

LEZINGEN

VAKTECHNIEK

COMMISSIE

2011



de Jonge Orde van Belastingadviseurs
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Lezingen Commissie Vaktechniek 2011

Met bijdragen van:

dr. W. Bruins Slot

drs. P.W.C. Hoezen

mr. E.A. van Goor

mr. dr. A.C.G.A.C. de Graaf

prof. dr. S.A. Stevens

drs. M.J.A.M. van Gijlswijk

mr. dr. H. Vermeulen

mr. ir. A. Roelofsen

mr. drs. H. Pijl

mw. dr. C.L. van Lindonk

mr. W.C.M. Martens

prof. mr. O.C.R. Marres

mr. drs. P.H.M. Simonis

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice
Postbus 20014
2500 EA Den Haag
tel.: 070 - 378 98 80
fax: 070 - 378 97 83
e-mail: sdu@sdu.nl
web: www.sdu.nl/klantenservice

Ontwerp omslag: Studio Putto BNO
Ontwerp binnenwerk: Bert Arts BNO, Wijhe
Technische realisatie: GrafiData bv

© Sdu Uitgevers bv, Den Haag, 2012

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 veeleelvoudigd, 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 veeleelvoudingen 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). 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). 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 Recente ontwikkelingen binnen goed koopmansgebruik / 11

- 1 Inleiding / 11
- 2 De meer materieel-economische benadering van de Hoge Raad / 11
- 2.1 Onderhoudsverplichting autoleasemaatschappij / 12
- 2.2 Onderhoudscontract vrachtwagendealer / 12
- 2.3 Onderhoudscontract autoleasemaatschappij / 12
- 2.4 Huurgarantie / 13
- 2.4.1 Winstuitstelpost / 13
- 2.4.2 Voorziening / 14
- 2.5 Seniorenverlofregeling / 14
- 2.6 Conclusie / 15
- 3 Het gezamenlijk waarden van activa en passiva / 15
- 3.1 Hedge-arrest / 15
- 3.2 Optie-arrest / 15
- 3.3 Cacaobonenarrest / 16
- 3.4 Marketmakersuitspraak / 17
- 3.5 Conclusie / 17
- 4 Afsluiting / 18

II Btw-problematiek rond houdstermaatschappijen / 19

- 1 Inleiding / 19
- 2 Btw-positie houdstermaatschappij / 19
- 2.1 Moeien zonder vergoeding – de holdingresolutie / 20
- 2.2 Moeien zonder vergoeding – toch ondernemer / 21
- 3 Het recht op aftrek van voorbelasting / 21
- 4 Aandelen en btw / 22
- 4.1 Verkoop van aandelen / 23
- 4.2 Aankoop van aandelen / 24
- 4.3 Conclusie aandelen in de btw / 25

III Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011 / 27

- 1 Inleiding / 27
- 2 Verdragsrelaties / 27

3	Verdragstoegang / 29
4	Verdragsmisbruik / 29
5	Verdeling heffingsbevoegdheden / 29
IV	De winst van de maatschappelijke onderneming / 31
1	Inleiding / 31
2	Kenmerken van een maatschappelijke onderneming / 31
3	Fiscale positie van een maatschappelijke onderneming / 32
4	Ondernemingsbegrip en winstoogmerk / 33
5	In concurrentie treden art. 4 Wet Vpb 1969 / 34
6	Knelpunten / 34
7	Uitgangspunten voor een nieuw systeem / 35
V	Lucratieve belangen – wetgevend knutselwerk of briljante wetgeving? / 37
1	Inleiding / 37
2	Lucratief-belangregeling / 37
3	Praktijkcases / 39
4	Wat is een lucratief belang? / 40
5	Tussenconclusie / 41
6	Middelrijk gehouden / winstneming / buitenlandse belastingplicht / 41
VI	Aanpassingen artikel 4 BRV / 43
1	Introductie / 43
2	Aanpassingen van art. 4 BRV naar aanleiding van het Belastingplan 2011 / 43
3	Europeesrechtelijke ontwikkelingen / 47
VII	Winsttoerekening vaste inrichtingen / 49
1	Winsttoerekening / 49
1.1	Jurisprudentie / 49
1.2	OECD / 50
1.3	Winstbepaling vi commentaar/tekst 2010 / 50
1.4	Status Besluit / 52
1.5	Problemen in de uitvoering/openstaande vragen / 53
VIII	De nieuwe regels voor acquisitiefinanciering / 55
1	Inleiding / 55
2	Introductie nieuwe regels / 55
3	Systematiek van de nieuwe regeling / 57

IX Liquidatieverliesregeling / 63

- 1 Inleiding / 63
- 2 Het liquidatieverlies / 63
- 3 Tussenhoudsters / 64
- 4 Concernregeling / 65
- 5 Opgeofferd bedrag en fiscale eenheid / 66
- 6 Moment van verliesneming / niet-voortzettingseis / 66
- 7 Afsluiting / 68

X Actualiteiten renteaftrekbeperkingen / 69

- 1 Een korte geschiedenis / 69
- 2 Aanleiding voor de invoering van een overnameholdingregeling / 70
- 3 Art. 15ad Wet Vpb / 71

XI Fiscale eenheid; enige capita selecta / 75

- 1 Inleiding / 75
- 2 Bezitseis / 75
- 3 Intragroep vorderingen/schulden / 78
- 4 Mee te geven verliezen bij ontvoeging / 78
- 5 Fusie, verbreking en art. 15ai Wet Vpb 1969 / 79
- 6 Exitheffing / 81
- 7 CCCTB / 83
- 8 Afsluiting / 83

Voorwoord

Geacht JOB-lid, beste lezer,

De fiscaliteit is een zeer dynamisch vakgebied: fiscale wetgeving is voortdurend aan wijziging onderhevig en rechtspraak volgt elkaar in hoog tempo op. Genoeg stof derhalve waarover men met andere fiscalisten nader van gedachten kan wisselen. 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. Voor het eerst in de geschiedenis van de JOB is dat nu ook gebeurd in Rotterdam en Eindhoven – en met veel succes. Al deze lezingen werden goed bezocht en dus kijken we ernaar uit om ook het komende jaar in deze steden JOB-lezingen te organiseren.

In 2011 zijn er elf verschillende lezingen uitgesproken die allemaal goed werden bezocht door actieve en enthousiaste jonge belastingadviseurs. Ongetwijfeld was de hoge opkomst te danken aan de relevante onderwerpen die aan de orde kwamen; en de enthousiaste wijze waarop de sprekers de lezingen voor het voetlicht brachten heeft daarnaast ongetwijfeld aan het succes bijgedragen. De verslagen van al deze lezingen zijn in dit lezingenboekje opgenomen en kunt u 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 alle anderen die op welke wijze ook hebben meegewerkt aan het welslagen van de JOB-lezingen mogen zeker niet worden vergeten: de medewerkers van het Bureau NOB, de leden van de Commissie Vaktechniek en uiteraard de bezoekers.

Wij hopen in 2012 wederom veel JOB-leden bij een van de lezingen te mogen begroeten!

