deelnemingen aftrekbaar) is art. 10d Wet VPB 1969 ingevoerd. Deze vrij algemene renteaftrekbeperkende bepaling trof echter niet specifiek de bedrijven die konden profiteren van het Bosal-arrest. In tegenstelling tot art. 13, lid 1 (oud) Wet VPB 1969, treft art. 10d Wet VPB 1969 veelal het MKB, dat geen activiteiten over de grens verricht. De bijzonder ruimhartige franchise in de thincapregeling is niet toereikend om het MKB te ontzien.

In 1997 zijn andere belangrijke renteaftrekbeperkende maatregelen ingevoerd, zoals art. 10a Wet VPB 1969 ('codificatie' van de antimisbruikjurisprudentie) en art. 15, lid 4, Wet VPB 1969 (het latere art. 15ad Wet VPB 1969). Deze laatste bepaling is een knipperlichtbepaling gebleken (afschaffing in 2007 en weer invoering (in gewijzigde vorm) in 2012).

Een andere knipperlichtbepaling is de hybride lening (art. 10, lid 1, onderdeel d, Wet VPB 1969). Deze werd ingevoerd in 2002 waarna hij weer is 'uitgekleed' tot de deelnemerschapslening zoals deze thans in de wet is opgenomen.

### 3 KERNVRAAG

De kernvraag in de lezing is of art. 13l Wet VPB 1969 de juiste regeling is om renteaftrek om oneigenlijke redenen adequaat te bestrijden.

### 4 DE RENTEAFTREKBEPERKENDE MAATREGELEN PER 1-1-2013

De renteaftrekbeperkende regelingen per 1 januari 2013 zijn de volgende:

- art. 8c: tegen doorstromers met te weinig substance in Nederland. Eigenlijk ter bestrijding van verrekening van buitenlandse bronheffingen;
- art. 10a: een antimisbruikbepaling;
- art. 10b: ter bestrijding van internationale mismatches;
- art. 10, lid 1, onderdeel d: deelnemerschapsleningen;
- art. 13l: ter beperking van aftrek van deelnemingsrente;
- art. 15ad: ter beperking van aftrek van overnamerente;

Nederland kent het klassieke onderscheid tussen de fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen. Dit nodigt uit tot arbitrage. Het doel van dergelijke

constructies is vaak dat de rente in Nederland tegen 25% aftrekbaar is, terwijl de renteopbrengst binnen het concern (in het buitenland) laag belast is.

De wetgever heeft niet gekozen voor een gematigde versie van vergelijkbare behandeling van eigen en vreemd vermogen (de spreker spreekt over 'vergelijkbare behandeling light'). Voorbeelden van gematigde vergelijkbare behandeling van eigen en vreemd vermogen zijn de groepsrentebox of de vermogensaftrek en vermogensbijtelling. Voornamelijk de eerste variant had te grote gevolgen voor Nederlandse deelnemingen van buitenlandse multinationale ondernemingen. Rente zou voor deze deelnemingen slechts minimaal (of niet) in aftrek gebracht kunnen worden in Nederland, terwijl de renteopbrengst in het buitenland vol in de heffing zou worden betrokken. Door effectieve lobby is deze regeling niet doorgeslagen. Invoering van een stelsel van vermogensaftrek is volgens de staatssecretaris van Financiën te kostbaar.

De onzakelijke geldleningen en de afwaarderingen van vorderingen worden in dit kader buiten beschouwing gelaten.

#### 5 ART. 10D WET VPB 1969

De thincapregeling bleek niet effectief te zijn, omdat de 'verkeerde' belastingplichtigen in de heffing werden betrokken, zoals reeds hierboven wordt beschreven. Voorts kon deze regeling effectief worden ontgaan. De opbrengst van afschaffing van deze regeling is begroot op zo'n 30 miljoen euro. De spreker is van mening dat dit een relatief laag bedrag is en stelt dat men goed om deze regeling heen heeft weten te plannen. Verwacht mag worden dat afschaffing de schatkist meer gaat kosten dan 30 miljoen. De spreker verwacht dat dit tot budgettaire problemen gaat leiden.

#### 6 ART. 15AD WET VPB 1969

De financieringsrente van geacquireerde deelnemingen die worden gevoegd in de fiscale eenheid mag in beginsel niet in aftrek worden gebracht op de winst van die deelneming.

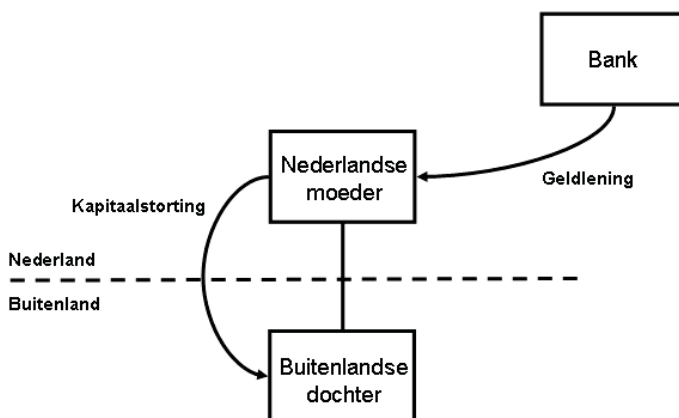
De klassieke situatie waarvoor art. 15ad Wet VPB 1969 is ingevoerd, is de volgende. Een Nederlands bedrijf wordt overgenomen door een buitenlands private equity fund. Het private equity fund maakt gebruik van een overnameholding in Nederland die gefinancierd wordt door een bank. Door de gekochte deelnemingen te voegen in een fiscale eenheid kan de winst daarvan geheel worden afgeroomd door de financieringsrente daarop in mindering te brengen. Om dit gevolg te beperken heeft de Tweede Kamer invoering van art. 15ad Wet VPB 1969 afgedwongen.

Er geldt een franchise van € 1 miljoen rente per fiscale eenheid per jaar voor de toepassing van art. 15ad Wet VPB 1969. Hierdoor zal het MKB niet snel te maken krijgen met deze regeling. Voorts geldt een gezonde financieringstoets.

Door deze franchise van € 1 miljoen per fiscale eenheid is het mogelijk om toepassing van art. 15ad Wet VPB 1969 te voorkomen door met verschillende fiscale eenheden te werken. In dat geval kun je per acquisitie een aparte fiscale eenheid vormen.

## 7 ART. 13L WET VPB 1969

Art. 13l Wet VPB 1969 is onder meer gericht tegen het volgende klassieke voorbeeld (voorbeeld 1):



In bovenstaand voorbeeld wordt er door de Nederlandse moeder geld geleend van een derde. Vervolgens wordt dit als kapitaal gestort in een buitenlandse deelneming. Wanneer de Nederlandse moeder winst behaalt, kan dit worden afgezet tegen de rente die betaald moet worden aan de bank. De buitenlandse deelneming wordt gefinancierd met eigen vermogen, hetgeen gunstig is voor de buitenlandse belastingheffing omdat deze winst niet wordt afgeroomd door een rentelast.

Voor de Nederlandse schatkist is dit Bosal-gat bijzonder nadelig. De vraag is echter of art. 13l Wet VPB 1969 een adequate regeling is om deze negatieve budgettaire gevolgen te beperken.

De beoogde opbrengst van art. 13l Wet VPB 1969 is € 150 miljoen. Dat dit 'slechts' € 150 miljoen is, is een keuze van het Ministerie van Financiën met betrekking tot de invulling van de bepaling. De spreker geeft aan dat dit bedrag waarschijnlijk zelfs te hoog is en dat de maatregel waarschijnlijk minder zal opbrengen.

### 7.1 DE VERKRIJGINGSPRIJS

In de eerste vijf leden van art. 13l Wet VPB 1969 gaat het voornamelijk over de bepaling van de deelnemerschapsschuld. Opvallend hierbij is dat de historische koppeling tussen de deelneming en de schuld geheel is losgelaten. Er wordt gebruik gemaakt van een rekenregel. Dit is een bewuste keuze geweest van het Ministerie van Financiën, aangezien een historisch verband in de praktijk

onder omstandigheden kan worden omzeild (zie het oude art. 13, lid 1, Wet VPB 1969). In het zesde lid speelt het verband tussen de lening en de deelneming wel weer een rol.

De deelnemingsschuld wordt bepaald door eerst de som van de verkrijgingsprijzen van de diverse deelnemingen te bepalen. Vervolgens wordt het (fiscaal) eigen vermogen toegerekend aan de deelnemingen. Het restant is de deelnemings-schuld. Deze assumptie is gunstig voor de belastingplichtige. Geacht wordt slechts dat voor dat deel de deelneming gefinancierd is met vreemd vermogen.

Daarbij is het volgende van belang. De ‘verkrijgingsprijs’ in art. 13l Wet VPB 1969 is een extracomptabel begrip. Dat neemt niet weg dat onder omstandigheden deze verkrijgingsprijs gelijk is aan de boekwaarde van de deelneming. Zie goed dat de boekwaarde van de deelneming een effect heeft op het fiscale eigen vermogen dat op zijn beurt onderdeel uitmaakt van de rekenregel van art. 13l, lid 3, Wet VPB 1969. In dit kader is voorts art. 13l, lid 4, Wet VPB 1969 van belang. Ingeval de boekwaarde van de deelneming afwijkt van de verkrijgingsprijs dient het fiscaal eigen vermogen te worden aangepast, met als uitgangspunt dat de boekwaarde gelijk is aan de extracomptabele verkrijgingsprijs. Deze aanpassing geldt echter niet voor een aanpassing van de verkrijgingsprijs op de voet van art. 13l, lid 5 en lid 6, Wet VPB 1969.

