

Belastingadviseurs) is een
(Nederlandse Orde van
Commissie Vaktechniek van de
jaren met succes lezingen
kundigen uit de wetenschap
opende fiscale onderwerpen
ragen bij aan het verhogen
niveau van jonge belasting
at verslagen van de lezingen

L E Z I N G E N

Commissie **Vaktechniek**
2009/2010



de Jonge Orde van Belastingadviseurs
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Lezingen Commissie Vaktechniek 2009/2010

de Jonge Orde van Belastingadviseurs

Sdu Uitgevers
Den Haag

Omslagontwerp:
du Rieu Grafisch Ontwerpers BNO

Ontwerp binnenwerk:
Bert Arts BNO

Technische realisatie:
Grafidata bv

Eindredactie:
Mevrouw mr. A. Hofkamp

Sdu Uitgevers, Postbus 20025, 2500 EA Den Haag, tel. (070) 378 98 80.
Nadere informatie over de uitgaven van Sdu Uitgevers vindt u op www.sdu.nl.

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

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 art. 16h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). 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.

Inhoud

Voorwoord / 7

De behandeling van rente in de Vpb – Zes dilemma's / 9
Prof. mr. F.A. Engelen en prof. mr. S. van Weeghel

De Groepsrentebox / 15
Prof. mr. J.W. Bellingwout

De vierde tranche Awb / 21
Prof. mr. G.J.M.E. de Bont

Afgezonderde particuliere vermogens / 25
Prof. dr. F. Sonneveldt

Kwalificatiebesluit buitenlandse samenwerkingsverbanden / 31
Prof. dr. A.H.M. Daniels

NTRF, de fiscale uitgave voor de fiscale expert / 37

Voorwoord

Geacht JOB-lid, beste lezer,

Graag bieden we je dit boekje aan met daarin de verslagen van de vaktechnische lezingen in het seizoen 2009/2010. Ook dit keer hebben gerenommeerde fiscalisten (en een advocaat-belastingkundige) weer een aantal voor de adviespraktijk actuele onderwerpen behandeld. Bij ‘lezing’ denk je misschien aan eenrichtingsverkeer: een spreker tegenover een passieve zaal. Dat geldt zeker niet voor de JOB-lezingen. De interactie tussen sprekers en bezoekers was in veel gevallen weer opvallend groot.

Een overzicht van de thema’s die dit jaar aan de orde kwamen: Groepsrente en deelnemingen (*prof. mr. Frank Engelen en prof. mr. Stef van Weeghel*), Het kwalificatiebesluit transparante entiteiten (*prof. mr. Ton Daniels*), De groepsrentebox (*prof. mr. Jaap Bellingwout*), De vierde tranche Awb (*prof. mr. Guido de Bont*) en Afgezonderde particuliere vermogens (*prof. dr. Frans Sonneveldt*). Vier lezingen vonden plaats in Amsterdam; één in Rotterdam. Ze werden allemaal goed bezocht.

Graag bedank ik iedereen die het afgelopen seizoen heeft bijgedragen aan een vlot verloop van de lezingenserie. Dat zijn natuurlijk de sprekers, maar daarnaast ook de mensen van het Bureau NOB, de bezoekers en uiteraard de leden van de Commissie Vaktechniek. Voor de goede orde: die laatsten hebben de verslagen van de lezingen gemaakt, die vervolgens door de sprekers zijn goedgekeurd. Sdu Uitgevers danken we voor de uitgave van de gebundelde verslagen.

Tot ziens bij een van de lezingen in het nieuwe seizoen!

Namens de Commissie Vaktechniek,
Jian-Cheng Ku
voorzitter

Commissie Vaktechniek 2009–2010

Jian-Cheng Ku

Arnoud Bazuin

Katrien van Bommel

Sanne Janssen

Sietse Voorhorst

Willem-Jan van Veen

De behandeling van rente in de Vpb – Zes dilemma's

Lezing op 11 juni 2009 door prof. mr. F.A. Engelen en prof. mr. S. van Weeghel, respectievelijk hoogleraar belastingrecht aan de Universiteit Leiden en hoogleraar belastingrecht aan de Universiteit van Amsterdam en beiden verbonden aan Price-waterhouseCoopers Belastingadviseurs

1 INLEIDING

Op 11 juni 2009 gaven Frank Engelen en Stef van Weeghel een lezing over de behandeling van rente in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna Wet VPB 1969). De aanleiding voor deze lezing zijn de voorziene wijzigingen van de Wet VPB 1969. De professoren Engelen en Van Weeghel hebben in samenwerking met professor Vording in het *WFR*¹ een artikel gepubliceerd inzake de mogelijke wijzigingen in de vorm van een wetsvoorstel. Dit voorstel is geschreven met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het verbeteren van het fiscale vestigingsklimaat. Het voorstel is met belangstelling gelezen en heeft vele reacties opgeroepen. Bovendien is een deel van het voorstel verwerkt in het recent gepubliceerde consultatiedocument van het ministerie van Financiën. In deze lezing geven de heren een toelichting op de door hen gemaakte keuzes. Aan de hand van zes dilemma's behandelen zij de verschillende aspecten van het voorstel.

2 ZES DILEMMA'S

2.1 Dilemma 1: Moet er iets veranderen?

Voordat überhaupt de inhoud van het wetsvoorstel ter sprake komt, wordt als eerste dilemma opgeworpen of de Wet VPB 1969 wel moet worden aangepast, en waarom dit wel of niet gewenst is. Er zijn verschil-

1 Prof. mr. F.A. Engelen, prof. dr. H. Vording, prof. mr. S. van Weeghel, 'Wijziging van belastingwetten met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het verbeteren van het fiscale vestigingsklimaat', *WFR* 2008/891.

lende argumenten denkbaar om deze wet wel of niet te veranderen. We kunnen daarbij denken aan de daling van de belastingopbrengst, de onevenwichtige verdeling van de belastingdruk tussen nationale en internationale ondernemingen en natuurlijk ook de betekenis van de huidige economische en financiële crisis.

Het eerstgenoemde argument, de daling van de belastingopbrengst, lijkt geen reëel argument te zijn, aangezien de Vpb-belastingopbrengst het afgelopen jaar alleen maar is toegenomen. Daarbij wordt wel aangetekend dat er grote schommelingen kunnen zijn als gevolg van de hoeveelheid (grote) overnames in een jaar. De onevenwichtige verdeling van de belastingdruk tussen nationale en internationale ondernemingen lijkt echter wel een probleem. Een multinational kan een Nederlandse groepsmaatschappij laten inlenen van een buitenlandse groepsvennootschap en zo aftrek creëren in Nederland, terwijl de rente-inkomsten neerslaan in een laagbelast land. Een puur Nederlandse onderneming kan dat niet. Vanuit de Nederlandse onderneming bezien lijkt dit reden genoeg voor een verandering van de vennootschapsbelasting. Echter, een internationale onderneming zal veelal een tegengesteld belang hebben. Het blijkt niet mogelijk te zijn om één belang van het totale bedrijfsleven te formuleren en om daarop de beslissing tot wel of niet veranderen te baseren. Iedere onderneming heeft zijn eigen belangen.

Een additioneel argument vóór de veranderingen van de vennootschapsbelasting is de huidige economische crisis. Een grondslagverbreding in combinatie met een tariefsverlaging heeft per saldo een positief effect op de investeringen en de werkgelegenheid in Nederland. Van belang is dan wel dat de grondslagverbreding daadwerkelijk ten goede komt aan een tariefsverlaging. Dit zal echter een politieke beslissing worden.

2.2 Dilemma 2: Wat moet er veranderen?

Zoals al gebleken is bij de behandeling van dilemma 1 is er niet één uniform belang van het bedrijfsleven. Derhalve is het onmogelijk om een oplossing te vinden die voor alle partijen positief uitwerkt. De professoren geven drie suggesties: i) meer of andere renteaftrekbepalingen, ii) een gelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen en iii) het defiscaliseren van groepsrente in samenhang met een aftrekbepaling van deelnemingsrente.

De eerste suggestie, meer of andere renteaftrekbeperkingen, leidt bijvoorbeeld tot een oplossing naar Duits model, de earnings stripping regeling. Het probleem daarvan is dat indien er geen winst gemaakt wordt, er ook geen aftrek van rente is, hetgeen een inbreuk op het totaalwinstbegrip is. Daarnaast is het mogelijk om de huidige renteaftrekbeperkingen aan te passen. Er is echter in de loop der jaren al veel specifieke en ingewikkelde antimisbruikwetgeving ingevoerd, zonder dat een wezenlijke heroverweging van de behandeling van rente in het algemeen is gemaakt. Daarom is dit waarschijnlijk geen structurele oplossing.