Namens de Commissie Vaktechniek,
Gabriël van Gelder
voorzitter

Commissie Vaktechniek 2011

Gabriël van Gelder

Bram Cornelissen

Esteban van Goor

Glenn Snoeks

Willem-Jan van Veen

Martijn Verbaandert

Rianne Vis

Pim Werdmölder

Nick Heikoop

I *Recente ontwikkelingen binnen goed koopmansgebruik*

Lezing gehouden op 7 april 2011 door dr. W. Bruins Slot, werkzaam bij KPMG Meijburg & Co.

1 INLEIDING

Er zijn goede redenen om in de praktijk meer aandacht te besteden aan goed koopmansgebruik. Allereerst is goed koopmansgebruik een interessant onderwerp, omdat er voordeel mee te behalen is. Door het fiscaal toelaatbaar verschuiven van winst over de jaargrens heen kunnen namelijk niet alleen liquiditeitsvoordelen worden behaald, maar ook belastingvoordelen als gevolg van tariefsverschillen en het voorkomen van verliesverdamping. Goed koopmansgebruik zou zelfs kunnen worden aangemerkt als het meest interessante onderwerp binnen de fiscaliteit. Dit omdat alle rechterlijke beslissingen te herleiden zijn tot de toepassing van dezelfde beginselen, waaronder het voorzichtigheidsbeginsel en het realiteitsbeginsel. Een en ander met als gevolg dat alle fiscale vraagstukken over jaarwinstverantwoording zijn op te lossen door terug te vallen op die beginselen. Dit betekent dat praktijksituatie A kan worden opgelost door een vergelijking met praktijksituatie B die over een heel ander onderwerp, maar over hetzelfde beginsel, gaat. Goed koopmansgebruik is daarom een intellectuele uitdaging, waarmee een fiscalist zich kan onderscheiden.

Deze inleidende woorden brachten Warner Bruins Slot op 7 april 2011 tot het inhoudelijke deel van zijn lezing over de recente ontwikkelingen op het gebied van goed koopmansgebruik. De volgende twee ontwikkelingen passeerden de revue:

- 1 de meer materieel-economische benadering van de Hoge Raad;
- 2 het gezamenlijk waarden van activa en passiva.

2 DE MEER MATERIEEL-ECONOMISCHE BENADERING VAN DE HOGE RAAD

Rechtszekerheid staat hoog in het vaandel bij de Hoge Raad. Daardoor gaat de Hoge Raad niet snel om. Dit neemt niet weg dat uit de jurisprudentie van de Raad kan worden afgeleid dat hij steeds vaker een materieel-economische benadering hanteert bij zijn beantwoording van rechtsvragen. Daarbij wordt niet (langer) aangesloten bij wat aan het papier is toevertrouwd, maar bij datgene

wat er in werkelijkheid is gebeurd.¹ Een historische schets aan de hand van een vijftal arresten van 1997 tot en met 2011.

2.1 Onderhoudsverplichting autoleasemaatschappij

De bedrijfsactiviteiten van de belanghebbende in HR 8 september 1993, nr. 28 871, *BNB 1994/92* bestonden onder andere uit de leasing van auto's. Gedurende de looptijd van een leasecontract zag de autoleasemaatschappij haar onderhoudsuitgaven stijgen, terwijl de leasetermijnen gelijk bleven. De realiteit was dus dat de jaarlijkse winst op zo'n contract daalde. Daarom wenste belanghebbende een deel van de leasetermijnen als vooruitontvangen baten te passiveren. Kort en goed oordeelde de Hoge Raad dat bij lease sprake is van een doorlopende, gelijkblijvende prestatie, zodat de vergoeding ook gelijkelijk over de leaseperiode moet worden verdeeld. De belanghebbende in deze zaak kon dus géén winstuitstelpost vormen, omdat de vergoedingen ten volle betrekking hadden op reeds geleverde prestaties.

2.2 Onderhoudscontract vrachtwagendealer

De belanghebbende in HR 26 februari 1997, nr. 31 803, *BNB 1997/218* sloot onderhoudscontracten met transportondernemers. Daarbij verplichtte zij zich om vrachtwagens in goede staat van onderhoud te houden gedurende een periode van vijf jaar tegen een vastgestelde prijs per maand. Ook bij deze belanghebbende nam het te verrichten onderhoud toe naarmate de looptijd van het contract verstreek. Het hof stelde vast dat geen sprake was van een doorlopende, gelijkblijvende prestatie bestaande uit het van dag tot dag in goede staat houden van een vrachtwagen. De Hoge Raad overwoog dat indien een ondernemer een vergoeding ontvangt, die – anders dan in het in *BNB 1994/92* besliste geval – niet ten volle betrekking heeft op reeds geleverde prestaties, doch mede in de toekomst nog te verrichten prestaties betreft, goed koopmansgebruik toestaat ter zake van het aan de toekomstige prestaties toe te rekenen deel van die vergoeding een voorziening te vormen en aldus de met laatstbedoelde prestatie te behalen winst pas te verantwoorden naarmate deze worden verricht. De belanghebbende in deze zaak kon dus wél een winstuitstelpost vormen voor het deel van de vergoeding dat toerekenbaar was aan de nog te leveren prestaties.

2.3 Onderhoudscontract autoleasemaatschappij

In HR 31 augustus 1998, nr. 33 470, *BNB 1998/395* hield de belanghebbende zich bezig met operational leasing van personenauto's. Zij sloot contracten af met lessees, waaronder zogenoemde gesloten calculatiecontracten. Bij deze contracten kwamen alle exploitatie- en waardeverschillen voor rekening van belanghebbende. De lessee betaalde maandelijks een (vaste) leasetermijn en had geen inzicht in de wijze waarop die termijn was berekend. De Hoge Raad besliste

1. Zie ook W. Bruins Slot, 'De bedrijfseconomische benadering in de fiscaliteit (2)', *NtFR 2011-161*, als reactie op A.O. Lubbers, 'De bedrijfseconomische benadering in de fiscaliteit', *NtFR 2011-1*.

dat het hof de gevraagde voorziening² terecht had afgewezen. Daarbij hield de Hoge Raad vast aan de lijn zoals uitgezet in *BNB 1994/92*. In dat arrest kan worden gelezen dat het niet geoorloofd is een afzonderlijke voorziening op te voeren voor op een onderdeel van de prestatie nog te maken kosten, zoals onderhoudskosten. De ontvangen vergoeding kon dus níét worden opgesplitst in deelvergoedingen voor rente, afschrijvingen en onderhoud.

2.4 Huurgarantie

In HR 3 december 2010, nr. 09/01513, *BNB 2011/29*³ verkocht belanghebbende een pand. Daarbij werd de verkoopopbrengst positief beïnvloed, doordat belanghebbende, in samenhang met de verkoop, het gehele pand huurde voor een marktconforme prijs voor een periode van tien jaar (sale-and-lease-back). Een deel van het pand nam zij in eigen gebruik, een deel van het pand werd bestemd voor onderverhuur. Belanghebbende liep dus een leegstandsrisico ter zake van dit (voor onderverhuur bestemde) deel. Primair wenste belanghebbende een (transitoire) winstuitstelpost op te nemen voor het deel van de verkoopopbrengst dat was toe te rekenen aan het leegstandsrisico. Subsidiair bestond de wens om een voorziening te vormen voor het risico dat belanghebbende op zich had genomen met het afgeven van de huurgarantie.