Het is dus gunstig om het eigen vermogen te vergroten, want dit vermindert de deelnemings-schuld. Daarnaast is het van belang om de verkrijgingsprijs zo laag mogelijk te houden door toepassing van art. 13l, lid 5, Wet VPB 1969. Operationele activiteiten van de deelneming verminderen de verkrijgingsprijs. Bij het uitbreiden van de groep met een deelneming met uitsluitend operationele activiteiten, ontstaat er geen deelnemings-schuld. Op grond van art. 13l, lid 5, Wet VPB 1969 hoeft de verkrijgingsprijs die daaraan is toe te rekenen immers niet in aanmerking te worden genomen bij de toepassing van de rekenregel van art. 13l, lid 3, Wet VPB 1969. Als de verkrijgingsprijs nihil is, is er geen deelnemings-schuld. Het zesde lid bepaalt daarentegen dat de vermindering van de verkrijgingsprijs op de voet van lid 5, niet van toepassing is voor zover sprake is van een situatie zoals gedefinieerd in dit lid.

Het vijfde lid betreft uitbreidingen in operationele activiteiten binnen het concern. Het is niet vereist dat dit direct door de belastingplichtige wordt gedaan. De overname door de belastingplichtige moet binnen 12 maanden na de uitbreiding door het concern plaatsvinden om te kwalificeren voor het vijfde lid. Ook kapitaalstortingen die binnen 12 maanden worden aangewend ter uitbreiding van de operationele activiteiten vallen onder het vijfde lid. Inmiddels is op 12 oktober 2012 het ontwerpuitvoeringsbesluit aftrekbeperking bovenmatige deelnemingsrente gepubliceerd. In dit ontwerpbesluit wordt aangegeven hoe de kwalificerende verkrijgingsprijs moet worden bepaald indien een reorganisatie de twaalfmaandstermijn overschrijdt.

Overigens worden verliesfinanciering binnen een deelneming en actieve concernfinancieringsactiviteiten niet aangemerkt als een uitbreiding van een operationele activiteit.



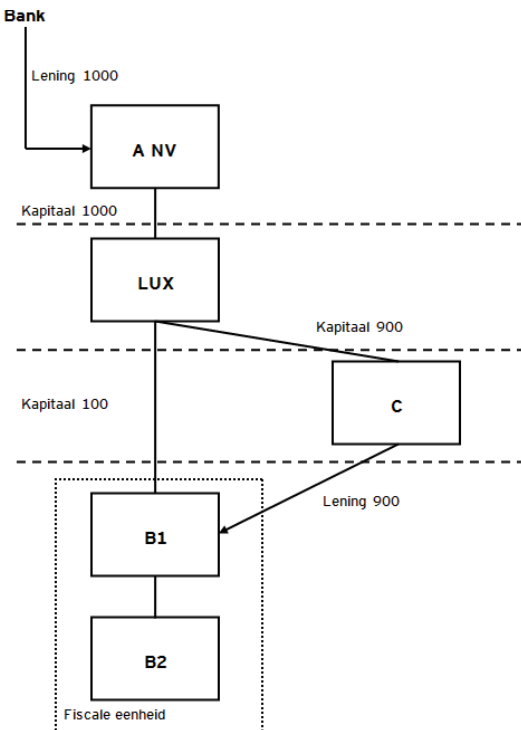
Er is een franchise van € 750.000 per jaar. Dit betekent dat de bovenmatige deelnemingsrente en -kosten slechts van aftrek zijn uitgesloten indien en voor zover zij € 750.000 te boven gaan. Dit bedrag was oorspronkelijk € 1.000.000 maar is verlaagd naar € 750.000. De franchise is bedoeld voor het MKB.

7.2 ANTIMISBRUIK IN ART. 13L WET VPB 1969

Ingevolge het zesde lid wordt de korting ingevolge het vijfde lid – ten aanzien van de uitbreiding van operationele activiteiten – weer teruggenomen wanneer er sprake is van misbruik. Misbruik wordt geacht aanwezig te zijn wanneer er sprake is van:

1. Hybride entiteiten. Het voorbeeld uit de parlementaire behandeling inzake de GmbH en Co-KG wordt kort besproken. Deze entiteit is voor Duits perspectief transparant en voor Nederlandse doeleinden niet transparant. Een double dip is het gevolg.
2. Hybride leningen: in het deelnemingsland wordt de hybride lening gezien als vreemd vermogen als gevolg waarvan de rente aftrekbaar is. In Nederland wordt de lening gezien als een kapitaalverstrekking. De betalingen op de hybride lening worden door Nederland niet in de heffing betrokken door de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

Ook wordt het volgende voorbeeld besproken (voorbeeld 2):



In dit voorbeeld vinden de volgende stappen plaats:

- De Nederlandse vennootschap A NV leent van een bank. A NV is een operationele vennootschap (een grote fiscale eenheid) die veel winst maakt;
- A NV stort vervolgens dit bedrag als kapitaal in LuxCo;
- LuxCo stort dit deels in B1 en grotendeels in C. B1 is een buitenlandse vennootschap. C is een concernfinancieringsmaatschappij gevestigd in een tax haven (bijvoorbeeld Zwitserland).
- Het geld van C wordt vervolgens geleend aan B1 in B-land.
- B1 koopt vervolgens B2, een vennootschap met operationele activiteiten (uitbreiding van operationele activiteiten binnen het concern). B1 en B2 gaan samen een buitenlandse variant van een fiscale eenheid aan.

Er is sprake van een uitbreiding van operationele activiteiten van het concern in de zin van art. 131, lid 5, Wet VPB 1969. Echter, er is sprake van een double dip. Er is namelijk sprake van zowel renteaftrek in Nederland als in land B. De renteopbrengst wordt één keer in de heffing betrokken in land C, maar daar is de renteopbrengst laagbelast.

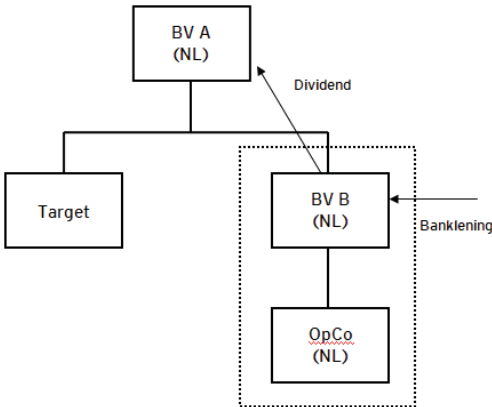
In dit voorbeeld wordt op grond van art. 131, lid 6, Wet VPB 1969 een bedrag van 900, dat wordt omgeleid via C, niet toegelaten als korting op de verkrijgingsprijs van LuxCo in verband met de uitbreiding van operationele activiteiten (korting op basis van art. 131, lid 5, Wet VPB 1969).

Voorts merkt de spreker op dat wij in Nederland toch door kunnen gaan met het implementeren van deze structuur. Voorwaarde is dan wel dat de rente in C-land wordt belast tegen een effectief tarief van ten minste 10% (tweede volzin van het zesde lid van art. 131 Wet VPB 1969). Zo kan gepland worden op dubbele aftrek en het één keer in de heffing betrekken tegen een tarief van 10%.

Wanneer sprake is van aansturing vanuit Nederland, dan verhoogt het zesde lid de verkrijgingsprijs niet. Onduidelijk is wanneer er sprake is van 'aansturing vanuit Nederland'. Deze onduidelijkheid is volgens de spreker ongewenst voor de praktijk en de advisering.

## 8 WELKE MOGELIJKHEDEN ZIJN ER NOG?

Men kan nog denken aan het volgende (voorbeeld 3):



De spreker omschrijft dit als een lek. BV B heeft in dit geval geen of slechts deelnemingen met operationele activiteiten. Deze vennootschap wordt dus niet getroffen door art. 131 Wet VPB 1969. BV A heeft geen vreemd vermogen (alleen vermogen uit dividenduitkeringen die zij ontvangt van BV B), dus ook BV A wordt niet getroffen door art. 131 Wet VPB 1969. BV A kan met haar vermogen dus ‘foute’ deelnemingen verwerven. Art. 131 Wet VPB 1969 kent geen groepsbenadering, dus deze situatie wordt niet getroffen.

## 9 SLOT

Is art. 131 Wet VPB 1969 dé regeling om renteaftrek om oneigenlijke redenen adequaat te bestrijden?

De spreker is van mening dat het stelsel van renteaftrekbeperkende regelingen in de Wet VPB 1969 niet stabiel is, omdat het werken met vreemd vermogen onder omstandigheden nog steeds lucratiever is dan werken met eigen vermogen. De wet laat een aantal lucratieve mogelijkheden bestaan.

Art. 131 Wet VPB 1969 is deels onuitvoerbaar. Alle deelnemingen moeten beoordeeld worden om te bepalen in hoeverre sprake is van uitbreiding van operationele activiteiten. Dit brengt een aanzienlijke administratieve last met zich.

De spreker verwacht dat er in de toekomst toch nog onderhoud gepleegd moet worden aan de renteaftrekbeperkende maatregelen in de Wet VPB 1969 en dat art. 131 niet het sluitstuk zal zijn.

## VIII *Fiscale aandachtspunten van de Flex-bv*

Lezing gehouden op 1 november 2012 door prof. mr. G.T.K. Meussen<sup>39</sup> in het Stadspaviljoen te Eindhoven.

### 1 INLEIDING

Gerard Meussen bespreekt, exact één maand na invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, de fiscale aandachtspunten van de invoering van het nieuwe bv-recht.<sup>40</sup> De lezing begint met de vraag aan de groep wat wij als fiscalisten van de invoering van de Flex-bv zullen gaan merken. Vanuit de groep komen verschillende onderwerpen naar voren, zoals het uitkeren van dividend en de daaraan verbonden uitkeringstest, het verlaten van de kapitaalsbescherming en de nieuwe vormen van aandelen. Meussen geeft aan dat zijn grootste vrees is dat notarissen de statuten van vennootschappen gaan wijzigen op grond van het nieuwe bv-recht zonder dat hierbij een fiscalist wordt betrokken. Een voorbeeld waarbij dit mis kan gaan: de notaris besluit het aantal uitstaande aandelen van de bv terug te brengen tot twee, er ten onrechte van uitgaande dat aandelen a pari zouden kunnen worden ingekocht.

Tijdens de lezing wordt de theoretische uitleg van de fiscale aandachtspunten van de Flex-bv afgewisseld met praktische vraagstukken waarvan de uitwerking, vanwege de recente invoering, in de meeste gevallen nog niet geheel duidelijk is.