Een methode om in een klap het gehele probleem te bestrijden is het gelijk behandelen van eigen vermogen en vreemd vermogen. Dit kan behaald worden door het aanpassen van de behandeling van vreemd vermogen, bijvoorbeeld het defiscaliseren van rente of het opzetten van een comprehensive business income tax (CBIT)² of door het aanpassen van de behandeling van eigen vermogen, bijvoorbeeld door een aftrek primair rendement of een allowance voor corporate equity (ACE). Dit laatste hebben de Belgen met de notionele aftrek ingevoerd. De eerste variant zal leiden tot een brede grondslag en een laag tarief en zal dus interessant zijn voor de investeerder die een waarde kan toevoegen. Een nadeel is echter dat de aftrekbeperking geldt voor alle rente, waardoor de reële kapitaalkosten in Nederland relatief hoog worden. Wanneer alle landen eenzelfde systeem zouden hanteren, zou dit zeker een goede oplossing zijn. In tegenstelling tot de high value investeerder zal de marginale investeerder juist gebaat zijn bij de ACE variant, welke resulteert in een smalle grondslag en een hoog tarief. In België heeft de ACE variant echter niet geleid tot een verhoging van het tarief, aangezien het Belgische bedrijfsleven altijd al met veel vreemd vermogen gefinancierd is geweest.

De laatstgenoemde oplossing is het defiscaliseren van *groepsrente* (in tegenstelling tot alle rente inclusief rente van/aan derden). Deze oplossing is minder ingrijpend in reële kapitaalstructuren, aangezien alleen de aftrek van groepsrente wordt beperkt. Deze methode lost echter het Bosal probleem niet op. Derhalve wordt voorgesteld om naast de defiscalisering van groepsrente ook de aftrek van deelnemingsrente te beperken, zodat het Bosal gat kan worden gedicht.

2 De CBIT houdt in dat rente nooit aftrekbaar is in de vennootschapsbelasting. Wanneer rente wordt ontvangen is dit belast, tenzij de rente wordt ontvangen van een Vpb-plichtig lichaam.

2.3 Dilemma 3: Groepsrente defiscaliseren of verplichte rentebox?

Naast het defiscaliseren van groepsrente, zoals voorgesteld door Engelen en Van Weeghel, had het ministerie van Financiën altijd nog een voorkeur voor de mogelijkheid van de verplichte groepsrentebox tegen 5%. Lang was twijfelachtig of deze groepsrentebox door de Europese Commissie als staatssteun aangemerkt zou worden, maar recent is een goedkeurende beschikking verschenen voor de verplichte groepsrentebox. Het ministerie heeft dan ook verkozen om de verplichte groepsrentebox, met een tarief van 5%, op te nemen in het consultatiememo, in tegenstelling tot de volledige defiscalisering van groepsrente waarvoor zij nog hui-verig was. Engelen en Van Weeghel geven echter aan dat reeds door de OESO was aangegeven dat de defiscalisering van groepsrente zeker een aanvaardbaar alternatief is wanneer meerdere landen deelnemen.

De invoering van de groepsrentebox zal naar alle waarschijnlijkheid niet resulteren in problemen bij de toepassing van belastingverdragen. Het is nog wel afwachten wat de reactie van andere landen is op de invoering van dit regime. De professoren merken daarbij op dat België na de invoering van de notionele interestaftrek nog een verdrag met de Verenigde Staten heeft gesloten waarbij de bronbelasting op interest van 10% naar 0% is gegaan. Zij zijn van mening dat als Nederland groepsrente defiscaliseert Amerika geen onderworpenheidseis zal invoeren. Zij dragen hier-toe aan dat Nederland daarvoor te klein is en dat groepsrente ontvangen uit Amerika hier nu meestal ook niet belast is.

De toepassing van de interest- en royaltyrichtlijn is echter wel een seri-euze zorg in verband met de onderworpenheidstoets. Aangezien onder de groepsrentebox niet het tarief wordt verlaagd naar 5%, maar een vrij-stelling geldt voor 80% van de ontvangen groepsrente waardoor de ove-rige 20% wordt belast tegen het normale tarief, zal de (in concept gewij-zigde) interest- en royaltyrichtlijn slechts 20% van het inkomen aanmer-ken als onderworpen. Dit betekent dat ook voor slechts 20% van de groepsrente-inkomsten de interest- en royaltyrichtlijn toepassing vindt. Engelen en Van Weeghel zijn om die reden van mening dat de groepsren-tebox liever een box tegen een laag tarief zou moeten worden.

Daarnaast bestaat in Nederland nog altijd de mogelijkheid om de belas-tinggrondslag uit te hollen wanneer slechts de groepsrentebox van toe-passing is. Derhalve stellen zij naast deze groepsrentebox flankerende

maatregelen voor om de aftrek van deelnemingsrente te voorkomen, met gebruikmaking van de mathematische beperking in tegenstelling tot de historisch causale methode.

2.4 Dilemma 4: Definitie groepsrente?

Wanneer besloten wordt tot de beperking van groepsrente is het natuurlijk uitermate belangrijk om tot een eenduidige definitie van de begrip-
pen groep en groepsrente te komen. In het verleden is reeds gebleken dat dit erg gecompliceerd kan zijn. Door inlenen en doorlenen in Nederland en het buitenland kunnen verschillende ongewenste situaties ontstaan, bijvoorbeeld in geval van rente ter zake van een schuld aan een verbonden lichaam dat de schuldvordering heeft gefinancierd met een schuld aan een derde (welke mogelijk geen renteaftrek krijgt) of in geval van rente ter zake van een schuldvordering op een verbonden lichaam welke is gefinancierd met een schuld aan een derde. De historische methode zou deze ongewenste situaties neutraliseren. Dit is in de praktijk echter vaak lastig toe te passen als gevolg van (gedeeltelijke) herfinancieringen.

Daarnaast blijft het reeds bij art. 10a Wet VPB 1969 bekende probleem bestaan inzake de vraag of sprake is van een groepslening bij een schuld aan een derde waarvoor een verbonden lichaam zich garant heeft gesteld (stand alone bepaling) en natuurlijk de definitie van rente op zich. Gedetailleerde bepalingen inzake bijvoorbeeld garanties, zoals het aansluiten bij een historisch of causaal verband, zullen misschien theoretisch juist zijn, maar leiden tot arbitrage in de praktijk. Een simpele definitie zal minder correct zijn, maar leidt wel tot zekerheid voor het bedrijfsleven.

2.5 Dilemma 5: Definitie deelnemingsrente?

Naast de aftrekbeperking voor groepsrente wordt in het voorstel ook de aftrek van deelnemingsrente beperkt. Om dit te bereiken moet kunnen worden berekend welk deel van de rente kwalificeert als deelnemingsrente. Dit kan bijvoorbeeld met de historische methode, maar deze is (zoals eerder aangegeven) in de praktijk moeilijk toepasbaar.

Een volstrekt willekeurig en pragmatisch, maar toch voor de praktijk aanvaardbaar systeem om het Bosal gat de dichtten is de mathematische methode. Deze methode rekent in eerste instantie het eigen vermogen van de onderneming toe aan de deelnemingen. Indien het eigen vermogen niet voldoet wordt een deel van de rente in aftrek beperkt. Mogelijk

kan een doorschuifregeling worden opgenomen om fluctuaties in het eigen vermogen te neutraliseren (er is overigens geen doorschuifregeling in het consultatiedocument opgenomen). De vraag komt echter op hoe dit zich verhoudt tot minderheidsdeelnemingen. Moet dan ook de mismatch tussen onbelaste deelnemingsvoordelen en aftrekbare deelnemingskosten opgeheven worden? Daarnaast wordt de mogelijkheid geopperd om een tegenbewijsregeling op te nemen om de aftrek van zakelijke derderente veilig te stellen.

2.6 Dilemma 6: Renteaftrekbeperking overnameholdings?

Het laatste dilemma dat deze avond besproken wordt betreft de renteaftrekbeperking voor overnameholdings. Engelen en Van Weeghel geven aan dat een van de kritiekpunten op hun voorstel is dat private equity partijen nog steeds de Nederlandse grondslag kunnen uithollen voor zover zij inlenen van derden. Hun reactie is dat het oude art. 15, vierde lid en art. 15ad Wet VPB 1969 hier ook niets tegen deden. De meest relevante vraag is of een gezonde financieringsstructuur aan de markt moet worden overgelaten of dat de overheid moet ingrijpen bij overnameholdings. Door de beperking van deelnemingsrente wordt ingegrepen in de financieringsstructuur van ondernemingen. Echter, wezenlijk is deze beperking alleen van toepassing op buitenlandse ondernemingen, aangezien binnen Nederland de mogelijkheid bestaat tot het aangaan van een fiscale eenheid. Het is waarschijnlijk aan de Tweede Kamer om op enig moment in de nabije toekomst te bepalen of dit aanvaardbaar is.