2.4.1 Winstuitstelpost

Ter zake van de vraag van belanghebbende om een winstuitstelpost te vormen oordeelt de Hoge Raad:

‘Indien een gedeelte van de verkoopopbrengst moet worden aangemerkt als een vergoeding voor door belanghebbende te lopen risico’s – bestaande uit per saldo te verwachten verliezen met betrekking tot de huur van het niet in eigen gebruik zijnde gedeelte van het pand – mag dit gedeelte van de verkoopopbrengst worden toegerekend aan de periode waarin deze risico’s worden gelopen.’

Uit dit oordeel kan worden afgeleid dat de Hoge Raad een deel van de verkoopprijs als een verzekeringspremie behandelt: voor zover de verzekering langer loopt dan het boekjaar mag de premie aan komende boekjaren worden toegerekend. De Hoge Raad splitst de koopsom van het pand uit over het pand enerzijds en over de garantie anderzijds. Hier kiest de Hoge Raad dus een (meer) materiële benadering.⁴ Er mag volgens de Hoge Raad derhalve worden gekeken naar de achtergrond van de koopsom/huursom. Er wordt rekening gehouden met het feit dat een tegenprestatie op meer dan één prestatie kan zien en zodoende dat de vergoeding kan worden gesplitst in twee of meer deelvergoedingen.⁵ Het is de vraag of met deze materiële benadering van de Hoge Raad de hiervóór behandelde leasearresten *BNB 1994/92* en *BNB 1998/395* zijn achterhaald.

2. Door de Hoge Raad zal bedoeld zijn: winstuitstelpost. Een transitoire winstuitstelpost wordt namelijk gevormd voor een deel van de omzet (inclusief winst). Daarentegen wordt een voorziening gevormd voor een toekomstig verlies of toekomstige kosten.
3. *NTRF 2010-2806* met commentaar van W. Bruins Slot.
4. Zie ook het commentaar van W. Bruins Slot in *NTRF 2010/2806* waarin wordt betoogd dat de Hoge Raad hiermee een andere weg inslaat ten opzichte van de arresten HR 24 september 1975, nr. 17 612, *BNB 1976/184* en de arresten HR 13 maart 1996, nr. 30 096, *BNB 1966/366*.
5. Vgl. HR 9 januari 2004, nr. 38 536, *BNB 2004/266*.

2.4.2 Voorziening

Ten overvloede behandelt de Hoge Raad het tweede cassatiemiddel. Volgens de Hoge Raad is er onvoldoende grond om een voorziening te vormen, omdat het leegstandsrisico een risico is dat zich van jaar tot jaar voltrekt en derhalve aan de toekomstige huurperioden moet worden toegerekend. Op dit punt is het oordeel van de Hoge Raad onjuist. Van het leegstandsrisico kan namelijk meer worden gezegd dan alleen dat het zich van jaar tot jaar voltrekt. Het is ook een risico dat voortvloeit uit een contract dat vóór balansdatum is aangegaan. Reeds in HR 22 december 1993, nr. 29 230, BNB 1994/121 werd bevestigd dat voor een risico uit een dergelijk contract een (verlies)voorziening gevormd kan worden. Een huurovereenkomst geeft rechten en verplichtingen. Wanneer een bestaand contract, beoordeeld naar de gegevens op balansdatum, in de toekomst wel eens tot verliezen zou kunnen leiden – wanneer de huurverplichtingen de gekwantificeerde baten overstijgen – kan tot het bedrag van het voorgerekende verlies een voorziening worden gevormd.

De Hoge Raad lijkt te miskennen dat het gekwantificeerde toekomstige verlies uit een contractuele relatie voortvloeit en daarmee niet per definitie aan de komende jaren kan worden toegerekend. Hier kiest de Hoge Raad dus een foutieve benadering.

Dat de Hoge Raad (toch) ook bij de vorming van een voorziening een (juiste) materiële benadering kiest, kan worden afgeleid uit een later gewezen arrest uit 2011.

2.5 Seniorenverlofregeling

In HR 28 januari 2011, nr. 10/00650, BNB 2011/85⁶ was sprake van een accountancy- en belastingadvieskantoor met een zogenoemde seniorenverlofregeling. Op grond van die regeling konden werknemers van zestig jaar en ouder een feitelijke vermindering van hun arbeidstijd krijgen zonder overeenkomstige daling van de arbeidsbeloning. Dit leidde tot ‘meerkosten’ voor de werkgever. Belanghebbende wenste op grond van goed koopmansgebruik voor deze meerkosten een voorziening te vormen. De Hoge Raad oordeelde dat salarislasten in zijn algemeenheid moeten toegerekend aan de jaren waarin de arbeidsprestaties worden verricht. Daarentegen zou, aldus de Hoge Raad, voor het vormen van een voorziening voor de meerkosten *in beginsel* aanleiding kunnen zijn indien er een redelijke mate van zekerheid is dat de waarde van het nut voor de werkgever van de door de desbetreffende werknemers in latere jaren te verrichten arbeid lager zal zijn dan de salarislasten in die jaren van die werknemers. Voor het vormen van een dergelijke voorziening zou dan de waarde van het toekomstige nut van de arbeidsinbreng van de werknemers voor de werkgever moeten worden geschat.⁷ Uit deze overwegingen van de Hoge Raad kan dus ook ter zake van de vorming van een voorziening een materiële benadering worden afgeleid: in beginsel is de vorming van een

6. NTFR 2011-200 met commentaar van W. Bruins Slot.

7. Uiteindelijk staat de Hoge Raad de vorming van een voorziening niet toe op grond van het eenvoudsbeginnsel.

voorziening mogelijk op grond van goed koopmansgebruik, indien het te kwantificeren nut van de toekomstige arbeidsprestaties lager is dan de salarislasten in de toekomstige jaren.

2.6 Conclusie

Al met al kan worden geconcludeerd dat de Hoge Raad zowel ter zake van het passiveren van een transitoire winstuitstelpost als ter zake van de vorming van een voorziening een meer materieel-economische benadering hanteert.

3 HET GEZAMENLIJK WAARDEREN VAN ACTIVA EN PASSIVA

Het gezamenlijk waarden van activa en passiva vloeit voort uit het realiteitsbeginsel van goed koopmansgebruik. Volgens het realiteitsbeginsel mag geen verlies worden verantwoord dat zich niet voordoet of niet zal voordoen. De Hoge Raad heeft dan ook geoordeeld dat in voorkomende gevallen een samenhangende waardering ('hedging') plaats dient te vinden. In de jaren 2003 tot en met 2010 is de jurisprudentie op dit gebied steeds verder ontwikkeld.