### 2 FISCALE WIJZIGINGEN

Eerst bespreekt Meussen de vier fiscale wijzigingen die samenhangen met de invoering van het nieuwe bv-recht.

#### *a. Art. 4.40 Wet IB 2001*

Art. 2:181 BW (omzetting van de bv), art. 2:330a BW (fusie) en art. 2:334ee1 BW (splitsing) zijn vangnetbepalingen, waardoor alle uitstaande stem- of winstrechtloze aandelen op het moment van de omzetting, fusie of splitsing van rechtswege vervallen. Het gaat dan bijvoorbeeld om gevallen waarin de bv ver-

39. Prof. mr. G.T.K. Meussen is hoogleraar belastingrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen, verbonden aan het Bureau Vaktechniek van BDO Accountants & Belastingadviseurs te Tilburg, alsmede raadsheer-plaatsvervanger in de Gerechtshoven van Amsterdam, Arnhem en Leeuwarden.

40. Voor het geven van de lezing heeft Meussen mede geput uit het boek: G.T.K. Meussen, G.G.M. Snoeks, M.J. van Vliet, R.H.A. Franken, *Het nieuwe BV-recht. Civiel- en fiscaalrechtelijke aspecten van de Flex-BV*, Kluwer, Deventer 2012, serie Fiscaal Actueel.

dwijnt. Ingeval de houder van deze stem- of winstrechtloze aandelen een natuurlijke persoon is en de aandelen bij hem een aanmerkelijk belang vormen, wordt de door hem ter zake ontvangen schadeloosstelling in de aanmerkelijkbelangheffing betrokken. Voor de aanmerkelijkbelangregeling is dan sprake van een fictieve vervreemding op basis van art. 4.16, lid 1, onderdeel g, Wet IB 2001. De doorschuifregeling van art. 4.40 Wet IB 2001 kan voortaan uitsluitend worden toegepast op aandelen die tot het fiscale vermogen van de belastingplichtige blijven behoren. Bij het vervallen van aandelen is dat niet het geval. Dat betekent dat de aandeelhouder wiens aandelen vervallen, inkomstenbelasting betaalt over de schadeloosstelling.<sup>41</sup>

*b. Art. 15 Wet VPB 1969*

Na de flexibilisering van het bv-recht kunnen de stem- en winstrechten gescheiden over verschillende aandelen worden verdeeld. Hierdoor kan zich de situatie voordoen dat een belastingplichtige (moedermaatschappij) weliswaar de juridische en economische eigendom van 95% van de (gewone) aandelen bezit in een andere belastingplichtige (dochtermaatschappij), maar aan deze aandelen geen stemrechten zijn verbonden. Het stemrecht kan immers worden losgekoppeld van de aandelen.

Met ingang van 1 januari 2013 is de bezitsei van art. 15 Wet VPB 1969 aangepast.<sup>42</sup> Ten eerste door zeker te stellen dat een fiscale eenheid alleen mogelijk is indien de moedermaatschappij ook ten minste 95% van de statutaire stemrechten (de zeggenschap) heeft in de dochtermaatschappij. Ten tweede door de in art. 2 Besluit FE 2003 opgenomen voorwaarde in de wet op te nemen dat het aandelenbezit van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij altijd recht moet geven op ten minste 95% van de winst en ten minste 95% van het vermogen van de dochtermaatschappij. Met ingang van 1 januari 2013 kent de bezitsei in feite drie cumulatieve voorwaarden. De moedermaatschappij dient niet alleen de juridische en economische eigendom van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een dochtermaatschappij te bezitten. Dit aandelenbezit dient tevens ten minste 95% van de statutaire stemrechten in de dochtermaatschappij te vertegenwoordigen én dient recht te geven op ten minste 95% van de winst en ten minste 95% van het vermogen van de dochtermaatschappij.

*c. Art. 1 PW*

Een directeur-groootaandeelhouder kan fiscaal gefaciliteerd pensioen in eigen beheer opbouwen. Ingevolge art. 1 PW (oud) was tot voor kort sprake van een 'directeur-groootaandeelhouder', kort gezegd, indien iemand houder is van (certificaten van) aandelen die ten minste een tiende deel van het geplaatste kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen. Om te waarborgen dat de invloed van de directeur-groootaandeelhouder behouden blijft, is in de definitie een koppeling gemaakt met het stemrecht dat ten minste door een directeur-groootaandeelhouder moet kunnen worden uitgebracht op de door hem

41. Kamerstukken II 2011-2012, 32 426, nr. 23, p. 4.

42. Kamerstukken II 2012-2013, 33 403, nr. 3, p. 4-5 en p. 25-26.

gehouden aandelen.<sup>43</sup> Thans is bepaald, kort gezegd, dat aan de (certificaten van) aandelen tevens stemrecht in de algemene vergadering moet zijn verbonden.

*d. Art. 4, lid 11, Wet BRV*

Art. 4, lid 11, Wet BRV is reeds op 1 januari 2011 in werking getreden, mede in het licht van de flexibilisering van het bv-recht.<sup>44</sup> Ingevolge art. 4, lid 11, Wet BRV is ook de verkrijging van rechten uit bestaande aandelen in zogenoemde onroerendezaaklichamen onder voorwaarden belast met overdrachtsbelasting. Door de invoering van het flexibele bv-recht is het, meer dan voorheen, mogelijk om via een 'verkrijging van rechten uit bestaande aandelen' een belang in een onroerendezaaklichaam te verkrijgen. Dat is nu dus ondervangen. Het aanbrengen van wijzigingen in de rechten uit bestaande aandelen kan ertoe leiden dat aandelen zonder een belang in de zin van art. 4 Wet BRV, na een statutenwijziging wel een zodanig belang vertegenwoordigen. Zo kunnen aandelen zonder winstrecht alsnog een (volledig of gedeeltelijk) recht op de winst krijgen. Meussen bespreekt het volgende voorbeeld uit de parlementaire geschiedenis.<sup>45</sup>

*Voorbeeld*

Het aandelenkapitaal van OZL BV bestaat uit tien aandelen A en tien aandelen B. Aandeelhouder A is gerechtigd tot 50% van de winst en de stille reserves van OZL BV. Aandeelhouder B is eveneens gerechtigd tot 50% van de winst en stille reserves. Er vindt een statutenwijziging plaats, waarbij het winstrecht van aandeelhouder A wordt teruggebracht tot 40%. Het gevolg daarvan is dat het winstrecht van aandeelhouder B toeneemt tot 60%. Deze uitbreiding van het belang door aandeelhouder B wordt dan vervolgens onder de gestelde voorwaarden belast met overdrachtsbelasting.

Meussen vertelt dat dit alle formele wetswijzigingen in relatie tot de introductie van de Flex-bv zijn en dat de fiscale impact dus best mee lijkt te vallen. Wel vermeldt hij dat reeds is aangegeven dat de mogelijke doorwerking van de flexibilisering van het bv-recht naar lagere regelgeving (besluiten, ministeriële regelingen) in een later stadium aan de orde zal komen. In die zin is het dus nog wachten op een Verzamelbesluit fiscale aspecten Flex-bv van de staatssecretaris van Financiën. Meussen geeft aan dat de invoering van de Flex-bv raakpunten heeft met veel belastingmiddelen (bijvoorbeeld inkomsten-, vennootschaps- en dividendbelasting, maar ook loonbelasting, schenk- en erfbelasting, overdrachts- en omzetbelasting).

### 3 FISCAL E AANDACHTSPUNTEN BIJ DE FLEX-BV

Na bespreking van de fiscale wijzigingen benoemt Meussen een groot aantal voor de praktijk belangrijke aandachtspunten. Mede omwille van de omvang

43. Kamerstukken II 2009-2010, 32 426, nr. 3, p. 36-37.

44. Kamerstukken II 2010-2011, 32 426, nr. 7, p. 8.

45. Kamerstukken II 2010-2011, 32 504, nr. 3, p. 41-42.

van dit verslag komt slechts een aantal van deze aandachtspunten hierna aan bod.<sup>46</sup>

### 3.1 Algemeen

Voor het fiscale recht is vooral relevant dat er onder het flexibele bv-recht nieuwe aandelenvormen ontstaan. Het gaat dan om stem- en winstrechtloze aandelen, aandelen met een beperkt recht op de winst of reserves (een gedifferentieerd winstrecht) en aandelen met een variabele verdeling van de stemrechten (een gedifferentieerd stemrecht). De fiscale discussie draait voornamelijk om de vraag of deze nieuwe aandelenvormen ertoe (kunnen) leiden dat op oneigenlijke wijze fiscale regelingen kunnen worden ontgaan of juist aanspraak kan worden gemaakt op fiscale regelingen in situaties waarvoor deze niet bedoeld zijn (op basis van de huidige ratio en reikwijdte van deze regelingen). Het gaat dan met name om regelingen die op enigerlei wijze aansluiten bij een 'belang' in een bv, zoals het begrip 'verbonden lichaam', de deelnemingsvrijstelling, de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting en het aanmerkelijk belang. Meussen bespreekt de mogelijkheid voor het uitgeven van verschillende soorten aandelen uitvoerig.

Het nieuwe bv-recht heeft echter ook andere fiscale aspecten. Hierbij kan onder andere worden gedacht aan de 'nieuwe' uitkeringsregels voor dividenden en de fiscale gevolgen van de verplichting tot aanvulling van een ontstaan tekort door bestuurders respectievelijk aandeelhouders van de vennootschap aan de vennootschap (op basis van de uitkeringstest). Ook kan worden gedacht aan de mogelijkheid om statutaire verplichtingen te verbinden aan bepaalde groepen aandelen. De fiscale gevolgen van deze laatste flexibiliseringsmogelijkheid liggen met name op het gebied van de aanmerkelijkbelangregeling.

Door de flexibiliseringsmogelijkheden wordt het nog belangrijker voor fiscalisten om kennis te nemen van de statuten van een bv en een voorgenomen statutenwijziging.

Daarnaast moet worden opgemerkt dat het nieuwe bv-recht zoveel nieuwe aandelenvormen kent, waaraan allerlei specifieke verplichtingen kunnen worden verbonden, dat in de komende jaren afgewacht moet worden hoe creatief de civiele praktijk hiermee zal omgaan.