Ondertussen is het consultatiememo van het ministerie van Financiën verschenen en hebben alle belanghebbenden de kans gehad om hun reactie te geven. In spanning wacht de fiscale wereld nu het definitieve voorstel van wet af.

De Groepsrentebox

Lezing op 2 december 2009 door prof. mr. J.W. Bellingwout, hoogleraar aan de Vrije Universiteit Amsterdam en belastingadviseur

1 INLEIDING

Op 2 december 2009 gaf Jaap Bellingwout een lezing over de groepsrentebox. Op dat moment waren de opties nog open en was het wachten op de door de staatssecretaris van Financiën aangekondigde 'Sinterklaasbrief', waarin duidelijkheid zou worden gegeven omtrent de stand van zaken met betrekking tot de mogelijke maatregelen in de vennootschapsbelasting. Zoals iedereen wel zal weten, heeft de staatssecretaris op 5 december 2009 een brief naar de Tweede Kamer gestuurd waarin hij afziet van invoering van de groepsrentebox. Hieronder volgt een overzicht van de gebeurtenissen die daaraan vooraf gingen en de achtergronden van de groepsrentebox.

2 ACHTERGROND VAN DE INVOERING VAN DE GROEPSRENTEBOX

In 1997 is het concern financieringsregime (hierna: 'CFM regime') door Willem Vermeend ingevoerd, vanuit de gedachte om de vele miljarden die samenhangen met groepsfinanciering terug te halen naar Nederland. Op basis van dit regime werden beschikkingen afgegeven voor een termijn van tien jaar, waarin was opgenomen dat slechts 1/5 van de groepsfinanciering in de belastinggrondslag werd betrokken. Tegen het toenmalige tarief van 35% betekende dit dat over deze inkomsten effectief slechts 7% vennootschapsbelasting werd geheven. Tegelijkertijd met de invoering van het CFM regime werd de regeling rond de deelnemingsvrijstelling verscherpt. Op basis daarvan was het niet langer mogelijk om de deelnemingsvrijstelling te claimen voor een passieve financieringsdochter.

Over het al dan niet afgeven van de beschikkingen voor het CFM regime werd besloten door een commissie van inspecteurs. Zij hebben in totaal circa 80 beschikkingen afgegeven aan in Nederland gevestigde ondernemingen. Later zijn ook nog enkele beschikkingen afgegeven aan in het buitenland gevestigde ondernemingen met binnenlandse dochtermaatschappijen. Desalniettemin werd de regeling door de Europese Commissie (hierna 'EC') te selectief bevonden en derhalve als ongeoorloofde staatssteun aangemerkt. De EC stond tegelijkertijd toe dat een overgangsregime zou worden gehanteerd voor bestaande gevallen. Aangezien de beschikkingen voor het CFM regime werden afgegeven voor een periode van tien jaar, zouden de beschikkingen die als eerste waren afgegeven in 2007 vervallen.

3 DE GROEPSRENTEBOX

Het voorstel van de groepsrentebox is natuurlijk bekend van het artikel in het *WFR* van Van Weeghel, maar reeds op de openbare discussie site van het ministerie van Financiën over 'Werken aan winst' werd door Bellingwout (samen met M.L.B. van der Lande) het voorstel geponeerd om rente in het geheel te defiscaliseren.

3.1 Europese dimensie

Bij het wetsvoorstel 'Werken aan winst' is in 2007 de groepsrentebox ingevoerd als art. 12c Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna Wet VPB 1969). Echter, art. 12c Wet VPB 1969 zou pas in werking treden op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, waarbij dat tijdstip wel terugwerkende kracht kan hebben. Het wachten was op de EC, waar in 2006 reeds een notificatie naar toegestuurd was met het verzoek te bevestigen dat de groepsrentebox geen verboden staatssteun vormde. Uiteindelijk heeft de EC op 8 juli 2009 haar goedkeuring gegeven, onder de voorwaarde dat de groepsrentebox een verplicht karakter zou hebben. Feitelijk leidt dit ertoe dat rente ontvangen van groepsmaatschappijen zal worden belast tegen een effectief tarief van 5%. Groepsrentelasten zullen dan op gelijke wijze aftrekbaar zijn tegen een effectief tarief van 5%.

Een ander Europees struikelblok is de Gedragscodegroep (voorheen de Primarolo groep genoemd). Besluitvorming binnen deze groep is weliswaar gepolitiseerd, maar beoordeling vindt in beginsel plaats aan de

hand van de volgende criteria op basis waarvan wordt beslist of sprake is van een schadelijke belastingconcurrentie:

1. is sprake van ringfencing, met andere woorden, worden belastingvoordelen met name toegekend aan niet ingezetenen of bij transacties met niet ingezetenen;
2. hebben de voordelen geen gevolgen voor de nationale belastinggrondslag;
3. worden de voordelen ook toegekend als geen sprake is van daadwerkelijke economische activiteiten (substance vereiste);
4. wijken de winstbepalingsregels af van de internationaal aanvaarde beginselen (met name OECD verrekenprijs standaarden); en
5. zijn de maatregelen voldoende transparant.

De Gedragscodegroep besluit bij unanimititeit. Dat is natuurlijk een behoorlijk struikelblok. Echter, ook zonder eensluidende goedkeuring van de Gedragscodegroep kunnen landen unilaterale maatregelen treffen. Een voorbeeld hiervan is een renteaftrekbepaalkingsmaatregel die Italië voornemens is (was?) in te voeren in verband met de – inmiddels als staatssteun aangemerkte – Hongaarse ‘groepsrentebox’.

3.2 Reikwijdte groepsrentebox

Wat valt binnen de voorgestelde groepsrentebox?

- inkomende / uitgaande rente op een groepslening;
- inkomsten uit de overnamekas;
- inkomsten uit een deelnemerschapslening;
- waardemutaties van groepsleningen, deelnemerschapsleningen en de overnamekas; en
- de financieringscomponent van een lease (materiële activa).

Het is goed om te bedenken dat dus ook de afwaardering van een groepslening slechts een aftrekpost oplevert van effectief circa 20% van de afwaardering.

De vraag wanneer sprake is van een groep is niet eenduidig te beantwoorden. In beginsel is sprake van een groep als er meer dan 50% stemrecht kan worden uitgeoefend, met andere woorden als er een ‘controlling vote’ is. Hiervan is ook sprake als er de macht is om de Raad van Bestuur te ontslaan. Ten slotte kan een samenwerkende groep ook in aanmerking komen voor toepassing van de groepsrentebox. Er is voor gekozen aan het begrip samenwerkende groep geen nadere invulling te geven om zo

latere verfijning door middel van ministeriële besluiten mogelijk te maken.

In sommige gevallen kan toch de gehele renteaftrek in de grondslag worden betrokken, namelijk als uiteindelijk extern is ingeleend en er paralleliteit tussen de groepslening en de externe lening bestaat. Dat wil zeggen overeenstemmen in hoofdsom, looptijd, rentepercentage, etc. Overigens is dit in de praktijk vaak een utopie, omdat dergelijke grote ondernemingen veelal gebruikmaken van bijvoorbeeld een revolving credit en er regelmatig (gedeeltelijk) geherfinancierd wordt.

Vanuit de zaal wordt de vraag gesteld of de groepsrentebox geen verboden verkapte bronheffing op interest kan vormen (bijvoorbeeld onder verdragen of de interest- en royaltyrichtlijn). Bellingwout erkent dat de groepsrentebox materieel dezelfde uitwerking kan hebben als een bronheffing aan de aftrekkant, maar dat dit afhangt van de definitie van het begrip rente in een verdrag, waarbij van belang is dat de groepsrentebox geen heffing bij wijze van inhouding is.

3.3 Doelgroep en lobby

De groepsrentebox is vooral voordelig voor belastingplichtigen die groepsrente ontvangen. Dit zijn meestal Nederlandse multinationals en banken. De groepsrentebox is doorgaans nadelig voor buitenlandse ondernemingen die rechtstreeks investeren in Nederlandse en buitenlandse banken. Het is dan ook niet verwonderlijk dat vooral VNO-NCW en de meeste Nederlandse banken een groot voorstander zijn en dus hard hebben gelobbyd voor de groepsrentebox. Tegelijkertijd heeft een groot aantal buitenlandse banken met een vestiging in Nederland bijna geen andere keus dan vertrekken uit Nederland als gevolg van de nadelige uitwerking van de groepsrentebox.