3.1 Hedge-arrest

In het hedge-arrest staat een dollarvordering met een looptijd van drie jaar tegenover een even grote dollarschuld met een looptijd van vijf jaar. De Hoge Raad overweegt als volgt (HR 23 januari 2004, nr. 37 893, *BNB* 2004/21, r.o. 4.4):

'Indien, zoals in het onderhavige geval, een vordering in vreemde valuta tegenover een schuld in dezelfde valuta staat, treedt bij wijziging van de koers van die valuta per saldo geen vermogensmutatie op en zal mitsdien een wijziging van de waardering met betrekking tot de valutakoers van de schuld en de vordering niet los van elkaar mogen plaatsvinden. Dit is niet anders indien de looptijd van de schuld en de vordering niet gelijk zijn aan elkaar.'

De Hoge Raad lijkt in dit arrest nog geen aandacht te besteden aan de aard van de vermogensmutatie. Of de vermogensmutatie zich voor zou doen in de vorm van een verlies of een winst, lijkt in dit stadium nog niet uit te maken. In beide gevallen zou de ondernemer afzonderlijk mogen waarden, zo lang sprake is van een 'hedge'. Na dit arrest diende daarom nog de vraag beantwoord te worden of de absolute of relatieve omvang van de vermogensmutatie van belang is.⁸

3.2 Optie-arrest

In het optie-arrest staat tegenover een positie in aandelen A een positie in geschreven callopties A. Door een koersstijging van de aandelen wordt een ongerealiseerd verlies geleden op de optieverplichtingen. Dit verlies wordt echter

8. W. Bruins Slot, 'Naar een gezamenlijke waardering voor het realiteitsbeginsel', *WFR* 2008/213, onderdeel 2.

gecompenseerd door de grotere ongerealiseerde koerswinst op aandelen. De Hoge Raad overwoog (HR 16 november 2007, nr. 42 970, *BNB* 2008/26, r.o. 3.3.1):

‘Indien, zoals in het onderhavige geval, een verplichting uit hoofde van een geschreven calloptie volledig wordt gedekt door het bezit van de desbetreffende beursaandelen, zal een verlies op die optieplichting tot ten minste een gelijk bedrag worden gecompenseerd door een opgetreden waardeinstijging van de desbetreffende beursaandelen. Hierdoor treedt bij een stijging van de koers van die calloptie en dus een stijging van de verplichting uit hoofde daarvan, per saldo geen vermogensverlies op. In een dergelijk geval is het niet in overeenstemming met goed koopmansgebruik, met name het realiteitsbeginsel, dat daaraan ten grondslag ligt, de optieplichting anders dan in samenhang met de desbetreffende beursaandelen te waarderen.’

Het eerste wat opvalt aan dit oordeel van de Hoge Raad is dat niet langer wordt gesproken van een *vermogensmutatie*, maar van een *vermogensverlies*. Ten opzichte van het hiervóór besproken hedge-arrest wordt dus een nuancering aangebracht in die zin dat aan gezamenlijke waardering niet valt te ontkomen indien de werkelijke koersfluctuatie tot een vermogenswinst leidt. Afzonderlijke waardering kan slechts aan de orde komen indien de koersfluctuatie tot een vermogensverlies leidt.⁹ De vraag die, ook na dit arrest, overbleef was of afzonderlijke waardering bij ieder vermogensverlies kon worden toegepast. Met andere woorden: wat is de vereiste correlatie, wil men terecht aannemen dat beide positie tegenover elkaar staan?

3.3 Cacaobonenarrest

Vorenbedoelde vraag is door de Hoge Raad in het cacaobonenarrest beantwoord. In dit arrest stelde de Hoge Raad de volgende voorwaarden met betrekking tot een verplichte gezamenlijke waardering (HR 10 april 2009, nr. 42 916, *BNB* 2009/271, r.o. 5.3.1 en 5.3.3):

‘Voor zover ten aanzien van het prijsrisico op cacao a. sprake is van samenhang tussen enerzijds de voorverkopen en anderzijds de voorinkopen en futures dan wel de aanwezigheid van een technische voorraad, en b. dit prijsrisico op balansdatum in hoge mate beperkt is, brengt het tot goed koopmansgebruik behorende realiteitsbeginsel mee dat deze voorverkopen, voorinkopen, futures en technische voorraad in zoverre in samenhang worden gewaardeerd. (...) Van een prijsrisico dat in hoge mate beperkt is (...), is sprake indien op balansdatum te verwachten is dat de waardeontwikkelingen van de cacao die begrepen is in de verschillende posten hoogstwaarschijnlijk zullen correleren binnen een bandbreedte van 80 tot 125 procent.’

Na dit arrest kan worden geconcludeerd dat als de waardeontwikkelingen van de diverse balansposten (het activum en het passivum) correleren binnen een bandbreedte van 80 tot 125 procent gezamenlijke waardering van deze posten verplicht is. Alsdan kan geen vermogensverlies worden genomen. Als het

9. W. Bruins Slot, ‘Naar een gezamenlijke waardering voor het realiteitsbeginsel’, *WFR* 2008/213, onderdeel 2.

(prij)srisico minder beperkt is, dan mag afzonderlijk worden gewaardeerd en mag een eventueel vermogensverlies wel worden genomen.

3.4 Marketmakersuitspraak

Het voorlopig sluitstuk op het gebied van 'hedging' is de marketmakersuitspraak (Rechtbank Haarlem 18 augustus 2010, nr. 07/07296, *NFR* 2010-2246). Het hedge-arrest in combinatie met het cacaoBonenarrest brengt de rechtbank allereerst tot het oordeel dat de posities (aandelen en opties) per fonds gezamenlijk dienen te worden gewaardeerd en dat een verdere opdeling in subcategorieën niet is toegestaan. Vervolgens behandelt de rechtbank de vraag hoe moet worden gehandeld indien een 'gehedgede' positie die gezamenlijk gewaardeerd is, wordt verbroken. Het antwoord van de rechtbank op deze vraag kan worden toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld. Een belastingplichtige heeft tot hetzelfde bedrag een vordering en een schuld in Amerikaanse dollars (stel \$ 100, koers \$:€ = 1). De dollar stijgt in waarde tot \$:€ 0,50. Op grond van het hedge-arrest waardeert men deze posities gezamenlijk. De schuld wordt afgelost, waardoor de belastingplichtige een verlies lijdt van € 100. De vraag is of dit verlies moet worden gecompenseerd door een verplichte winstneming op de vordering tot hetzelfde bedrag, dat wil zeggen door een herwaardering van de vordering op actuele koers. Vertaald naar dit voorbeeld ziet de rechtbank (overweging 4.15.2) onvoldoende reden om op balansdatum aanwezige (ongerealiseerde) meerwaarden in de vordering te imputeren op de met aflossing van de schuld gerealiseerde verliezen na verbreking van de samenhang tussen de posities (de vordering en de schuld). Onder verwijzing naar het hedge-arrest ontstaat volgens de rechtbank na verbreking van de samenhang een ongedekte positie en daardoor een risico van waardeveranderingen. De rechtbank ziet geen reden dit risico bij het bepalen van de fiscale winst te veronachtzamen, ook niet indien ervan uit wordt gegaan dat na balansdatum ongedekte posities weer opnieuw zullen worden afgedekt.¹⁰ Dit betekent dat het verlies als gevolg van de aflossing van de schuld mag worden genomen, terwijl een opwaardering van de vordering niet geboden is. Dit oordeel van de rechtbank kan worden gezien als een toepassing van het voorzichtigheidsbeginsel: een ongerealiseerde winst staat nog niet vast en kan (nog) volledig verdampen. Daarom hoeft een dergelijke winst nog niet genomen te worden.