### 3.2 Aanmerkelijk belang

Kort gezegd is sprake van een 'aanmerkelijk belang', indien een natuurlijke persoon – al dan niet tezamen met zijn partner – voor ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal aandeelhouder is van een bv. Indien een vennootschap verschillende soorten aandelen heeft, heeft de belastingplichtige een

46. Verwezen zij ook naar het verslag van de JOB-lezing van 12 december 2012 te Amsterdam over de Flex-bv door mw. J.A.J.M. van Arendonk-Day en mw. J.W.E. Litjens. In dit verslag wordt een aantal andere aandachtspunten benoemd.

aanmerkelijk belang, indien hij – al dan niet tezamen met zijn partner – voor ten minste 5% van het geplaatste kapitaal van een soort aandelen aandeelhouder is. Bij verschillende soorten aandelen is dus eerder sprake van een aanmerkelijk belang.

De hoofdregel is dat aandelen tot een aparte soort aandelen behoren, indien zij op enigerlei wijze van elkaar verschillen en daardoor niet dooreen leverbaar zijn. Volgens de wetgever is in elk geval sprake van ‘soort aandelen’ in de volgende gevallen.<sup>47</sup>

*Versillen in winstrecht:*

- het aandelenkapitaal bestaat uit aandelen met verschillende letters en eigen winstreserves;
- de aandelen verschillen in nominale waarde, tenzij de aandelen – in verhouding tot het nominale bedrag – in dezelfde mate delen in de winstreserves en de aan de aandelen verbonden rechten overigens identiek zijn;
- de aandelen kennen verschillende preferenties (bijv. bij dividenduitkering of bij liquidatie).

*Versillen in stemrecht:*

- aan de aandelen zijn verschillende stemrechten verbonden. Het stemrecht is niet te vergelijken met de rechten genoemd in art. 4.7, lid 2, Wet IB 2001;
- aan de aandelen zijn speciale rechten toegekend om belangrijke economische beslissingen betreffende de (onderneming van de) vennootschap te nemen, zoals over fusie, splitsing, consolidatie, verkoop of afstoting van activa of wijzigingen in de aard van de onderneming. Deze rechten zijn essentieel en ingrijpender van betekenis dan een benoemingsrecht of het recht om de naam van de vennootschap te wijzigen.

Op 16 december 2011 heeft de Hoge Raad twee belangrijke arresten gewezen over de soortbenadering in het aanmerkelijk belang, te weten HR 16 december 2011, nr. 10/00610, BNB 2012/80, NTFR 2012/19 en HR 16 december 2011, nr. 10/00158, BNB 2012/81, NTFR 2012/18. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat van verschillende soorten aandelen sprake is, niet alleen bij een bijzondere gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap (zoals het geval is bij letteraandelen met een eigen dividendreserve), maar ook indien uitsluitend een verschil bestaat met betrekking tot de besluitvorming omtrent uitkeringen van winst of vermogen van de vennootschap. Volgens Meussen hanteert de Hoge Raad dus een ruim soortbegrip. Verder merkt Meussen op dat de civielrechtelijke begrippen ‘aandelen van een bepaalde soort’ en ‘aandelen met een bepaalde aanduiding’ niet (een-op-een) aansluiten bij het fiscale begrip ‘soort aandeel’ in de aanmerkelijkbelangregeling.

Met het oog op het aanmerkelijk belang en het daarin opgenomen soortbegrip is belangrijk dat we vaststellen welke nieuwe vormen van aandelen als een aparte soort kwalificeren. Aandelen die slechts verschillen in nominaal bedrag, maar

47. Kamerstukken II 2009-2010, 32 426, nr. 3, p. 11.



waarvan de verbonden rechten naar verhouding identiek zijn, behoren tot eenzelfde soort. Er is sprake van een aparte soort, indien de aan de aandelen verbonden rechten niet identiek zijn. In het kader van de Flex-bv kunnen volgens Meussen de volgende soortaandelen worden onderkend:

- winstrechtloze aandelen;
- stemrechtloze aandelen;
- aandelen met een gedifferentieerd winstrecht; en
- aandelen met een gedifferentieerd stemrecht.

Aandelen waaraan statutair een verbintenisrechtelijke verplichting in de zin van art. 2:192, lid 1, onderdeel a, BW is verbonden kunnen mogelijk aan dit rijtje worden toegevoegd. Voorbeelden van dit soort verbintenisrechtelijke verplichtingen zijn de verplichting tot het verstrekken van een lening aan de vennootschap, de verplichting tot het verstrekken van een aanvullende vermogensinjectie in de vorm van een aanvullende agiostorting of tot het leveren of afnemen van producten. Ook kan worden bepaald dat de houders van bepaalde aandelen, naast de vennootschap, persoonlijk aansprakelijk zijn voor bepaalde of alle (bank)schulden. Ten aanzien van dit laatste voorbeeld heeft de minister<sup>48</sup> uitdrukkelijk aangegeven dat die aandelen kwalificeren als een afzonderlijke soort. De aansprakelijkheid betreft namelijk een bijzondere gerechtigdheid (waaronder volgens de minister kennelijk mede wordt verstaan een bijzondere verplichting) tot een vermogensbestanddeel van de vennootschap. Meussen acht het mogelijk dat de minister ook ten aanzien van de andere voorbeelden het standpunt inneemt dat sprake is van 'soortaandelen'.

Als een aanmerkelijkbelanghouder op grond van zijn statutaire aansprakelijkheid voor een bepaalde schuld wordt aangesproken, rijst de vraag of de hieruit ontstane regresvordering op de bv kwalificeert als TBS-vordering. Vervolgens rijst de vraag of deze vordering 'standaard' ontstaat in de aandeelhouderssfeer en aldus in alle gevallen kwalificeert als 'onzakelijke lening'. Hierover wordt uitvoerig gediscussieerd met de groep.

Daarbij kan nog worden opgemerkt dat de soortaandeelbenadering niet alleen maar negatieve fiscale gevolgen oproept maar soms ook positieve. Zo zal de verstrekker van een lening aan de bv, bij een mogelijk toekomstig verlies op de vordering, graag onder de TBS-regeling vallen. Dit kan door het introduceren van een nieuw soort aandeel waarvan er ten minste één wordt uitgegeven op eenvoudige wijze worden vormgegeven.

De statutaire eisen aan het aandeelhouderschap in de zin van art. 2:192, lid 1, onderdeel b, BW en de statutaire aanbiedingsplichten in de zin van art. 2:192, lid 1, onderdeel c, BW leiden op zichzelf niet tot een aparte soort.

Meussen attendeert erop dat zelfs winstrechtloze aandelen een aanmerkelijk belang kunnen vormen. Omdat aan deze aandelen geen of nauwelijks waarde toekomt, wordt de houder ervan feitelijk niet of nauwelijks in de aanmerkelijk-

48. *Kamerstukken I 2011-2012, 32 426, nr. C, p. 2-4.*

belangheffing betrokken. Evenals voor de andere soorten aandelen komen dan wel andere regelingen in beeld, zoals de meesleep- en de meetrekregeling (art. 4.9 en art. 4.10 Wet IB 2001), de terbeschikkingstellingsregeling (art. 3.92 Wet IB 2001), de gebruikelijkloonregeling (art. 12a Wet LB 1964) alsmede de bedrijfsopvolgingsregeling in de inkomstenbelasting (art. 4.17a jo. art. 4.39a Wet IB 2001 en art. 4.17c jo. art. 4.39c Wet IB 2001) en in de schenk- en erfbelasting (art. 35b-35f SW 1956).

### 3.3 Wel of geen aanmerkelijk belang?

In voorkomende gevallen is het onder het nieuwe bv-recht relatief eenvoudig om juist wel of juist geen aanmerkelijk belang te creëren. Het belang schuilt niet alleen in de aanmerkelijkbelangregeling zelf, maar ook in de hiervóór genoemde ‘aanpalende’ regelingen. Indien een aandeel dat reeds in bezit is tot een aanmerkelijk belang gaat behoren, dient rekening te worden gehouden met de ‘step-up’ van art. 4.23 Wet IB 2001.

#### *Stemrechtloze aandelen versus certificaten van aandelen*

Stemrechtloze aandelen vormen (civielrechtelijk) een alternatief voor certificaten van aandelen. Beide participaties delen wel in de winst, maar geven geen zeggenschap in de algemene vergadering. Stemrechtloze aandelen of certificaten van aandelen kunnen dienen als werknemersparticipaties of als participaties voor familieleden (in het kader van een bedrijfsopvolging). In geval van een participatie door een natuurlijke persoon dient bij de keuze rekening te worden gehouden met de gevolgen ervan voor de aanmerkelijkbelangregeling. Een stemrechtloos aandeel kwalificeert namelijk als afzonderlijke soort aandelen, waardoor het nemen van dergelijk aandelen al snel leidt tot een aanmerkelijk belang. Certificaten van (gewone) aandelen kwalificeren, ook na de arresten van 16 december 2011, waarschijnlijk niet als aparte soort. Indien het de bedoeling is om aan iemand 5% of meer van de winst- en vermogensrechten van de bv toe te laten komen, kunnen – bezien vanuit de aanmerkelijkbelangregeling – evengoed stemrechtloze aandelen worden uitgegeven. Indien aan iemand minder dan 5% van de winst- en vermogensrechten toekomen, kan dan nog worden ‘teruggevallen’ op certificering van (gewone) aandelen. Stemrechtloze aandelen hebben ook als voordeel dat niet met een omslachtige Stichting Administratiekantoor (STAK)-structuur hoeft te worden gewerkt. Het civielrechtelijke nadeel van stemrechtloze aandelen is overigens dat deze aandeelhouders wel vergaderrechten hebben.