Om een voorbeeld te geven: een Nederlandse dochter van een buitenlandse bank wordt volledig (binnen de Basel II grenzen) gefinancierd met vreemd vermogen, verstrekt door de buitenlandse moeder. De rente ontvangen door de Nederlandse dochter van een buitenlandse bank op leningen verstrekt aan klanten bedraagt 105 en de rente betaald door de Nederlandse dochter aan haar buitenlandse moeder bedraagt 100. Er is dan zonder de groepsrentebox een winst ('spread') van 5 gemaakt. Met de groepsrentebox is echter slechts circa 20 van de 100 betaalde rente aftrekbaar en aldus zou bij invoering van de groepsrentebox een fiscale

winst van 85 moeten worden aangegeven! Om de omgekeerde situatie tegen te gaan is in de consultatienota voorgesteld om de combinatie van laagbelaste inkomsten en een volledige aftrek (schulden aan derden) tegen te gaan door de aan derden betaalde rente ook binnen de groepsrentebox te brengen.

Een andere opmerkelijke uitwerking van de groepsrentebox is dat het regime dwingt tot het vormen van een 'equity wall' in Nederland. Immers, het systeem werkt optimaal indien de Nederlandse vennootschap haar groepsleningen verstrekt, gefinancierd met eigen vermogen. De vraag die kan worden gesteld is wat de reactie hierop vanuit het buitenland zal zijn.

4 OVERIGE BUITENLANDSE EN EU ASPECTEN

Zoals Italië naar verluidt voornemens was om maatregelen te treffen tegen de Hongaarse groepsrentebox, zo heeft Duitsland nooit iets gedaan tegen het Belgische BCC regime en evenmin tegen de Belgische notionele interest aftrek. Aan de andere kant, zowel Duitsland, Japan als Mexico kennen CFC wetgeving op basis waarvan de winst van een Nederlandse groepsrentebox dochter alsnog belast kan worden in deze landen. Het blijft echter gissen wat de reacties zullen zijn vanuit het buitenland bij invoering van de groepsrentebox en of eenzijdige tegenmaatregelen zullen worden getroffen.

Daarnaast is noemenswaardig dat op basis van de conclusie van de Gedragscodegroep de verschillende behandeling van een hybride lening van Luxemburg aan België een dispariteit vormt en dat dit opgelost zou moeten worden door harmonisatie. Deze impliciete oproep tot harmonisatie ten aanzien van hybride leningen kan zeer wel leiden tot nieuwe EU voorstellen waardoor de aftrek in land X afhankelijk wordt gesteld van de belastbaarheid in land Y (vergelijk het oude art. 13, derde lid, Wet VPB 1969).

Ook is er een groot risico van 'copycat' gedrag bij andere landen. Zodra een ander land een iets gunstiger regime introduceert, zullen de inkomsten daar neerslaan en houdt Nederland een instrument over dat slechts de aftrekkant van groepsrente beperkt zonder dat daar extra inkomsten tegenover staan.

In dat verband kan ten slotte nog worden genoemd de invoering van de Hongaarse groepsrentebox per 1 januari 2010. Hongarije voert deze groepsrentebox in zonder notificatie aan de EC of de Gedragscodegroep. Onder dit regime vallen alleen de rente-inkomsten binnen de groepsrentebox (niet de rentebetalingen!!). De groepsrentebox ziet alleen op rente ontvangen uit het buitenland (ringfencing) en zowel groepsrente als derde rente vallen in de groepsrentebox. Het effectieve tarief komt uit op 4,75% en rentebetalingen zijn volledig aftrekbaar, tenzij ze samenhangen met uit het buitenland ontvangen rente.

Zoals Bellingwout al vermeldde aan het einde van zijn lezing, twitterde staatssecretaris De Jager twee dagen daarvoor dat de groepsrentebox meer na- dan voordelen lijkt te hebben. Nu, na de brief van de staatssecretaris van 5 december 2009, waarin hij afziet van de invoering van de groepsrentebox, blijkt dit geen fata morgana geweest te zijn.

De vierde tranche Awb

Lezing op 11 februari 2010 door prof. mr. G.J.M.E. de Bont, hoogleraar formeel belastingrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en advocaat-belastingkundige

1 INLEIDING

Professor Guido de Bont gaf op 11 februari 2010 een lezing over de invoering van de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (hierna Awb) en de gevolgen hiervan voor (fiscale) adviseurs.

Vraag aan het publiek: net voor de crisis heeft een klant zijn aandelen overgeboekt naar privé om zo in privé het verlies te nemen. Hiervan zijn geen contracten en geen notulen gemaakt. De FIOD ontkent een economische levering in deze. Wanneer zou je deze wijziging toch doorvoeren? Het publiek antwoordt dat dit bijvoorbeeld zou kunnen met behulp van een verklaring van de klant. De angel kan uit deze casus worden gehaald door deze aan de Belastingdienst voor te leggen.

2 INVOERING VIERDE TRANCHE AWB

Door de komst van de vierde tranche Awb bevindt de adviseur zich sinds 1 juli 2009 ook in de gevarenzone als het gaat om boetes.

De Bont denkt dat het misschien mogelijk is dat, indien een casus wordt voorgelegd aan de Belastingdienst, de adviseur uit de gevarenzone kan komen. Dit volgt uit fiscale en strafrechtelijke rechtspraak waarin is beslist dat openheid en transparantie in de weg kunnen staan aan verwijtbaarheid. Nadat een casus was voorgelegd aan de Belastingdienst en er geen overeenstemming tussen partijen kon worden bereikt, werd het oorspronkelijke standpunt van de belastingplichtige toch in de aangifte verwerkt. Een rechtbank oordeelde dat onder die omstandigheden geen

sprake was van opzet, gezien het feit dat de casus was voorgelegd aan de Belastingdienst. Bovendien was de rechtbank van mening dat de aangifte voldoende transparant was.

Na de invoering van de vierde tranche Awb gelden de boetes niet alleen voor de pleger (de belastingplichtige), maar kunnen zij ook gelden voor de medepleger (de adviseur). Het oude boetetraject is thans opgenomen in de Awb. Hierin staan eigenlijk geen nieuwe bepalingen, behalve art. 5:1, tweede lid, Awb. Hierin is bepaald dat de boete opgelegd kan worden aan de pleger en de medepleger. De boete is voor een inspecteur eenvoudiger op te leggen dan het voeren van een 'echte' strafzaak.

3 BEGRIP MEDEPLEGER

De parlementaire geschiedenis laat zien dat de wetgever heeft beoogd om ook (fiscale) adviseurs in het begrip 'medepleger' te betrekken.

Een vraag die hierbij opkomt is hoe ver het begrip medepleger gaat. Er kan bijvoorbeeld aan een medepleger gedacht worden als hij over de wetenschap beschikt dat een cliënt een bepaalde handeling in zijn aangifte gaat verwerken. Naar de mening van De Bont gaat de wetenschap waarover de medepleger kan beschikken verder dan gegevens over de aangifte.

Met andere woorden: kan iemand die weet dat de gedane aangifte niet deugt ook worden aangesproken, ook al heeft hij/zij feitelijk niet zelf de aangifte gedaan? In hoeverre speelt iemands achtergrond (educatie) hierin mee? Is het van belang of er een vergoeding voor de werkzaamheden wordt betaald?

Volgens de wettelijke bepaling kan iedereen medepleger zijn. Er moet dan sprake zijn van:

1. een bewuste samenwerking; en
2. een gezamenlijke uitvoering van de verboden gedraging.

Een medepleger is niet aanwezig:

1. indien sprake is van een pleitbaar standpunt, omdat er dan geen onjuiste aangifte is gedaan; en
2. bij afwezigheid van een pleger, want zonder pleger is er geen medepleger.

De achtergrond van de nieuwe wetgeving is dat de adviseur zich bewust dient te zijn van zijn rol en verantwoordelijkheid. Een neveneffect hiervan is dat de adviseur ook een eigen belang kan krijgen bij gesprekken met de Belastingdienst. Hierdoor kan een 'conflict of interests' ontstaan waarbij het belang van de cliënt niet meer de enige factor is. Het gevaar dreigt dat de cliënt wordt uitgespeeld tegen de adviseur, of andersom.

De boete kan niet alleen aan de adviseur (als natuurlijk persoon) maar ook aan het desbetreffende kantoor (zijnde een rechtspersoon) worden opgelegd. Het lijkt voor de hand te liggen dat inspecteurs eerder een boete zullen opleggen aan de adviseur omdat hierbij geen toerekening nodig is.