3.5 Conclusie

Het leerstuk van het gezamenlijk waarderen van activa en passiva is door de jaren heen steeds verder ontwikkeld in de jurisprudentie. De lagere rechters passen inmiddels het hedge-arrest, het optie-arrest en het cacaoBonenarrest toe. Voorts worden nieuwe vragen opgeroepen en beantwoord. Dit leerstuk zal zich daarom nog verder ontwikkelen.

10. Met dit oordeel heeft Warner Bruins Slot voorlopig het gelijk aan zijn zijde gekregen. Verwezen zij naar Warner Bruins Slot, 'Naar een gezamenlijke waardering voor het realiteitsbeginsel', *WFR* 2008/213, onderdeel 6 en Warner Bruins Slot, 'CacaoBonenarrest: stellig onbedoelde gevolgen', *NFR-B* 2009-27.

4 AFSLUITING

Na beantwoording van een aantal vragen uit de zaal beëindigt Warner Bruins Slot zijn zeer interessante lezing over de recente ontwikkelingen binnen goed koopmansgebruik.

Alles overziend kan worden geconcludeerd dat goed koopmansgebruik altijd in beweging en altijd actueel is. Bovendien betreft het een onderwerp dat zowel de nationale als de internationale belastingadviespraktijk raakt. Het is en blijft een evergreen voor iedereen.

II *Btw-problematiek rond houdstermaatschappijen*

Lezing gehouden op 21 april 2011 door drs. P.W.C. Hoezen en mr. E.A. van Goor, beiden als belastingadviseur verbonden aan VMW Taxand.

1 INLEIDING

Op 21 april 2011 gaven drs. Pablo Hoezen en mr. Esteban van Goor een lezing over de positie van de houdstermaatschappij in de btw. Aanleiding voor deze lezing was een aantal uitspraken van het Hof van Justitie EG met betrekking tot de verkoop van aandelen door een houdstermaatschappij en de impact hiervan op het recht op aftrek van voorbelasting. De theorie rondom het verwerven, houden en verkopen van aandelen is complex en de rechtspraak van het HvJ EG is voor de btw-praktijk niet altijd even duidelijk. Tijdens de lezing zijn de btw-aspecten rondom de houdstermaatschappij in de btw aan de orde gekomen, te weten: wanneer kwalificeert een houdstermaatschappij als btw-ondernemer en wat zijn hiervan de gevolgen voor de verkoop van de aandelen en voor het recht op aftrek van voorbelasting bij de verkoop van de aandelen?

2 BTW-POSITIE HOUDSTERMAATSCHAPPIJ

De functie van een houdstermaatschappij is het houden van aandelen in andere groepsmaatschappij(en). Het bestuur van de houdstermaatschappij treedt meestal op als gezamenlijke leiding van de groep, een houdstermaatschappij produceert zelf niets en zal met name dividend als inkomstenbron hebben. Om te beoordelen of een houdstermaatschappij als ondernemer kwalificeert voor de btw, dient te worden vastgesteld wat de activiteiten zijn van deze houdstermaatschappij. In dit kader is het van belang te weten dat het enkel houden van aandelen zonder enige andere activiteiten niet leidt tot btw-ondernemerschap. De ontvangen dividenden vormen immers geen vergoeding voor een economische activiteit.¹¹

Een houdstermaatschappij kwalificeert wel als btw-ondernemer indien zij zich tegen vergoeding direct dan wel indirect moeit in het beheer van haar dochtermaatschappijen.¹² Onder moeien kan worden verstaan:

- het beslissen over het beleid en het uitoefenen van een hogere toezichthoudende taak;
- het bezighouden met beleid van de ondernemingen.

11. HvJ EG 20 juni 1991, C-60/90 (Polysar Investments Netherlands BV), FED 1991/633 en HvJ EG 14 november 2000, C-142/99 (Floridienne Berginvest), V-N 200.53.17.

12. HvJ EG 20 juni 1991, C-60/90 (Polysar Investments Netherlands BV), FED 1991/633 en HvJ EG 12 juli 2001, C102/00 (Welthgrove), V-N 2001.4214.

Dat de houdstermaatschappij zich moeit in het beheer van haar dochtermaatschappij(en) kun je aantonen door het overleggen van:

- overeenkomsten;
- directiebesluiten;
- notulen van directievergaderingen;
- e-mailcorrespondentie.

Indien de houdstermaatschappij zich tegen vergoeding moeit in haar dochtermaatschappijen, kwalificeert zij als btw-ondernemer. Indien de houdstermaatschappij zich moeit zonder vergoeding, kwalificeert zij voor dit gedeelte, dat wil zeggen voor het houden van de aandelen, niet als ondernemer voor de btw. Mocht dit laatste het geval zijn, dan zijn er toch nog situaties waarin de houdstermaatschappij alsnog binnen het btw-stelsel valt.

2.1 Moeien zonder vergoeding – de holdingresolutie

Een houdstermaatschappij die zich moeit in haar dochtermaatschappijen zonder daarvoor een vergoeding te ontvangen, kwalificeert voor dat gedeelte niet als btw-ondernemer. Indien dit haar enige activiteit zou zijn, kan zij niet opgenomen worden in een btw-fiscale eenheid. Echter, op grond van de zogenoemde holdingresolutie is het toch mogelijk voor de houdstermaatschappij een btw-fiscale eenheid te vormen met haar Nederlandse dochtermaatschappij(en).¹³ Dit laatste is mogelijk indien:

- de houdster 50 procent aandelen in de Nederlandse dochtermaatschappij bezit;
- hoofdzakelijk hetzelfde bestuur of tophoudster de dochtervennootschap bestuurt;
- de houdstermaatschappij gezien kan worden als een sturende en beleidsbepalende vennootschap.