#### *Statutaire flexibiliseringsmogelijkheden versus aandeelhoudersovereenkomst*

Het lijkt erop dat de minister meent dat alleen *statutaire* verschillen tussen aandelen kunnen leiden tot soort aandelen. Daarom lijkt geen sprake van verschillende soorten aandelen als de verschillen voortvloeien uit bijvoorbeeld een aandeelhouders- of stemrechtsovereenkomst. Dit betekent dat in voorkomende gevallen – waarin een ‘soort-aanmerkelijkbelang’ niet gewenst is – kan worden teruggevallen op deze ‘oude’ contractuele oplossingen. De ‘verbintenisrechtelijke verplichting’ dient dan niet statutair aan de aandelen te worden verbonden.

### 3.4 Terugbetaling van aandelenkapitaal: kies de juiste civielrechtelijke weg

#### *Terugbetaling door intrekking of door afstempeling*

In het nieuwe bv-recht is het minimumkapitaal van € 18.000 vervallen. Het minimumaandelenkapitaal kan zeer beperkt zijn, bijvoorbeeld € 0,01. Dit geldt ook voor reeds bestaande bv's. Bij een verkrijgingsprijs van € 18.000 betekent dit dat het huidige oprichtingskapitaal (bijna volledig) kan worden terugbetaald. Meussen merkt op dat een fiscaal onbelaste terugbetaling van kapitaal in beginsel slechts een tijdelijk fiscaal voordeel oplevert. Een onbelaste terugbetaling van kapitaal gaat namelijk gepaard met een verlaging van de verkrijgingsprijs van de aanmerkelijkbelangaandelen (art. 4.33 Wet IB 2001). Bij vervreemding van deze aandelen in de toekomst leidt dat ertoe dat een groter vervreemdingsvoordeel belast is, tenzij de bedrijfsopvolgingsfaciliteit op dat moment kan worden toegepast.

Als niet aan de voorwaarden voor een onbelaste terugbetaling in de zin van art. 4.13, lid 1, onderdeel b, Wet IB 2001 wordt voldaan, wordt de teruggaaf zonder meer als een regulier voordeel aangemerkt (HR 12 september 2008, nr. 43.366, *BNB* 2009/13, *NTR* 2008/2133). Onder het nieuwe bv-recht is een kapitaalverlaging civielrechtelijk gezien aanmerkelijk versoepeld, met name door de mogelijkheid van rechtstreekse intrekking van een of meer aandelen van een soort of aanduiding. Meussen attendeert erop dat een dergelijke 'kapitaalverlaging door intrekking' door voorgaande, strikte fiscale voorwaarden niet onbelast kan plaatsvinden. Dit, terwijl voor deze mogelijkheid tot kapitaalverlaging geen statutenwijziging nodig is, hetgeen deze methode vanuit civielrechtelijk en praktisch oogpunt interessant maakt. Uitsluitend de 'kapitaalverlaging door afstempeling', waarvoor wel een statutenwijziging nodig is, kan onbelast plaatsvinden.

#### *Inkoop van aandelen*

Ook het inkopen van aandelen is civielrechtelijk gezien aanmerkelijk versoepeld. Een van de versoepelingen is dat de beperking dat de bv maximaal 50% van haar geplaatst kapitaal in eigen bezit mag hebben, niet langer geldt. Inkoop van nagenoeg het gehele uitstaande kapitaal is mogelijk, mits te allen tijde maar ten minste één aandeel met stemrecht in de algemene vergadering blijft uitstaan bij een derde, niet zijnde de bv zelf of een dochtermaatschappij, en mits die derde het aandeel voor eigen rekening houdt (art. 2:175 BW).

De versoepelingen kunnen ertoe leiden dat een inkoop van aandelen (civielrechtelijk) kan dienen als alternatief voor een 'kapitaalverlaging door afstempeling' om kapitaal onbelast uit de bv te halen. Ook hierbij wijst Meussen erop dat deze methode tot ongewenste fiscale gevolgen kan leiden. Een inkoop van aandelen wordt immers aangemerkt als een fictieve vervreemding voor het aanmerkelijk belang (ex art. 4.16, lid 1, onderdeel a, Wet IB 2001). Bij een vervreemding tegen een 'onzakelijk lage tegenprestatie' wordt bij wetsfictie de waarde in het economische verkeer van de aandelen als tegenprestatie aangemerkt. Dit geldt ook indien bij een vervreemding het belang in de vennootschap

wordt behouden (art. 4.22, lid 2, Wet IB 2001). Een inkoop kan dus leiden tot een belast vervreemdingsvoordeel.

### 3.5 Terugbetaling van aandelenkapitaal: let op afkoop van pensioen

Tijdens de lezing wordt ook aandacht gevraagd voor de terugbetaling van aandelenkapitaal door een Pensioen-bv. Een terugbetaling van kapitaal kan mogelijk leiden tot een feitelijke constatering van een (gedeeltelijke) afkoop van pensioen. De volledige pensioen- en/of stamrechtenaanspraak wordt dan direct in de belastingheffing betrokken (art. 19b Wet LB 1964). Bovendien wordt dan bij de pensioengerechtigde revisierente in rekening gebracht (art. 30i AWR). De Belastingdienst/CAP neemt dit standpunt in op de pensioensite.<sup>49</sup> Een dergelijk standpunt, met zo'n grove 'sanctie' tot gevolg, is volgens Meussen moeilijk houdbaar in geval van 'kleine terugbetalingen', zoals bijvoorbeeld een terugbetaling van € 17.999 aan aandelenkapitaal.

## 4 AFSLUITING

Ter afsluiting gaat Meussen in op de wisselwerking tussen het civiele recht en het fiscale recht. Volgens hem is civielrechtelijke flexibilisering niet altijd haalbaar door ongewenste fiscale gevolgen. Alles wat civielrechtelijk mogelijk is, geeft fiscaalrechtelijk niet altijd het gewenste effect. Meussen geeft de 'tip' aan ons fiscalisten om elke voorgenomen statutenwijziging op fiscale aspecten te checken. Het is belangrijk om ongewenste fiscale gevolgen (en daarmee verbonden aansprakelijkheidsclaims) te voorkomen.

49. Zie Vraag & Antwoord 12-008 d.d. 21 september 2012, [www.belastingdienstpensioensite.nl](http://www.belastingdienstpensioensite.nl).



# IX *Civiele en fiscale aandachtspunten van de flexibele bv*

Lezing gehouden op 12 december 2012 door mw. mr. J.A.J.M. van Arendonk-Day, werkzaam bij PwC te Rotterdam op de afdeling Legal Services en mw. mr. J.W.E. Litjens, werkzaam bij het Knowledge Center Tax & HRS (Private Wealth) van PwC te Rotterdam.

## 1 INLEIDING

1 oktober 2012 zal de geschiedenis ingaan als de dag waarop de Nederlandse Flex-bv officieel het levenslicht zag: door deze wijziging van het Nederlandse vennootschapsrecht ging niet alleen het burgerlijke recht, maar ook het fiscale recht grondig op de schop. Op woensdag 12 december 2012 – het eerste stof is dan inmiddels neergedaald – gaven Judith van Arendonk-Day en Jessica Litjens, verbonden aan respectievelijk PwC Legal Services en het Knowledge Center Tax & HRS (Private Wealth) van PwC, ten kantore van hun werkgever een lezing over zowel de civiele als de fiscale aspecten van de invoering van de flexibele besloten vennootschap, teneinde de fiscalist van vandaag ‘up to speed’ te brengen voor diens werk van ... vandaag.

## 2 DE FLEX-BV VANUIT EEN JURIDISCH PERSPECTIEF

### 2.1 De flexibiliteit van de Flex-bv

Bij de wijziging van het vennootschapsrechtelijke landschap heeft de wetgever gekozen voor de term ‘Flex-bv’, waardoor de vraag zich meteen aandient ‘Hoe flexibel is de Flex-bv nu eigenlijk?’ Als algemeen uitgangspunt heeft te gelden dat de Flex-bv geen nieuwe rechtsvorm is, maar een wijziging van het vroegere bv-recht: ook bestaande bv’s vallen vanaf 1 oktober 2012 onder de nieuwe wetgeving. Omdat de nieuwe bv-wetgeving nog altijd dwingend recht behelst, weliswaar met meer vrijheid en flexibiliteit op de terreinen waar de wet hiervoor de ruimte laat, is sprake van één standaardregeling die mogelijkheden biedt voor maatwerk, zo de cliënt dit wenst. Van Arendonk haalt aan dat zij vanuit de praktijk veelvuldig de vraag krijgt of het nieuwe recht ook geldt voor naamloze vennootschappen: deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Aangezien van een Flex-nv nochtans geen sprake is, lopen het karakter van de bv en de nv door de invoering van de Flex-bv voortaan verder uiteen.

De voorgenoemde flexibiliteit uit zich allereerst in het vervallen van een aantal zaken. Zo is het minimumkapitaalsvereiste van € 18.000 afgeschaft, waardoor de rechtsvorm van de bv nu ook binnen het bereik van kleine ondernemers en eenmanszaken komt. Daarnaast vervalt de stortingsverplichting bij het nemen

van een aandeel. Ook de bankverklaring en de accountantsverklaring (benodigd voor de oprichting van een bv door middel van een storting op aandelen van respectievelijk contanten en natura), de ontbindingsgronden met betrekking tot kapitaalsvereisten en de verzetstermijn voor kapitaalvermindering (ook wel bekend als de tweemaandentermijn voor crediteuren) keren in het nieuwe bv-recht niet terug. Over de afschaffing van de Nachgründungsregeling (inzake de realiteit van de tegenprestatie van een bv voor een transactie die een aandeelhouder/oprichter met de bv aangaat binnen twee jaar na inschrijving in het handelsregister). Daarnaast vervallen de verplichting tot het opnemen van een niet-uitkeerbare financiële reserve bij financiële steunverlening (bijvoorbeeld in het geval van een management buy-out), de verplichte blokkeringsregeling en het vereiste dat een besluit door de AVA op een andere plaats of zonder oproeping of agendering unaniem moet worden genomen. Als haar de vraag gesteld wordt welke van de vervallen vereisten van de oude bv de civilist en/of fiscalist prettig zou moeten vinden, wijst Van Arendonk er vanuit haar eigen internationale praktijk op dat zij voornamelijk het vervallen van de bankverklaring als een winstpunt ervaart, nu hierdoor de vertraging in de oprichting van een bv als gevolg van het nog niet hebben van een Nederlandse bankrekening wordt weggenomen.