Wellicht is een bijkomend effect dat de zogeheten 'vinkcultuur' zal afnemen. Dit is te verklaren uit het feit dat degene die de handtekening zet, aangesproken kan worden. Hij/zij zal dus beter opletten voordat een handtekening wordt gezet.

Uit de Dudok zaak blijkt dat het begrip medepleger uit het strafrecht relevant is voor het begrip medepleger in de Awb. In deze zaak ging het om een softwarespecialist die software had ontworpen waarmee winsten kunnen worden afgeroomd. Is in casu de softwarespecialist ook een 'medepleger' van belastingfraude? Ondanks het verweer dat de betreffende softwarespecialist niet fysiek aanwezig is geweest bij het afkomen van de winst en niets van doen heeft gehad met de aangiften, besliste de rechtbank dat zijn rol even verwerpelijk was qua verwijtbaarheid. De uitkomst zou kunnen betekenen dat ook bijvoorbeeld een accountant strafbaar kan worden gesteld.

Het Hof heeft met betrekking tot de Dudok zaak beslist dat sprake was van verwijtbaar handelen, maar dat geen sprake was van een medepleger. De softwarespecialist was enkel medeplechtig. Deze uitspraak laat zien dat het strafrecht erg belangrijk wordt voor het invullen van het begrip medeplegen.

6 CONCLUSIE

Concluderend kan worden gesteld dat:

1. een pleitbaar standpunt altijd goed is;
2. de afwezigheid van een pleger geen medepleger met zich kan meebrengen; en
3. medeplichtigheid niet kan leiden tot een boete op grond van de Awb.

Afgezonderde particuliere vermogens

Lezing op 11 maart 2010 door prof. dr. F. Sonneveldt, bijzonder hoogleraar Estate Planning aan de Universiteit Utrecht, hoogleraar Successiewet en Estate Planning aan de Universiteit Leiden, Lecturer International Tax Program Universiteit Leiden en raadsheer-plaatsvervanger Hof 's-Hertogenbosch. Daarnaast is hij als partner verbonden aan een van de grote belastingadvieskantoren.¹

1 INLEIDING

Op 11 maart 2010 gaf Frans Sonneveldt een lezing over de behandeling van afgezonderde particuliere vermogens in de Successiewet 1956. De aanleiding van deze lezing wordt gevormd door de wijzigingen in de geheel vernieuwde Successiewet 1956 per 1 januari 2010. De wijzigingen betreffen onder andere de introductie van een regeling met betrekking tot deze afgezonderde particuliere vermogens. In deze lezing gaat professor Sonneveldt in op deze regeling.

2 SOORTEN DOELVERMOGENS

Bij een lezing over de behandeling van afgezonderde particuliere vermogens komt natuurlijk allereerst de vraag op wat onder de definitie 'afgezonderd particulier vermogen' valt. De term afgezonderd particulier vermogen is een verzamelnaam voor bepaalde doelvermogens. Gedacht kan worden aan bepaalde Anglo-Amerikaanse trusts, stichtingen, foundations, Stiftungen, Anstalts, Treuhands en Antilliaanse Stichtingen Particulier Fonds. Dit is echter geen limitatieve opsomming.

Naast deze afgezonderde particuliere vermogens bestaan er andere soorten doelvermogens, onder andere de algemeen nut beogende instellingen (ANBI's) en de Sociaal Belang Behartigende Instellingen (SBBI's).

1 Bovendien heeft hij zitting in het NOB-Bestuur, is hij voorzitter van het bestuur van de SOB en voorzitter van de NOB-specialistensectie estate planning.

Enkele van bovengenoemde afgezonderde particuliere vermogens zijn relatief gemakkelijk te herkennen en te duiden. De Anglo-Amerikaanse trust daarentegen is een voor ons erg ingewikkelde rechtsfiguur. Om het publiek een goed beeld te geven van wat deze figuur inhoudt, geeft professor Sonneveldt eerst een overzicht van het ontstaan van de trust en de verschillende kenmerken die een trust kan hebben.

3 ONTSTAAN VAN DE TRUST

De trust heeft – strikt genomen – zijn wortels in het jaar 1066 A.D. In dat jaar veroverde Willem van Normandië Engeland in de Battle of Hastings. Hij legde daarna de grondslag voor de zogenoemde common law, die van toepassing zou worden in heel Engeland ('common to the whole of England'). Omdat onder de common law aanvankelijk slechts volwassen mannen rechtssubjecten waren, ontstonden er problemen wanneer een man met vrouw en minderjarige kinderen het land verliet om bijvoorbeeld op kruistocht te gaan. De vrouw kon dan namelijk zelf geen eigenaar zijn van bijvoorbeeld het woonhuis, veelal een kasteel. In principe kon iedere volwassen man de eigendom van haar opeisen zonder dat zij daartegen juridisch verweer kon bieden. Een mogelijkheid voor de kruisvaarder om de positie van de achterblijvende vrouw en kinderen te versterken, was om de eigendom over te dragen aan een vriend, die het voor hen zou gaan beheren. Deze man werd eigenaar op basis van de common law ('legal owner') en moest uiteindelijk op basis van equity-rechtspraak het eigendomsrecht uitoefenen ten behoeve van de vrouw en kinderen. De vrouw en kinderen werden gezien als de begunstigden ('equitable owners') van het kasteel. De use, de voorganger van de trust, was aldus geboren.

Naast bovenstaande reden om een trust-achtige structuur op te zetten, zijn er andere redenen te onderkennen om een trust in te stellen. Een voorbeeld is te vinden in Engeland in de vijftiende eeuw. De trust werd veelvuldig gebruikt om indirect vermogen te houden zonder dat men zelf de juridische eigenaar van dit vermogen was. Tijdens de 'War of the Roses' moesten leenmannen een keuze maken tussen om de macht strijdende partijen. Om niet al hun bezittingen kwijt te raken bij een verkeerde keuze droegen zij de juridische eigendom over aan vrienden. Ook monniken die geen bezittingen mochten hebben op grond van hun gelofte van armoede konden toch bezittingen houden door de juridische eigendom van deze bezittingen over te dragen, maar zelf begunstigde te blijven.

Het opzetten van dergelijke structuren werd niet in alle gevallen gewaardeerd door de gezagdragers. Hendrik VIII was in de eerste helft van de zestiende eeuw koning van Engeland. Als koning kon hij bij overlijden van een vazal rechten doen gelden op de vruchten van het nagelaten vermogen – denk bijvoorbeeld aan pachtsommen – tot de meerderjarigheid van de (mannelijke) erfgenamen. Om dit te voorkomen besloot een van zijn onderdanen (Lord Dacre) om voorafgaande aan zijn overlijden zijn vermogen over te dragen aan een groep vrienden, die dit zouden beheren voor zijn minderjarige nabestaanden. Hendrik VIII zag door deze gang van zaken zijn rechten in rook opgaan en wilde dit niet toestaan. Daarom liet hij alle rechters van Engeland naar Westminster komen om te oordelen over deze structuur. Onder grote druk oordeelden deze rechters in het voordeel van de koning. De structuur werd transparant geacht. De vrienden konden worden weggedacht, zodat het vermogen rechtstreeks toekwam aan de minderjarige zonen van Lord Dacre en de koning zijn rechten ten aanzien van dat vermogen ongestoord kon uitoefenen. Voor de zekerheid vaardigde Hendrik VIII een wet uit, de zogenoemde Statute of Uses, op basis waarvan partij B weggedacht mocht worden, wanneer A vermogen overdroeg aan B ten behoeve van C. Vergeleken met de nieuwe regeling voor afgezonderde particuliere vermogens, blijkt dat de regelingen veel verwantschap vertonen.² Helaas voor Hendrik VIII was zijn regelgeving niet waterdicht. Ook in die tijd waren er reeds personen die zich bezighielden met estate planning waardoor de trust toch gebruikt kon worden (namelijk door nog een extra schakel in de structuur op te nemen of de trustee heel actief te maken).

4 HUIDIGE TRUST

De moderne trust is nog grotendeels vergelijkbaar met de trust zoals deze in de middeleeuwen bestond. Een trust heeft altijd ten minste drie partijen: de settlor (insteller), de trustee (beheerder) en de beneficiar (begunstigden). De settlor is degene die de trust in het leven roept en veelal het vermogen aan de trustee overdraagt. De trustee is de juridische eigenaar en beheerder van het trustvermogen. Van belang is dat het vermogen een afgezonderd vermogen vormt, zonder rechtspersoonlijkheid. Wanneer de trustee failliet gaat blijft het trustvermogen ongedeerd. De begunstigden zijn degenen ten behoeve van wie het trustvermogen wordt aangehouden. Naast deze drie partijen kan er nog een vierde partij

2 Het verschil is dat in de Engelse wet het vermogen aan de begunstigden werd toegerekend, terwijl in de nieuwe Nederlandse regeling het vermogen aan de insteller wordt toegerekend.

worden aangewezen, de protector. Deze partij houdt toezicht op de trustee wanneer deze vergaande bevoegdheden heeft. De protector kan de 'waakhond' van de trust worden genoemd.