Naast het bovengenoemde biedt de holdingresolutie ook ruimte voor iets anders: volledig recht op aftrek van btw op kosten indien de houdstermaatschappij naast het passief houden van aandelen ook een activiteit heeft die wel binnen de btw-sfeer valt. De staatssecretaris heeft in dit kader aangegeven dat het passief houden van aandelen in zo'n situatie geen invloed mag hebben op het recht op aftrek van voorbelasting van de houdstermaatschappij. Let wel, in dit kader is het dan van belang om te toetsen of de houdstermaatschappij, naast het passief houden van aandelen, activiteiten heeft die wel binnen de btw-sfeer vallen.¹⁴

De holdingresolutie licht momenteel wel (gedeeltelijk) onder vuur. Immers de Europese Commissie is een inbreukprocedure gestart tegen zeven lidstaten, waaronder Nederland, in het kader van hun regeling omtrent de fiscale eenheid.¹⁵ Nederland zal zijn beleid niet wijzigen, derhalve is het wachten op de

13. Besluit van 18 februari 1991 (Holdingresolutie), FED 1991/266, punt 6 t/m 8.

14. Besluit van 18 februari 1991 (Holdingresolutie), FED 1991/266, punt 11.

15. Europese Commissie 24 juni 2010, nr. IP/10/795.

procedure bij het HvJ EG. In de praktijk kan men echter nog steeds een beroep doen op de holdingresolutie en de mogelijkheden die deze te bieden heeft.

2.2 Moeien zonder vergoeding – toch ondernemer

Een houdstermaatschappij die zich in haar dochtermaatschappij moeit zonder daarvoor een vergoeding in rekening te brengen, kan toch als btw-ondernemer kwalificeren indien zij andere activiteiten tegen vergoeding verricht:

- managementwerkzaamheden;
- het verstrekken van leningen danwel financiering;
- advieswerkzaamheden;
- het verstrekken van licentierechten/royalty's;
- anders, onder andere administratieve, boekhoudkundige en informaticadiensten tegen betaling;
- het doorbelasten van kosten.

Een houdstermaatschappij is tevens ondernemer indien het houden van aandelen een noodzakelijk verlengstuk vormt van haar economische activiteit.¹⁶ Door toepassing van dit leerstuk wordt het houden van aandelen alsnog als economische activiteit aangemerkt. Een voorbeeld dat tijdens de lezing gegeven werd was de situatie dat een houdstermaatschappij aandelen houdt in twee (of meer) vennootschappen, waarin zij bij de ene vennootschap moeit tegen vergoeding en in de andere vennootschap moeit zonder vergoeding. Met toepassing van de verlengstukgedachte zou het moeien zonder vergoeding kwalificeren als economische activiteit, immers het vormt het noodzakelijke verlengstuk van de economische activiteit, dat wil zeggen: moeit tegen vergoeding.

3 HET RECHT OP AFTREK VAN VOORBELASTING

Het recht op aftrek van voorbelasting speelt een belangrijke rol in de btw en is alleen bedoeld voor btw-ondernemers. Verder is het van belang dat de ingekochte goederen en/of diensten worden gebruikt voor btw-belaste handelingen.¹⁷

Voor het recht op aftrek van voorbelasting dient vastgesteld te worden of de kosten direct toegerekend kunnen worden aan een economische activiteit, dus of er rechtstreeks en onmiddellijk verband bestaat.¹⁸ Indien dit laatste niet het geval is, is sprake van algemene kosten, zoals in geval van kosten bij de aankoop van een deelneming.¹⁹ Indien een onderneming zowel btw-belaste als btw-vrijgestelde activiteiten heeft, dient men het aftrekrecht te berekenen door middel van het pro rata. Voor het berekenen van het pro rata dient men de vrijgestelde omzet te delen door de totale omzet (belast en vrijgesteld), van het pro rata zijn bijkomstige handelingen uitgesloten.

16. HvJ EG 11 juli 1996, C-306/94 (Régie Dauphinoise), BNB 1997/38; HvJ EG 29 oktober 2009 (AB SKF), C-29/08, r.o.41, BNB 2010/251.

17. Art. 168 juncto artikel 2 Btw Richtlijn 2006/112.

18. HvJ EG 6 april 1995, nr. C-4/94 (BLP), V-N 1995.

19. HvJ EG 27 september 2001, C-16/00 (Cibo Participations SA), FED 2002/ 31.

Het recht op aftrek van voorbelasting kan men als volgt weergeven:

- Ingekochte goederen/diensten worden uitsluitend gebruikt voor belaste prestaties: volledig recht op aftrek.
- Ingekochte goederen/diensten worden uitsluitend gebruikt voor leningen (vrijgestelde prestaties):
 - EU-ontvanger: géén recht op aftrek (eventueel pro rata);
 - non-EU-ontvanger: volledig recht op aftrek (art. 15, tweede lid, onderdeel c Wet OB).
- Ingekochte goederen/diensten worden zowel gebruikt voor belaste als voor vrijgestelde prestaties (zonder recht op aftrek):
 - pro rata: belaste omzet + vrijgestelde omzet met aftrek / totale omzet;
 - werkelijke gebruik: aannemelijk maken met objectieve gegevens (praktisch bijna onmogelijk).

Voor houdstermaatschappijen kan men het recht op aftrek van voorbelasting onderverdelen in vier situaties:

- 1 Een houdstermaatschappij die zich niet moeit in het beheer van haar dochtervennootschap en verder geen andere activiteiten heeft verricht: geen recht op aftrek van voorbelasting – verricht immers geen economische activiteit.
- 2 Een houdstermaatschappij die moeit (zonder vergoeding) in het beheer van haar dochtervennootschap en verder geen andere activiteiten heeft verricht: Fiscale Eenheid mogelijk op basis van de Holdingresolutie – recht op aftrek van voorbelasting op basis van algemene kosten.
- 3 Een houdstermaatschappij die moeit (zonder vergoeding) in het beheer van haar dochtervennootschap en andere belaste activiteiten heeft verricht: recht op aftrek van voorbelasting met een beroep op de holdingresolutie – het houden van aandelen mag geen invloed hebben op het aftrekrecht van de overige activiteiten (Holding resolutie, Rechtbank Haarlem 10 oktober 2008 en Gerechtshof Amsterdam 26 november 2009).
- 4 Een houdstermaatschappij die moeit tegen vergoeding in het beheer van haar dochtervennootschap: recht op aftrek van voorbelasting – verricht immers een economische activiteit.

4 AANDELEN EN BTW

De btw-problematiek rondom aandelentransacties wordt veroorzaakt door de dunne scheidslijn tussen economische en niet-economische activiteiten. Dit laatste heeft een impact op de btw-behandeling van de aankoop, het houden en de verkoop van de aandelen: alles valt namelijk buiten het btw-stelsel of alles wordt binnen het btw-stelsel getrokken. Immers, indien aandelen zijn aangekocht in een andere onderneming en deze handeling geen economische handeling vormt in de zin van de btw, dan geldt dit laatste ook voor de verkoop van de aandelen.²⁰ Uiteindelijk heeft de btw-behandeling van de aandelen een

20. HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), r.o. 33, BNB 1997/229; HvJ EG 26 juni 2003, nr. C-442/01 (KapHag), r.o. 38 en 40, FED 2003/552; HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-465/03 (Kretztechnik), r.o. 19, BNB 2005/313.

impact van de btw op kosten die hieraan toerekenbaar zijn. Helaas is de rechtspraak hieromtrent niet altijd even duidelijk. Omdat de meest complexe rechtspraak ziet op het recht op aftrek van voorbelasting bij de verkoop van aandelen, werd tijdens de lezing allereerst de btw-behandeling van de verkoop van aandelen besproken en vervolgens de btw-behandeling bij de aankoop van de aandelen.