Ook op het gebied van de aandelen van de vennootschap verandert er het nodige: niet alleen mag de nominale waarde van bv-aandelen (minimaal € 0,01, waarvan minimaal één aandeel geplaatst bij een derde partij) voortaan in vreemde valuta luiden (waardoor internationale concerns die hun jaarrekening in bijvoorbeeld USD opmaken niet langer te kampen hebben met koersverschillen), maar ook is het onder vigeur van de Flex-bv-wetgeving mogelijk om aandelen te creëren die slechts stemrecht of slechts winstrecht hebben, in plaats van beide. Wel heeft de wetgever bepaald dat een aandeel ten minste stemrecht óf winstrecht moet hebben: een stem- en winstrechtloos aandeel is geen aandeel. Huidige (minderheids)aandeelhouders hoeven echter niet te vrezen voor hun positie, nu de wet vereist dat bij een statutenwijziging elke individuele aandeelhouder moet instemmen met de afbreuk van zijn rechten. De immer populaire Stichting Administratiekantoor (STAK) zal door de voorgenoemde wetswijzigingen haar functie niet verliezen, aangezien stemrechtloze aandeelhouders altijd vergaderrechten hebben, waar dit voor certificaathouders kan worden uitgesloten in de statuten. Voor wie geen certificaathouders in zijn AVA wenst, biedt de STAK dus nog altijd uitkomst. Naast aandelen in gewijzigde vorm biedt de nieuwe wet ook de mogelijkheid tot het omvormen van het aandeelhouder-schap. Verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard kunnen voortaan in de statuten worden opgenomen, waardoor verbintenissen tussen aandeelhouders onderling, tussen aandeelhouders en de vennootschap en zelfs tussen aandeelhouders en derden statutair kunnen worden vastgelegd. Het probleem dat dergelijke statutaire verplichtingen openbaar zouden kunnen worden – hetgeen door de praktijk als zeer onwenselijk zou kunnen worden ervaren – omdat de statuten van een bv nu eenmaal kunnen worden opgevraagd bij het handelsregister, kan worden ondervangen door een statutaire verplichting in de statuten op te nemen op basis waarvan elke aandeelhouder partij moet zijn bij een (niet-openbare) aandeelhoudersovereenkomst op straffe van vennootschapsrechtelijke

sancties zoals opschorting van stemrecht. Daarnaast biedt het nieuwe aandeelhouderschap de mogelijkheid tot afwijking van de statutaire blokkeringsregeling door bijvoorbeeld het beperken van de kring, het opnemen van een lock-upperiode of het überhaupt afschaffen van de blokkeringsregeling. Tevens biedt de Flex-bv de mogelijkheid tot het houden van de algemene vergadering in het buitenland: een wijziging die zich zal mogen verheugen in de warme belangstelling van civilisten, maar die menig fiscalist zijn rijtje met substancevereisten nog eens na zal doen lopen.

Hoewel de nieuwe wetbepalingen direct gelding hebben vanaf 1 oktober 2012, wordt volgens Van Arendonk over het algemeen aangenomen dat statuten waarin oude wetbepalingen zijn opgenomen die strenger zijn, gerespecteerd worden door de nieuwe wetgeving: dit is met name zo in de gevallen dat de nieuwe wetgeving de mogelijkheid geeft om van die nieuwe bepaling(en) af te wijken. Het is dan ook voor iedere vennootschap zaak om te kijken of zij nog oude bepalingen in haar statuten heeft, en of zij hier wel of niet vanaf wil. Van Arendonk noemt daarnaast de onder het oude recht gestelde garanties ten aanzien van crediteuren in verband met kapitaalsverminderingen, die gehandhaafd zullen blijven vanuit het oogpunt van rechtszekerheid. Ook kunnen claims op basis van de oude wetgeving na 1 oktober 2012 niet meer worden geëffectueerd indien deze niet voor de inwerkingtreding van de Flex-bv zijn ingesteld. Overigens schept de nieuwe wetgeving geen verplichting om de statuten van de bv aan te passen. Wel bestaat de verplichting om bij de eerstvolgende statutenwijziging regelingen op te nemen inzake de vergaderrechten van certificaathouders en het belet en de ontstentenis van commissarissen.

## 2.2 Uitkeringen en aansprakelijkheid

De afschaffing van de kapitaalbeschermingsregels bij de stelselwijziging van oude bv naar Flex-bv werpt de vraag op in hoeverre de crediteuren van een bv nog beschermd worden onder het nieuwe stelsel. Het eigen vermogen van een vennootschap onder de Flex-bv-wetgeving kan bij afwezigheid van wettelijke en statutaire reserves zelfs negatief worden aangezien er geen minimumkapitaalseis meer geldt. Dit hiaat wordt opgevuld door de invoering van een zogenoemde 'uitkeringstest', gekoppeld aan een nieuwe mogelijkheid voor aansprakelijkstelling voor bestuurders die eventueel kan worden verlegd naar de aandeelhouders. Deze uitkeringstest komt aan de orde bij (i) de inkoop van eigen aandelen, (ii) kapitaalverminderingen en (iii) uitkeringen aan aandeelhouders. De uitkeringstest wordt gedaan door het bestuur op het moment van uitkering, waarbij het bestuur dient te bepalen of de vennootschap na het doen van die uitdeling nog altijd in de positie is om haar opeisbare schulden te voldoen. Hoewel in de parlementaire geschiedenis is gesproken over een periode van 1 jaar vanaf het moment van daadwerkelijke uitkering, zijn hier in de literatuur reeds kanttekeningen bij geplaatst. Van Arendonk haalt in dit kader het voorbeeld aan van een bestuur dat weet dat de vennootschap over 1,5 jaar een claim kan verwachten en meent dat ook met een dergelijke claim al rekening gehouden dient te worden omdat het voorbestaan van de vennootschap na het doen van een uitkering centraal staat. Dat de wetgever niet gekozen heeft voor een formule maar voor



subjectieve criteria leidt tot veel onduidelijkheid over de aanknopingspunten en criteria voor deze uitkeringstest, en het is volgens Van Arendonk dan ook wachten op de eerste jurisprudentie waarin wellicht ofwel een andere termijn wordt uitgekristalliseerd, ofwel voor een situatie-per-situatiebenadering wordt gekozen. In de praktijk – waarin de grote advies- en accountantskantoren op dit moment nog ‘naar elkaar kijken’ in afwachting van meer duidelijkheid – rijst tot op heden de vraag of de aansprakelijkheid bij het adviseren van (het bestuur van) de vennootschap omtrent het al dan niet doen van een uitkering wellicht kan leiden tot accountantsaansprakelijkheid. Maar ook voor het bestuur is voorzichtigheid geboden, aangezien het bestuur bij uitkeringen die het voortbestaan van de vennootschap later blijken te schaden aansprakelijk is op basis van de wettekst:

‘Indien de vennootschap na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, zijn de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering.’

De aansprakelijke bestuurders zijn dus gehouden de bv op deze wijze terug te brengen in de positie waarin deze zou zijn geweest als de uitkering niet had plaatsgevonden. Voor individuele bestuurders is er nog wel de mogelijkheid zich te disculperen indien zij aantonen dat zij (i) niet hebben ingestemd met de goedkeuring van de uitkering (en dus als het ware ‘overruled’ zijn) en (ii) getracht hebben de nadelige gevolgen van de uitkering voor de bv af te wenden. Van Arendonk haalt in dit kader aan dat, hoewel niet-instemming wellicht nog te bewijzen valt, de tweede voorwaarde in de praktijk moeilijk te bewijzen zal zijn en dat een dergelijke bestuurder alvorens een besluit tot een risicovolle uitkering wordt genomen wellicht beter op kan stappen. Ter bepaling van de onbehoorlijkheid van uitkeringen door het bestuur kan overigens niet zonder meer worden aangesloten bij de huidige bepalingen en jurisprudentie omtrent de onrechtmatigheid van bestuurshandelingen, aangezien deze wetgeving niet op het financiële vlak ziet. Opgemerkt zij dat de aansprakelijkheid wordt verlegd (en daarmee de terugbetalingsverplichting) naar de aandeelhouder voor het door hem ontvangen bedrag plus de wettelijke rente, indien de uitkering plaatsvindt aan een aandeelhouder die wist of voorzag dat de vennootschap door deze uitkering niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen.

### 3 DE FLEX-BV VANUIT EEN FISCAAL PERSPECTIEF

Vanuit fiscaal perspectief biedt de invoering van de Flex-bv de mogelijkheden van (i) flexibele statuten, (ii) flexibele aandelen en (iii) flexibele uitkeringen, waarbij Litjens opmerkt dat op fiscaal terrein de kansen voor belastingplichtigen vooral op het gebied van de flexibele aandelen liggen, aangezien door het creëren van nieuwe aandelenvarianten diverse fiscaal gunstige of ongunstige regelingen wél, of juist niet van toepassing kunnen zijn.