De kenmerken van een trust verschillen afhankelijk van de soort trust. Bij een fixed trust hebben de beneficiaries concrete rechten die ze kunnen afdwingen van de trustee. De fiscale behandeling van deze trustvorm hoeft niet altijd ingewikkeld te zijn, omdat bij de beneficiaries vermogensrechten ontstaan bij het instellen van de trust of in een latere fase. Een discretionary trust is gecompliceerder. De trustee heeft vergaande bevoegdheden om het vermogen te beheren en wel of niet uit te keren aan de begunstigden. Soms heeft hij zelfs het recht om andere begunstigden aan te wijzen ('power of addition') of bestaande begunstigden te schrappen ('power of exclusion'). Derhalve is op het moment van de instelling van de trust en veelal ook tijdens het bestaan van de trust niet duidelijk of en hoeveel vermogen de beneficiaries zullen verkrijgen. Op basis van het Haags Trustverdrag van 1985 dat voor Nederland op 1 februari 1996 in werking is getreden, wordt elke trust individueel beoordeeld en mogen de staten op belastinggebied zelf bepalen hoe de trust behandeld wordt.³

In Nederland bestaat enige jurisprudentie over de fiscale behandeling van trusts. Belangrijk zijn daarbij de zogenoemde trustarresten van eind 1998.⁴ Een van de casusposities die werd voorgelegd aan de Hoge Raad betrof een kwestie waarbij iemand Hfl 40 miljoen afzonderde in een irrevocable discretionary trust. De begunstigden van deze trust waren enige familieleden van de insteller en een algemeen nut beogende instelling. Het geschil betrof de vraag of dit een schenking was, en zo ja aan wie. Hof 's-Gravenhage oordeelde dat er vier partijen waren bij deze transactie: de settlor, de trustee, de beneficiaries en de protector. De settlor is verarmd als gevolg van het instellen van de trust, maar geen van de partijen is verrijkt. De trustee heeft slechts de juridische eigendom van het vermogen verkregen, de beneficiaries hebben niets anders dan een blote verwachting en de protector heeft in het geheel geen vermogensrechten. Derhalve was Hof 's-Gravenhage van mening dat het instellen van de trust geen schenking was.

3 Art. 19 Haags Trustverdrag.

4 HR 18 november 1998, BNB 1999/35, 36 en 37.

De Hoge Raad stelde vast dat de redenering van Hof 's-Gravenhage in zoverre juist was dat er geen schenking heeft plaatsgevonden aan een van de bovengenoemde partijen. Het zou echter vreemd zijn als deze structuur zou leiden tot een heffingslek. Derhalve oordeelde de Hoge Raad dat in casu een schenking heeft plaatsgevonden aan het trustvermogen zelf, dat als gevolg van het instellen van de trust is verrijkt. Aangezien het trustvermogen een derde is, is het hoogste tarief van toepassing. Na dit arrest was het niet gedaan met de trust, maar werden creatieve oplossingen bedacht om toch een trust op te richten zonder heffing van schenkingsrecht. Dit was bijvoorbeeld mogelijk wanneer de settlor geen inwoner was van Nederland of wanneer de trust het vermogen om baat verkreeg. Uitkeringen die daarna door de trust geschieden waren vrij van Nederlands schenkingsrecht.

Op 15 december 2005 heeft de staatssecretaris van Financiën een besluit uitgevaardigd met betrekking tot de behandeling van zwevende vermogens. In dit besluit geeft de staatssecretaris aan dat in bepaalde gevallen zekerheid kan worden verkregen over de fiscale behandeling van een trust door het tekenen van een transparantieovereenkomst. Wanneer alle partijen deze overeenkomst ondertekenen, wordt de trust geacht niet te bestaan voor fiscale doeleinden.

5 NIEUWE WETTELIJKE REGELING

Met ingang van 1 januari 2010 is een nieuwe wettelijke regeling van toepassing op de behandeling van afgezonderde particuliere vermogens. Deze is neergelegd in art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001, art. 16, 17, 17a en 26a Successiewet 1956 en art. 23a Invorderingswet 1990. Op grond van deze bepalingen wordt de rechtsfiguur weggedacht en wordt het vermogen toegerekend aan de settlor van het vermogen of diens erfgenamen. Afhankelijk van het soort vermogen wordt dit toegerekend aan box 1, 2 of 3.

Voor de Successiewet 1956 is het instellen van een doelvermogen een non-event.⁵ Pas bij uitkering uit het doelvermogen om niet, wordt een schenking aan de begunstigden door de settlor geconstateerd.⁶ In dit geval wordt aangesloten bij de tarieven en vrijstellingen die van toepassing zijn op schenkingen door de settlor aan de begunstigden recht-

5 Art. 17a Successiewet 1956.

6 Art. 17 Successiewet 1956.

streeks. Bij overlijden van de insteller van een doelvermogen wordt op grond van art. 16 Successiewet 1956 dit vermogen toegerekend aan de erfgenamen. Aangezien de erfgenamen mogelijk feitelijk (nog) niets verkrijgen uit het doelvermogen, kan het zo zijn dat zij erfbelasting en inkomstenbelasting betalen zonder het inkomen daadwerkelijk te genieten. Om dit te voorkomen is art. 2.14a, zesde lid, Wet inkomstenbelasting 2001 in het leven geroepen. De strekking van deze bepaling is dat geen erfbelasting en inkomstenbelasting betaald hoeft te worden, wanneer er daadwerkelijk niets verkregen wordt. Een knelpunt is echter dat de erfgenaam zelf moet bewijzen dat hij niets heeft verkregen en niets zal verkrijgen. Zeker wanneer de familieverhoudingen verstoord zijn kan dit erg ingewikkeld zijn. Daarnaast wordt een uitzondering gemaakt voor de heffing van inkomstenbelasting wanneer het vermogen wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing.⁷ Deze uitzondering is echter niet van toepassing voor de heffing van erf- en schenkbelasting.

De oplossing van minister van Financiën De Jager om ook afgezonderde particuliere vermogens in de heffing van inkomstenbelasting en erf- en schenkbelasting te betrekken maakt het leven misschien wat eenvoudiger, maar echt zuiver is de oplossing niet. Partijen kunnen in de heffing van inkomstenbelasting en erfbelasting worden betrokken zonder dat ze daadwerkelijk over het vermogen beschikken.

7 Art. 2.14a, zevende lid, Wet inkomstenbelasting 2001.

Kwalificatiebesluit buitenlandse samenwerkingsverbanden

Lezing op 8 april 2010 door prof. dr. A.H.M. Daniels, hoogleraar internationaal belastingrecht aan de Universiteit Utrecht. Daarnaast is hij als partner verbonden aan een van de grote belastingadvieskantoren.¹

1 INLEIDING

In verband met het uitgeven van een nieuw besluit² door de staatssecretaris van Financiën inzake de kwalificatie van buitenlandse samenwerkingsverbanden hield Ton Daniels op 8 april 2010 een lezing met zijn visie op het nieuwe besluit.

2 JURISPRUDENTIE INZAKE TRANSPARANTIE

- HR 1924: Duitse OHG is transparant want de vennoten zijn rechtstreeks gerechtigd tot de resultaten van de OHG;³
- HR 1939: Franse Sarl is niet-transparant want de participanten zijn niet rechtstreeks gerechtigd tot de resultaten van de Sarl;⁴
- Hof Amsterdam 1988: US limited partnership is transparant want lijkt op een besloten fonds voor gemene rekening. Geen CV-achtige want er wordt geen onderneming gedreven (Nederlander koopt grond in de staat Georgia door middel van een US limited partnership);⁵
- Hof Amsterdam 1995: Franse SNC is transparant want de vennoten zijn hoofdelijk aansprakelijk en de resultaten zijn rechtstreeks voor rekening van de vennoten;⁶

1 Ton Daniels is een autoriteit op het gebied van transparante entiteiten en onder andere bekend van zijn promotie 'Issues in International Partnership Taxation'.