4.1 Verkoop van aandelen

De verkoop van aandelen vormt geen economische activiteit voor de btw indien het verwerven en houden hiervan niet te beschouwen is als een economische activiteit, immers dividend vormt geen tegenprestatie voor een economische activiteit.²¹ Derhalve zou de houdstermaatschappij geen recht op aftrek van voorbelasting hebben indien de btw op kosten toerekenbaar is aan de aandelenverkoop (niet-economische activiteit).²² Een houdstermaatschappij die enkel aandelen verwerft, houdt en verkoopt, kan in zo'n situatie vergeleken worden met een particulier investeerder die een investeringsportefeuille beheert.²³

Met betrekking tot de verkoop van aandelen waarvan het aankopen en houden niet binnen de btw-sfeer plaatsvond, bestaat geen recht op aftrek van voorbelasting voor zover de btw op kosten toegerekend kan worden aan deze verkoop van aandelen (niet-economische activiteit). Indien kosten toerekenbaar zijn aan zowel economische als niet-economische activiteiten dient men op basis van een verdeelsleutel het aftrekrecht te berekenen.²⁴

Het HvJ EG heeft met betrekking tot de verkoop van aandelen een belangrijk arrest gewezen: het arrest AB SKF.²⁵ In AB SKF is kort gezegd het volgende geoordeeld door het HvJ EG:

- Verkoop van aandelen van dochter door moeiende houdstermaatschappij is economische activiteit.
- Verkoop wordt aangemerkt als een aandelentransactie en is derhalve vrijgesteld.
- Verkoop 100 procent deelneming onder omstandigheden aangemerkt als de 'overdracht van een onderneming', niet anders bij gefaseerde verkoop.
- Kosten met betrekking tot overdracht:
 - in verkoopprijs van de aandelen verdisconteerd: direct toerekenbaar aan vrijgestelde activiteit en geen aftrek (tenzij koper non-EU-partij);
 - niet in de verkoopprijs van de aandelen: pro rata-aftrek, mits de kosten worden doorberekend in de prijs van de prestaties die normaliter worden verricht (algemene kosten).

21. HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), r.o. 57, BNB 2004/285. 89; HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), r.o. 33; HvJ EG 26 juni 2003, nr. C-442/01 (KapHag), r.o. 38 en 40, FED 2003/552.

22. HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (Securenta), V-N 2008/14.2.

23. HvJ EG 29 april 2004, nr. C-77/01 (EDM), r.o. 60 t/m 62, BNB 2004/285. 89; HvJ EG 20 juni 1996, nr. C-155/94 (Wellcome Trust), r.o. 36, BNB 1997/229.

24. HvJ EG 13 maart 2008, nr. C-437/06 (Securenta), r.o. 28, V-N 2008/14.2.

25. HvJ EG 29 oktober 2009 (AB SKF), C-29/08, r.o. 41, BNB 2010/251.

In de praktijk zal het lastig zijn om te bepalen of de kosten met betrekking tot de overdracht zijn opgenomen in de verkoopprijs van de aandelen, immers die verkoopprijs wordt vastgesteld aan de hand van de aandelenkoers per aandeel, vermenigvuldigd met het aantal te verkopen aandelen.

In de Nederlandse btw-praktijk is door de staatssecretaris een besluit opgenomen waarin de verkoop van aandelen wordt geregeld.²⁶ In dit besluit heeft de staatssecretaris enkele situaties geschetst waarin hij tevens aangeeft wat de btw-consequenties zijn. Kort gezegd heeft hij drie scenario's beschreven en tevens de btw-behandeling hiervan weergegeven, te weten:

- 1 Het verwerven, houden en de verkoop van een aandelenpakket zijn geen economische activiteit. In dit verband schetst hij twee mogelijke scenario's:
 - het verwerven, het houden en de verkoop van het aandelenpakket geschieden buiten het kader van de onderneming;
 - het verwerven, het houden en de verkoop van het aandelenpakket geschieden binnen het kader van de onderneming.

In het tweede scenario moet gedacht worden aan de situatie waarin een vennootschap een fiscale eenheid met haar houdstermaatschappij vormt. Dit sluit aan op het arrest van de Hoge Raad van 14 maart 2003.²⁷

- 2 Het verwerven, het houden en de verkoop van een aandelenpakket door een houdstermaatschappij zijn economische activiteiten omdat deze handelingen worden verricht in het kader van een directe of indirecte inmenging in het beheer – moeien – en deze inmenging gepaard gaat met handelingen die aan btw zijn onderworpen.

De kosten die betrekking hebben op deze aandelenverkoop kunnen in aftrek worden gebracht op grond van art. 15 Wet OB. De verkoopopbrengst van de aandelen dient niet opgenomen te worden in de berekening van het pro rata.

- 3 Het verwerven, het houden en de verkoop van een aandelenpakket door een houdstermaatschappij worden aangemerkt als een economische activiteit omdat deze handelingen worden verricht als (effecten)handelaar.

De verkoop van de aandelen valt binnen de werkingssfeer van de btw, maar is vrijgesteld op grond van art. 11, eerste lid, onderdeel i, ten 2° Wet OB.

Hierdoor is aftrek van voorbelasting niet mogelijk, tenzij de uitzonderingsregel van artikel 15, tweede lid Wet OB van toepassing is.

De Staatssecretaris van Financiën geeft aan dat deze derde situatie ook geldt indien het houden en de verkoop van aandelen het rechtstreekse, duurzame en noodzakelijke verlengstuk vormen van de belastbare activiteit van een onderneming.

4.2 Aankoop van aandelen

De aankoop van aandelen kwalificeert in principe niet als een economische activiteit.²⁸ Let wel, indien bij de aankoop van aandelen bij de houdstermaat-

26. Besluit Staatssecretaris van Financiën 3 augustus 2004, nr. CPP2004/1709M.

27. Hoge Raad 14 maart 2003, NTFR 2003-526.

28. HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo), FED 2002/31.

schappij de intentie aanwezig is om te moeien tegen vergoeding in haar dochtermaatschappij, dan spreekt men over de intentie om een economische activiteit te verrichten.²⁹

De aankoop, het houden (en de verkoop) van de aandelen wordt dan binnen de btw-sfeer getrokken. Aangezien de vergoeding voor het moeien in het beheer van haar dochter inclusief btw is, zal de houdstermaatschappij de btw op kosten in aftrek kunnen brengen, op basis van het pro rata voor de algemene kosten.³⁰

4.3 Conclusie aandelen in de btw

- Voor het aftrekrecht bij de aan- en verkoop van aandelen dient men te bepalen of het verwerven, het houden en de verkoop van de aandelen binnen of buiten het kader van de onderneming plaatsvindt.
- Besluit van de staatssecretaris geeft een richtlijn over hoe om te gaan met het aftrekrecht bij de verkoop van aandelen.
- Dit besluit wordt mogelijk beïnvloed door HvJ EG (AB SKF) en de inbreukprocedure van de Europese Commissie (IP/10/795) met betrekking tot de btw-behandeling van een houdstermaatschappij binnen de btw-fiscale eenheid.
- Het besluit van 2004 wat ziet op de verkoop van aandelen is (nog) niet ingetrokken, een beroep hierop is dus (nog) mogelijk.