### 3.1 Flexibele statuten

Onder de Flex-bv-wetgeving is het mogelijk om een aandeelhoudersovereenkomst te incorporeren in de statuten. Dit kan tot gevolg hebben dat de aanmerkelijk-belangregeling in beeld komt, aangezien een aanmerkelijk belang ook aanwezig is als de belastingplichtige 5% van een bepaalde soort aandelen heeft (art. 4.7 Wet IB 2001). Dit komt aan de orde in de volgende (aan de parlementaire geschiedenis ontleende) casus:

Een familie-bv heeft als aandeelhouders twee grootaandeelhouders-natuurlijke personen en één natuurlijke persoon/derde-aandeelhouder/investeerder, die 3% van het geplaatste kapitaal houdt. Deze derde-investeerder is uit hoofde van een aandeelhoudersovereenkomst met de bv aansprakelijk voor een bankschuld van de bv, welke verplichting is geïncorporeerd in de statuten van de vennootschap. Nu is in het arrest van de Hoge Raad van 16 december 2011, nr. 10/00158, *BNB* 2012/81 (zie ook *BNB* 2012/80 voor een soortgelijke beslissing) bepaald dat sprake is van een aparte ‘soort’ aandelen indien er een verschil bestaat in de gerechtigdheid tot een vermogensbestanddeel of reserve van de vennootschap, maar ook als er een verschil is in besluitvorming omtrent uitkeringen van winst of het vermogen van de vennootschap. Ook een bijzondere verplichting waarbij een belastingplichtige zich jegens een bv aansprakelijk stelt voor een bankschuld van de bv, valt op basis van dit arrest onder de definitie van een ‘soortaandeel’. Het gaat hier immers om aandelen waaraan een bijzondere gerechtigdheid kleeft. Daarmee heeft de derde-investeerder ook een ‘soortaanmerkelijkbelang’ en valt zijn 3%-belang in box 2 in plaats van in box 3. Indien deze link met de statuten niet zou bestaan (zoals bij een niet in de statuten geïncorporeerde aandeelhoudersovereenkomst) is van een ‘soortaanmerkelijkbelang’ geen sprake. Gezien het hiervoor genoemde fiscaal nadelige gevolg en het feit dat een dergelijke geïncorporeerde aandeelhoudersovereenkomst ook voor derden kenbaar zal zijn (door middel van het opvragen van de statuten uit het handelsregister) is het in de dagelijkse adviespraktijk maar de vraag of de cliënt/derde-investeerder dit wel zou moeten willen. Overigens heeft een dergelijk instrument vanuit civielrechtelijke optiek voor de bv zelf wel voordelen, aangezien deze hiermee de rechten (op bijvoorbeeld stemrecht en dividend) van de derde-investeerder kan opschorten als deze zijn verplichtingen jegens de vennootschap niet nakomt. Bovendien gaan de verplichtingen die zijn gekoppeld aan de met deze verplichting bezwaarde aandelen over op een eventuele opvolgende aandeelhouder.

### 3.2 Flexibele aandelen

Aansluitend bij het eerder aangehaalde Hoge Raad-arrest van 16 december 2011 kan worden geconcludeerd dat stem- en winstrechtloze aandelen onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als ‘soortaan aandelen’. Daardoor kunnen bepaalde fiscale bepalingen sneller van toepassing zijn. Denk hierbij aan de gebruikelijkloonregeling, de terbeschikkingstellingsregeling, de bedrijfsopvolgingsregelingen in de inkomsten- en schenk- en erfbelasting, het regime voor fiscale beleggingsinstellingen en de regeling voor buitenlandse belastingplicht in de vennootschapsbelasting.

Met betrekking tot de concernfinancieringsregels in de vennootschapsbelasting spelen de nieuwe typen aandelen die met de Flex-bv-regelgeving kunnen worden gecreëerd een rol bij onderscheidenlijk (i) het verbondenheids criterium van art. 10a, lid 4, Wet VPB 1969 waarvoor een belang van ten minste 1/3 deel is vereist, (ii) de deelnemingsvrijstelling van art. 13, lid 2, Wet VPB 1969 dat uitgaat van 5% van het nominaal gestorte kapitaal en (iii) de regels voor de vorming van een fiscale eenheid ex art. 15, lid 1, Wet VPB 1969, waarvoor bezit van de juridische en de economische eigendom van minimaal 95% van het nominaal gestorte kapitaal is vereist.

### 3.2.1 *Verbondenheids criterium*

Voor het verbondenheids criterium – dat door Litjens wordt getypeerd als een op zichzelf al vaag criterium – sluit de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis aan bij het criterium van een materieel belang (mede op basis van zeggenschapsrechten die gerelateerd zijn aan het geplaatste kapitaal). Doordat de Flex-bv de mogelijkheid biedt om zeggenschap en de financiële belangen te scheiden kan echter de situatie ontstaan dat de optelsom van alle verdeelde belangen de 100% overstijgt indien de zeggenschap en de financiële belangen niet evenredig zijn verdeeld. Hierdoor kan het dus voorkomen dat meer dan drie personen een kwalificerend belang hebben, zoals ook door de staatssecretaris van Financiën onder verwijzing naar het arrest HR 8 april 2011, nr. 10/00651, *BNB* 2011/156, *NTR* 2011/848 is bevestigd in de nadere memorie van antwoord:

‘Wanneer zeggenschap en financieel belang evenredig zijn verdeeld, kan als uitgangspunt worden gehanteerd dat niet meer dan drie (rechts)personen een kwalificerend belang hebben.

Niettemin kan met inachtneming van HR 8 april 2011, *BNB* 2011/156, niet worden uitgesloten dat er zich verhoudingen kunnen voordoen waarbij meer dan drie personen een kwalificerend belang hebben. Zo beschouwd kan de optelsom van de belangen boven de 100% uitkomen wanneer de zeggenschap en de financiële belangen niet evenredig zijn verdeeld.’

Volgens Litjens geldt deze uitlating van de staatssecretaris echter vooral als een richtsnoer en resteert onduidelijkheid over hoe er bij onevenredige belangen moet worden gekwantificeerd.

### 3.2.2 *Deelnemingsvrijstelling*

De deelnemingsvrijstelling kent geen soortbenadering (art. 13, lid 2, onderdeel a, Wet VPB 1969). Bepalend is de harde grens van 5% van het nominaal gestorte kapitaal. Dit betekent dat een niet-kwalificerend belang van (bijvoorbeeld) 3% toch onder de deelnemingsvrijstelling kan vallen indien stem- en of winstrechtloze aandelen worden uitgereikt aan de moedervennootschap ter aanvulling van het belang tot 5%. In een spiegelbeeldige situatie kunnen door de dochtervennootschap stem- of winstrechtloze aandelen aan een derde-aandeelhouder worden uitgereikt om verwatering van het belang van de moedervennootschap af te dwingen zodat dit niet langer onder de deelnemingsvrijstelling valt. Litjens werpt in dit kader de vraag op of een dergelijk handelen niet riekt naar manipulatie: de staatssecretaris heeft echter bevestigd dat dergelijke

consequenties bewust zijn aanvaard, waarmee een standpunt van de fiscus tot toepassing van *fraus legis* een zeer moeilijk haalbare kaart lijkt.

### 3.2.3 *Fiscale eenheid vennootschapsbelasting*

Indien een dochtermaatschappij aandelen uitgeeft aan derden, is voor instandhouding van een bestaande fiscale eenheid met haar moedermaatschappij onder de nieuwe Flex-bv-wetgeving van belang dat de aandelen van de moedermaatschappij recht blijven geven op minimaal 95% van (i) winst, (ii) vermogen en (iii) zeggenschap van de dochtermaatschappij. Nu art. 2 Besluit FE 2003 niet, maar de wetsgeschiedenis hierbij wél rept van ‘stemrecht’ (in aanvulling op rechten op winst en vermogen) heeft de wetgever besloten om mogelijke onduidelijkheid als gevolg van de invoering van de Flex-bv weg te nemen door per 2013 in art. 15, lid 1, Wet VPB 1969 alle drie de voorgenoemde criteria op te nemen. Ten aanzien van de stortingsverplichting merkt Litjens in het kader van de fiscale eenheid en de deelnemingsvrijstelling op dat het nominaal gestorte kapitaal daadwerkelijk moet worden gestort.

### 3.2.4 *Overdrachtsbelasting*

Ten aanzien van de impact van de Flex-bv op overige fiscale bepalingen haalt Litjens art. 4, lid 11, Wet BRV aan, welk artikel door de invoering van de Flex-bv een grotere impuls zal krijgen: in het kader van deze bepaling zijn verkrijgingen van rechten op bestaande aandelen onder bepaalde voorwaarden ook belast met overdrachtsbelasting. Indien bijvoorbeeld winstrechtloze aandelen worden omgevormd naar gewone aandelen, wordt dit tevens gezien als een verkrijgingsmoment in de zin van de overdrachtsbelasting.

### 3.2.5 *Fiscale eenheid omzetbelasting*

Met betrekking tot de omzetbelasting bespreekt Litjens een voorbeeld van een fiscale-eenheidssituatie. In de omzetbelasting kunnen natuurlijke personen en lichamen kwalificeren als één ondernemer (fiscale eenheid) mits zij in Nederland wonen of zijn gevestigd, of daar een vaste inrichting hebben, en in financieel, organisatorisch en economisch opzicht zodanig zijn verweven dat zij een eenheid vormen (art. 7, lid 4, Wet OB 1968). Voor een fiscale eenheid in de omzetbelasting is dus onder andere financiële verwevenheid vereist. Op grond van jurisprudentie is van financiële verwevenheid sprake als de moedermaatschappij een meerderheidsbelang heeft in zowel de zeggenschapsrechten als de aandelen in de dochtermaatschappij. In de literatuur wordt echter verdedigd dat wellicht ook sprake zou zijn van financiële verwevenheid indien een moedermaatschappij niet beschikt over een meerderheidsbelang, maar wel over de meerderheid van de zeggenschapsrechten, waarbij de desbetreffende auteurs zich baseren op een mededeling van de Europese Commissie uit juli 2009. Indien dit standpunt wordt doorgetrokken naar de Flex-bv, zou de fiscale eenheid voor de omzetbelasting niet worden verbroken indien stemrechtloze aandelen aan derden worden uitgereikt als de moeder een meerderheid van de aan de gewone aandelen verbonden zeggenschapsrechten behoudt.