2 Vervanging van CPP2004/2730M (BNB 2005/88) door CPP2009/519M (BNB 2010/58).

3 HR 31 december 1924, B. 3569.

4 HR 7 juni 1939, B. 6925.

5 Hof Amsterdam 5 oktober 1988, nr. 643/86, V-N 1989/1860

6 Hof Amsterdam 4 januari 1995, nr. 93/1467, *Infobulletin* 95/315.

- HR 2006: Amerikaanse LLC is niet-transparant want resultaten zijn voor rekening van LLC en geen hoofdelijke aansprakelijkheid participanten.⁷

Daniels maakt hierbij nog de kanttekening dat de kwalificatie als transparante entiteit los staat van de vraag of een samenwerkingsverband recht kan doen gelden op verdragstoepassing. Immers, voor verdragstoepassing is het doorslaggevende criterium dat de entiteit inwoner is (en dus of de entiteit ‘fully liable to tax’ is).⁸ Hierdoor kunnen dus situaties ontstaan waarin als gevolg van de interactie tussen transparantie en verdragstoepassing verliezen wel in aftrek komen in Nederland en winsten (door verdragstoepassing) eventueel wel toegewezen zijn aan het verdragsland (niet zijnde Nederland).

Uit de voorgaande jurisprudentie valt af te leiden dat rechtstreekse gerechtigdheid het doorslaggevende criterium voor de beoordeling van de transparantie is. Als hoofdregel is er geen sprake van rechtstreekse gerechtigdheid indien sprake is van een rechtspersoon. Een rechtspersoon is zelfstandig drager van rechten en plichten en vaak is er bij een rechtspersoon sprake van beperkte aansprakelijkheid voor de participanten.⁹ Zodra sprake is van beperkte aansprakelijkheid is dat een sterke indicatie dat het samenwerkingsverband niet-transparant is. Aan de andere kant zijn er ook samenwerkingsverbanden die geen rechtspersoon zijn, geen beperkte aansprakelijkheid kennen en die desalniettemin niet-transparant zijn voor de vennootschapsbelasting. Hierbij dient gedacht te worden aan de maatschap op aandelen en de commanditaire vennootschap op aandelen (open CV).

3 HET BESLUIT

Blijkens het besluit is sprake van een niet-transparant samenwerkingsverband als:

- drie van de volgende vier criteria bevestigend worden beantwoord (met gebruikmaking van buitenlands civiel recht): rechtspersoonlijkheid, beperkte aansprakelijkheid voor alle participanten, een in aan-

⁷ HR 2 juni 2006 (nr. 40 919), BNB 2006/288.

⁸ Paragraaf 8 commentaar bij art. 4 OESO-Modelverdrag.

⁹ Behoudens uiteraard de bestuurdersaansprakelijkheden en enkele rechtsvormen zoals de Coöperatie/OWM B.A./W.A. en het voorstel personenvennootschappen titel 7:13 BW, waarin de rechtspersoonlijkheid van de OVR en de CVR geen invloed heeft op de aansprakelijkheid zoals deze nu reeds geldt voor de maatschap, vennootschap en de CV.

delen verdeeld kapitaal en toetreding en vervanging van participanten zonder unanieme toestemming; of

- beperkte aansprakelijkheid voor alle participanten, de onderneming is eigendom van het samenwerkingsverband (rechtspersoonlijkheid) en de onderneming wordt overigens niet voor rekening van de participant gedreven (BNB 2006/288; LLC arrest).¹⁰

Niet geheel duidelijk is welke situatie het Hof (en in aansluiting daarop de Hoge Raad) voor ogen had met de zinsnede dat 'de onderneming overigens niet voor rekening van de participant wordt gedreven'. Mogelijk kan hier gedacht worden aan situaties waarin de contracten van de onderneming door de participanten gesloten worden, dan wel dat de rechtspersoon als stroman optreedt. Verder was volgens de Hoge Raad niet relevant de vraag of de participaties overdraagbaar waren.

Uit het bovenstaande valt af te leiden dat sprake is van een kapitaalvennootschap ingeval van:

- rechtspersonen met beperkte aansprakelijkheid; en
- rechtspersonen met onbeperkte aansprakelijkheid mits een in aandelen verdeeld kapitaal en vrije toetreding.

Wanneer is sprake van een in aandelen verdeeld kapitaal?

In BNB 1978/13 (Zimmerman polder arrest) is besloten dat slechts sprake is van een in aandelen verdeeld kapitaal als:

- het kapitaal in gelijke delen is verdeeld; en
- die vennootschap naar haar aard ook overigens economisch en maatschappelijk met de in de genoemde bepaling meer specifiek aangeduide vennootschappen¹¹ voldoende overeenstemt. Aan dit criterium is voldaan als voor de vervreemding van de participaties niet de toestemming van alle vennoten is vereist.¹²

10 HR 2 juni 2006, BNB 2006/288; LLC arrest.

11 Het betrof hier de overige in art. 2, eerste lid, letter a, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 genoemde vennootschappen.

12 Overigens is het wel leuk om te melden dat, hoewel de Hoge Raad oordeelde dat de 'Maatschap exploitatie in de Zimmerman polder te Goes' geen in aandelen verdeeld kapitaal had, haar verzoek tot teruggaaf kapitaalsbelasting bij de requestcommissie van de Tweede Kamer faalde. De commissie overwoog (o.a.): 'dat echter het begrip vennootschap welker kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld ter zake van de kapitaalsbelasting niet geheel dezelfde betekenis heeft als in de Wet op de vennootschapsbelasting.' TK 15865 nr. 126.

In *BNB 2006/288* keek de Hoge Raad voornamelijk naar de strekking van de deelnemingsvrijstelling (voorkoming van economisch dubbele heffing) voor de vraag of sprake was van een in aandelen verdeeld kapitaal. Blijkens het besluit is sprake van een in aandelen verdeeld kapitaal als:

- er in civielrechtelijke zin sprake is van een in aandelen verdeeld kapitaal; of
- als er in maatschappelijke zin sprake is van een in aandelen verdeeld kapitaal.

Hiervan is sprake als het kapitaal in evenredige of gelijke delen is verdeeld die ook recht geven op winst en een liquidatiesaldo naar evenredigheid en die evenredige zeggenschap geven.

Met betrekking tot dit laatste criterium wordt opgemerkt dat het maar zeer de vraag is of overdraagbaarheid (zie de hierboven genoemde overweging van de Hoge Raad in het LLC arrest) en stemgerechtigdheid (noch in LLC arrest, noch in Zimmerman polder arrest genoemd) noodzakelijke elementen zijn voor de vraag of sprake is van een in aandelen verdeeld kapitaal.

Als op basis van het bovenstaande geconcludeerd kan worden dat er geen sprake is van een kapitaalvennootschap, dan is er dus sprake van een personenvennootschap. Deze kan eventueel nog behandeld worden als een kapitaalvennootschap als hij voldoet aan de criteria van *BNB 1978/13* of als er sprake is van een open CV-achtige.

Ten aanzien van *BNB 1978/13* wordt opgemerkt dat dit feitelijk een toetsing aan de criteria C en D van het besluit inhoudt. Er is dus ook sprake van een kapitaalvennootschap als slechts aan twee criteria uit het besluit voldaan wordt, maar dan wel alleen als dit de criteria C en D zijn (het kapitaal is in gelijke delen verdeeld en voor de vervreemding van de participaties is niet de toestemming van alle vennoten vereist).

Ten aanzien van de open CV kan nog opgemerkt worden dat hieraan voldaan is als op naam van de CV een onderneming gedreven wordt (een onderneming in de zin van het Wetboek van Koophandel), als er een behorend en een commanditair vennoot is, als de commandiet slechts intern draagplichtig is tot zijn inleg en geen externe daden van beheer of bestuur verricht, er geen in aandelen verdeeld kapitaal is en voor de vervreemding en toetreding niet de toestemming van alle vennoten is vereist.

Ten slotte wordt nog opgemerkt dat het besluit expliciet niet van toepassing is op stichtingen, fondsen en trusts, welke naar de opvatting van Daniels gezien kunnen worden als variaties op het thema economisch eigendom. Economisch eigendom is eigendom die gebaseerd is op een rechtsverhouding met de juridisch eigenaar op basis waarvan (nagenoeg) het gehele economische belang is overgegaan.¹³ Een uitzondering is het open fonds voor gemene rekening. Door de vrije overdraagbaarheid van participaties is het open fonds voor gemene rekening zelfstandig belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting.

4 OVERIGE AANDACHTSPUNTEN TRANSPARANTE ENTITEITEN

Aan het eind van de presentatie wordt nog kort stilgestaan bij het Ertsoverslag arrest¹⁴ en art. 24(4) van het US-NL verdrag.