### 3.2.6 *Handel in lege vennootschappen*

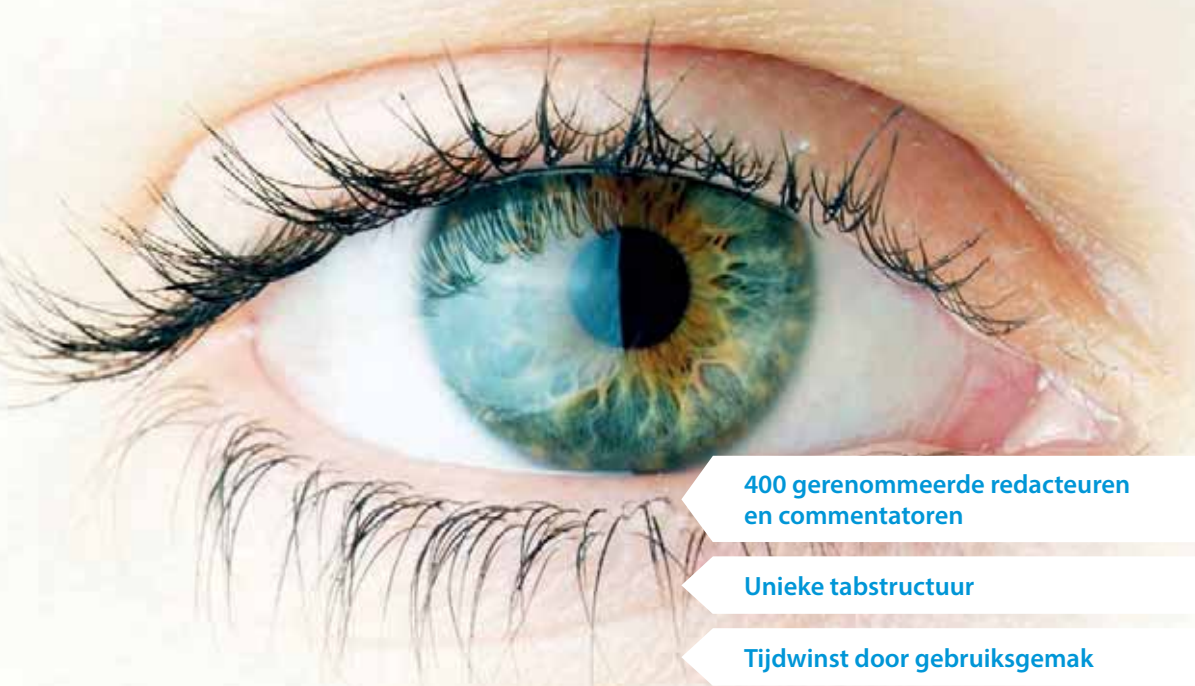
In art. 40 IW 1990, ook wel bekend onder de naam 'katvangersbepaling', is kort gezegd bepaald dat indien een aandeelhouder een belang van 1/3 deel heeft in het geplaatste kapitaal van een kasgeldvennootschap (minimaal 30% van de activa bestaat uit beleggingen of liquide middelen), bij de verkoop van deze aandelen aan een zogenoemde 'katvanger' (een individu dat de vennootschap na aankoop 'leegtrekt', waarna er voor de Belastingdienst bij deze vennootschap niets meer te halen is), de oorspronkelijke aandeelhouder kan worden aangesproken voor de fiscale claim. Doordat als gevolg van de Flex-bv de 1/3-deelgrens kan worden beïnvloed, zouden belastingplichtigen zich kunnen onttrekken aan de werking van de katvangersbepaling. Litjens maakt hierbij de opmerking dat in een dergelijke situatie frauduleus wellicht wel in beeld komt, alsmede de jurisprudentie inzake de onrechtmatige daad. Ook zal bij een bv zoals hier beschreven de nieuwe uitkeringstest van toepassing zijn, waardoor ook de nieuwe aandeelhouder mogelijk aansprakelijk wordt voor de verloren gegane fiscale claim.

### 3.3 **Flexibele uitkeringen**

De uitkeringstest is een thema dat in de praktijk leeft bij veel klanten. Het doen van een onverantwoorde uitkering heeft ook fiscale gevolgen. Bij de aandeelhouder/natuurlijk persoon die een aanmerkelijkbelanghouder is en een onverantwoorde uitkering ontvangt, is de uitkering belast in box 2. Een latere terugbetaling van een dergelijke uitkering is (na aansprakelijkstelling) in box 2 als negatief regulier voordeel uit aanmerkelijk belang aftrekbaar in het jaar van terugbetaling. Daarbij is het wel van belang dat de aanmerkelijkbelanghouder in het jaar van daadwerkelijke terugbetaling een positief voordeel uit aanmerkelijk belang verkrijgt, zodat het negatieve reguliere voordeel uit aanmerkelijk belang (de terugbetaling) kan worden afgetrokken van dit positieve voordeel. Heeft de aanmerkelijkbelanghouder in het jaar van terugbetaling geen positief voordeel uit aanmerkelijk belang, dan heeft hij de mogelijkheid om zijn verlies te verrekenen met slechts een jaar terug en negen jaar vooruit (art. 4.49, lid 1, Wet IB 2001). Mocht dit niet baten, dan resteert voor hem het doekje voor het bloeden: de mogelijkheid om het aanmerkelijkbelangverlies om te zetten in een belastingkorting voor box 1 (art. 4.53 Wet IB 2001). Een door een bestuurder betaalde schadevergoeding zal voorts in box 1 aftrekbaar zijn als negatief loon.

Zoals uit het voorgaande blijkt, zal de invoering van de Flex-bv de komende jaren vermoedelijk veel nieuw stof doen opwaaien in zowel de civiele als de fiscale wereld. Vast staat in elk geval dat ook de komende jaren nog een belangrijke rol zal zijn weggelegd voor de fiscaal adviseur en advocaat om (n)ietsvermoedende cliënten zonder kleerscheuren het fiscale jaar door te laten komen.

De Commissie Vaktechniek van de Jonge Orde van Belastingadviseurs dankt via deze weg nogmaals Judith van Arendonk-Day en Jessica Litjens voor hun waardevolle bijdrage.



400 gerenommeerde redacteurs  
en commentatoren

Unieke tabstructuur

Tijdwinst door gebruiksgemak

Tot in detail overzichtelijk

**NDFR.nl**

Als fiscalist heb je snel overzicht nodig in complexe vraagstukken. Onmisbaar daarbij is de digitale encyclopedie NDFR. De geremde tabstructuur geeft in één oogopslag, tot op artikelniveau, toegang tot commentaar, jurisprudentie, besluiten, literatuur en parlementaire geschiedenis. Meer dan 75% van alle Nederlandse fiscalisten gebruikt NDFR. Snelheid, kwaliteit, transparantie, relevantie en volledigheid zijn voor fiscalisten de belangrijkste motivaties om voor NDFR te kiezen.

*'Dankzij NDFR kunnen wij efficiënter werken  
en dat is in het belang van onze klant'*

*'Zonder NDFR kan ik  
onmogelijk goed adviseren'*

*'Betrouwbaar en  
innovatief tegelijk'*

**Probeer NDFR  
nu gratis uit!**

Ga naar:  
[sdufiscaal.nl/NDFR](http://sdufiscaal.nl/NDFR)





# N~~T~~FR

Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht



## FISCAAL VOLLEDIG OP DE HOOGTE

Met het *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht (NTRF)* bent u op een toegankelijke wijze snel op de hoogte van de laatste ontwikkelingen binnen het fiscale vakgebied.

*NTRF* bevat wekelijks samenvattingen van arresten van de Hoge Raad en uitspraken van de gerechtshoven, rechtbanken en het Hof van Justitie waaraan praktische commentaren zijn toegevoegd. Daarnaast ontvangt u dagelijks fiscaal nieuws in de *NTRF Daily Mail*. *NTRF Beschouwingen* is het bijbehorende blad waarin maandelijks een selectie van uitspraken en fiscaal nieuws uit *NTRF* wordt geplaatst in de context van de jurisprudentie en fiscale leerstukken.

**ERVAAR ZELF DE VOORDELEN VAN *NTRF* EN NEEM EEN PROEFABONNEMENT VAN 3 MAANDEN VOOR SLECHTS €80,50 (EXCL. BTW).**

### **NTRF BIEDT U EEN VOORSPRONG IN KENNIS DOOR:**

- » EEN WEKELIJKS OVERZICHT VAN UITSPRAKEN, MET SAMENVATTINGEN EN COMMENTAREN
- » OPINIES EN ARTIKELEN VAN GEZAGHEBBENDE AUTEURS
- » DE E-MAILNIEUWSBRIEF *NTRF DAILY MAIL*
- » MAANDELIJKSE VERDIEPING IN *NTRF-BESCHOUWINGEN*
- » ACTUELE WET- EN REGELGEVING
- » ORIGINELE BRONDOCUMENTEN ONLINE

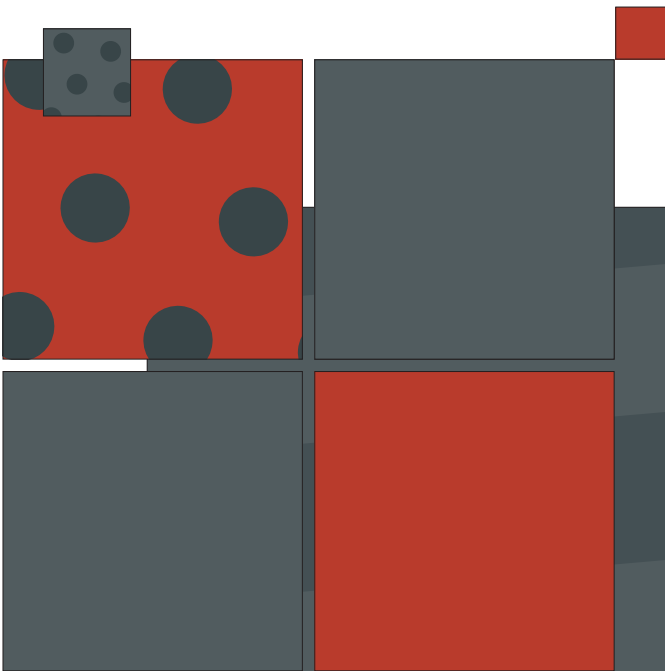
[WWW.SDUFISCAAL.NL/NTRF](http://WWW.SDUFISCAAL.NL/NTRF)

BESCHIKBAAR ALS:   

**Sdu** UITGEVERS







De JOB (Jonge Orde van Belastingadviseurs) is een commissie van de NOB (Nederlandse Orde van Belastingadviseurs). De Commissie Vaktechniek van de JOB organiseert al vele jaren met succes lezingen waarin vooraanstaande deskundigen uit de wetenschap en de praktijk zeer uiteenlopende fiscale onderwerpen behandelen. De lezingen dragen bij aan het verhogen van het vaktechnisch niveau van jonge belastingadviseurs. Deze uitgave bevat verslagen van de lezingen uit 2012.