In het Ertsoverslag arrest is bepaald dat hoewel sprake kan zijn van fiscale transparantie (het betrof een besloten CV) voor de bepaling van de vaste inrichtingswinst een lening van het hoofdhuis aan haar vaste inrichting wel gezien kan worden. De leningen waren voldoende duurzaam en iedere commandiet verstreekte een lening gelijk aan haar commanditaire deelname. Daaruit kon blijkens de Hoge Raad geconcludeerd worden dat de vordering deel uitmaakt van het ondernemingsvermogen van de vaste inrichting. De duurzaamheid van de financiering kan inderdaad een indicatie zijn dat een vermogensbestanddeel onderdeel uitmaakt van het vaste inrichtingsvermogen. Zie ook de opmerking van Van Brunshot in zijn noot bij het Portugese v.o.f. arrest.¹⁵ In het Ertsoverslag arrest wordt de rentebetaling in mindering gebracht op de vaste inrichtingswinst, maar voor de respectievelijke crediteur weer opgeteld als onderdeel van zijn aandeel in de vaste inrichtingswinst. Daarnaast oordeelde de Hoge Raad dat vereveningsbijdragen (in de vorm van een gegarandeerde afname door het hoofdhuis) tot de belastbare winst (vaste inrichtingswinst) van de betaler behoorde omdat hij deze betaling in zijn hoedanigheid van afnemer (hoofdhuis) deed.¹⁶

13 BNB 1986/118.

14 HR 30 maart 1983, BNB 1992/160.

15 BNB 1985/274.

16 In het Baggerarrest BNB 1986/100 werd wederom gebruik gemaakt van objectieve criteria voor de vraag of iets een vermogensbestanddeel van de vaste inrichting was (verschaffing van materieel voor een vast bedrag per tijdsduur).

Ten aanzien van art. 24(4) van het US-NL verdrag wordt opgemerkt dat verschillen tussen beide landen in de beoordeling van transparantie ertoe kunnen leiden dat het verdrag niet van toepassing is. Nederland heeft eenzijdig aangegeven af te zien van toepassing van art. 24(4) van het US-NL verdrag in het geval van een naar Nederlands recht transparante entiteit en een naar US recht niet transparante entiteit, welke een belang houdt in een in Nederland gevestigd lichaam dat in of via Nederland reële activiteiten verricht.¹⁷ Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de achterliggende participanten nog wel aan de voorwaarden van het verdrag moeten voldoen, willen de verminderingen uit het verdrag toepassing vinden.

17 Besluit van 6 juli 2005, nr. IFZ 2005/546M, BNB 2005/280.



- dagelijks samenvattingen van het fiscale nieuws
- wekelijks commentaar op alle items
- wekelijks fiscale opinies van gezaghebbende auteurs
- wekelijks de rubriek 'actueel'
- een betrouwbare informatiebron, in gebruik bij rechterlijke macht, advieskantoren en universiteiten
- alle volledige brondocumenten onmiddellijk en gratis bij de hand

NTFR biedt u kennis!

Het belangrijke nieuws (Hoge Raad, belangwekkende hofuitspraken en wetgeving) wordt altijd uitgebreid behandeld en van commentaar voorzien. De samenvattingen en commentaren zijn exclusief voor NTFR geschreven, terwijl de rechtsoverwegingen letterlijk worden weergegeven.

NTFR is daarmee een betrouwbare bron. De commentaren (door adviseurs en wetenschappers) zijn gericht op de praktijk en bieden u een kader voor uw eigen beslissingen.

De samenvattingen (van onder andere de feiten en geschillen van procedures en van beleidsbesluiten) worden gemaakt door auteurs die verbonden zijn aan de hoven, de Hoge Raad, het ministerie, de Belastingdienst, e.d. U kunt direct zien wat belangrijk is en zo bepalen of u een onderwerp nader wilt bestuderen.

Met NTFR leest u gerichter en tegelijkertijd wordt u over meer onderwerpen in minder (lees)tijd geïnformeerd. Redactie en uitgever van NTFR streven naar een optimale toegankelijkheid van het nieuws. [doorklikken naar auteurs]

Originele brondocumenten gratis beschikbaar

Alle onderliggende documenten van het nieuws zijn gratis en volledig (met de originele paginanummering) elektronisch voor u beschikbaar. Voor het gebruik van deze service ontvangt u na aanmelding een gebruikerscode en een wachtwoord.

NTFR: u heeft niets meer nodig!

NTFR verschijnt wekelijks op donderdag als tijdschrift en heeft dan reeds uitgebreide commentaren op het nieuws (o.a. de arresten van de Hoge Raad) van de week ervoor.

Abonnees op NTFR krijgen dagelijks (gratis en desgewenst) NTFR-daily mail (eveneens met gratis brondocumenten) als snelle nieuwssignalering. Voorafgaand aan de weekeditie ontvangt u elke dag samenvattingen van het nieuws door middel van een e-mailbericht. U ontvangt elke vrijdagmiddag de arresten en conclusies van de Hoge Raad (mèt voorgaande hofuitspraak én de cassatiemiddelen).

De brondocumenten zijn via een hyperlink in het e-mailbericht direct beschikbaar.

NTFR Beschouwingen

Tevens ontvangen abonnees op NTFR gratis elf maal per jaar een hoogwaardig tijdschrift dat diepgaande beschouwingen bevat en verdere verdieping in het fiscale nieuws aanbrengt.

De arresten, besluiten en nieuwe wetgeving worden in de context van fiscale leerstukken geplaatst.

NTFR: digitaal en op papier

Het NTFR-concept voorziet naast de wekelijkse papieren editie ook in de elektronische levering van het volledige tijdschrift (NTFR-online). NTFR-online wordt u wekelijks op woensdag aangeboden via www.ntfr.nl. Ook abonnees op NTFR-online krijgen dagelijks (gratis) NTFR-daily mail als snelle nieuwssignalering en kunnen NTFR Beschouwingen digitaal doorzoeken en raadplegen.

Wie zowel over het tijdschrift NTFR als NTFR-online wenst te beschikken betaalt slechts € 68,- (ex. btw) per maand. Met NTFR-combi heeft u een 'tastbaar' tijdschrift én is alle informatie digitaal op te zoeken. Ook abonnees op NTFR-combi krijgen dagelijks (gratis) NTFR-daily mail als snelle nieuwssignalering en natuurlijk NTFR Beschouwingen digitaal en op papier!

De Fiscale Encyclopedie NDFR is een online fiscaal naslagwerk dat in slechts enkele jaren is uitgegroeid tot een toonaangevende fiscale portal. NDFR biedt de gebruiker behalve naslagmogelijkheden ook actualiteit en educatieve verdieping. Via een heldere en zeer gebruikersvriendelijke internetsite hebt u artikelsgewijs toegang tot de huidige en historische wetteksten, parlementaire geschiedenis, beleidsbesluiten, jurisprudentie, literatuur en diepgaande commentaren op de diverse belastingwetten. Alle belangrijke fiscale wetten zijn beschikbaar in NDFR. De onafhankelijke redacties en auteursteams zijn alle multidisciplinair samengesteld. Zowel de redactieleden als de auteurs zijn afkomstig uit de wetenschap, de adviespraktijk, de rechterlijke macht en de overheid. De auteurs van NDFR hebben authentieke commentaren geschreven. Om de actualiteit te bewaken wordt elk commentaar in NDFR ten minste vijfmaal per jaar en integraal bijgewerkt. Zo blijft deze encyclopedie overzichtelijk en actueel.

Via Daily News, de Newsfeed Tijdschriften, het Wetsvoorstellenoverzicht en het Cassatieoverzicht kan de gebruiker heel praktisch de actualiteit volgen: het dagelijkse fiscale nieuws, de inhoud van negen vaktijdschriften, het proces van lopende wetsvoorstellen en welke fiscaal gerelateerde zaken in cassatie zijn. Voor de fiscalist die verdieping zoekt is digitale toegang mogelijk tot de diverse boekenreeksen van onze uitgeverij; van proefschrift tot studieboek, van praktijkboek tot jaarboek. Dit alles maakt NDFR tot een unieke fiscale portal voor de fiscale professional. Alle deelbronnen (encyclopedie, nieuws, tijdschriften, boekenreeksen) zijn integraal benaderbaar en doorzoekbaar met één zoekopdracht! De tabsgewijze ontsluiting per wetsartikel – een uniek concept bedacht door Sdu Uitgevers – is een ander voorbeeld van hoe gebruikersvriendelijk NDFR is opgezet.

De JOB (Jonge Orde van Belastingadviseurs) is een onderdeel 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 de periode 2009-2010.