29. HvJ EG 14 februari 1985, zaak 268/83 (Rompelman), BNB 1985/315; HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo), FED 2002/31.

30. HvJ EG 27 september 2001, nr. C-16/00 (Cibo), FED 2002/31 en Besluit Staatssecretaris van Financiën 3 augustus 2004, nr. CPP2004/1709M.

III *Notitie fiscaal verdragsbeleid 2011*

Lezing gehouden op 12 mei 2011 te Rotterdam door mr. dr. A.C.G.A.C. de Graaf, verbonden aan de Erasmus School of Law te Rotterdam en tevens werkzaam op het Ministerie van Financiën. Deze lezing werd in de eerste hoedanigheid verzorgd.

1 INLEIDING

In 2011 is er een nieuwe notitie Nederlands Fiscaal Verdragsbeleid ('de notitie') verschenen. In navolging van de Notitie Algemeen Fiscaal Verdragbeleid 1987 (inclusief Nederlands Standaardverdrag), de Notitie Internationaal fiscaal (verdrags)beleid 1996 en de Uitgangspunten van het beleid op het terrein van Internationaal fiscaal (verdragen)beleid 1998 was er behoefte aan een nieuwe notitie verdragsbeleid. Naar aanleiding van vragen over het verdragenbeleid door de SP, GroenLinks en met name het CDA komt staatssecretaris De Jager op 16 juli 2009 met een toezegging betreffende deze notitie. Het proces richting de notitie is gepaard gegaan met een openbare consultatie alsmede een voordurend overleg met de stakeholders. Door de val van kabinet-Balkenende IV is de publicatie van de notitie ietwat vertraagd, maar deze is uiteindelijk gepubliceerd op 11 februari 2011.

De notitie beoogt niet van een technisch, encyclopedisch karakter te zijn (zoals dit bijvoorbeeld wel het geval was bij de notitie van 1998), maar vooral van een politiek-beleidsmatige aard. Er is met name aandacht voor de vraag met wie Nederland de komende jaren onderhandelingen zou moeten aangaan, voor de reikwijdte van het verdrag, voor de keuzes met betrekking tot de verdeling van heffingsrechten die verband houden met bepaalde inkomsten, zoals pensioenen, en voor de bereidheid om oneigenlijk verdragsgebruik tegen te gaan. Voorts heeft de staatssecretaris bewust niet gekozen voor de publicatie van een nieuw Nederlands standaardverdrag. De reden hiervoor is dat elke onderhandeling maatwerk vereist. Wel geeft de staatssecretaris aan dat Nederland in beginsel het OESO-modelverdrag als vertrekpunt hanteert. De notities van 1987 en 1998 behouden (zeker technisch) hun waarde, tenzij er expliciet van wordt afgeweken.

2 VERDRAGSRELATIES

De Nederlandse inzet betreffende verdragen blijft in de kern ongewijzigd. Het streven blijft bijvoorbeeld een uitsluitende woonstaatheffing voor deelnemingsdividenden, interest en royalty's. Ook tracht Nederland te vermijden dat de heffing over de winst met de verkoop van deelnemingen behaald door Nederlandse moedermaatschappijen toevalt aan het 'andere land'. Het onderhoud en

de uitbreiding van het verdragennetwerk blijft eveneens belangrijk. Dat geldt evenzo voor de focus op het vestigingsklimaat, Nederland wil competitief blijven op dat vlak. Wat betreft de schenk- en erfbelasting zal er geen actief streven zijn naar verdragen.

De afwegingsfactoren ten aanzien van het aangaan van verdragen zijn met name de interactie tussen fiscale stelsels, het verbeteren van economische betrekkingen, de concurrentiepositie van werknemers, ondernemers en investeerders en de samenhang met andere factoren, zoals de economische, politieke en diplomatieke omstandigheden. Nederland onderscheidt in dit kader verschillende categorieën landen: koninkrijksdelen (de voormalige Antillen), buurlanden (door veelvuldig grensoverschrijdend verkeer), OESO-landen, EU-partners en de categorie 'overige' (opkomende economieën, laagbelaste landen en ontwikkelingslanden).

Wat betreft de groep van laagbelastende landen hanteert Nederland als uitgangspunt dat de fiscale autonomie van het andere land wordt gerespecteerd, onder de voorwaarden dat er volledige informatie-uitwisseling zal zijn – Nederland wil immers niets mislopen – en dat er zo nodig maatregelen zullen worden getroffen ter voorkoming van de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag en die van andere landen. Ook het niet volledig afschaffen van de dividendbelasting kan in dit licht worden gezien. Het zou kunnen dat er omwille van de eerder genoemde punten slechts (of in ieder geval) een mini-verdrag of een Tax Information Exchange Agreement zal worden afgesloten. Als bijlage bij de notitie is overigens een beoordelingsschema opgenomen met betrekking tot het aangaan van verdragen met laagbelaste landen.

Wat betreft het aangaan van verdragen met landen met bijzondere regimes wordt vooral gefocust op het voorkomen van verdragsmisbruik (in het bijzonder doorstroomstructuren) door middel van een 'carve out' van inkomsten en personen, aanvullende onderworpenheid en meer generieke antimisbruikbepalingen (zoals een LOB of een main purpose-toets).

In geval van verdragen met ontwikkelingslanden is er sprake van een tweeledige gedachte: het acteren als dominee en als koopman. Bij de dominee-gedachte wil Nederland bijdragen aan een duurzame groei en zelfredzaamheid. Daartoe is Nederland bereid om ontwikkelingslanden te ondersteunen bij de ontwikkeling van een adequaat fiscaal stelsel en een op haar taak berekende belastingdienst. Maar de taak van dominee zou juist ook kunnen betekenen dat geen verdrag wordt afgesloten. Het beleid van Nederland is overigens dat juist wel te doen. De koopman-gedachte wordt met name gevoed door het feit dat goede verdragen tot wederzijds profijt kunnen leiden en bijvoorbeeld kansen kunnen bieden aan Nederlandse bedrijven.

3 VERDRAGSTOEGANG

Inwonerschap

De verdragen vinden toepassing op personen die inwoner zijn van één van de verdragsstaten danwel van beide (art. 1 OESO Model Verdrag, hierna: OMV). Volgens de notitie wordt een lichaam geacht te zijn onderworpen (*full liability to tax*) indien dat lichaam in die staat zijn plaats van oprichting of van leiding heeft en bovendien niet uitsluitend voor inkomsten uit Nederlandse bron in de heffing wordt betrokken. Het eerste verdrag met zo'n bepaling is dat met Panama (art. 4(2) van dat verdrag). Deze nieuwe clause betekent verdraginwonerschap voor: pensioenfondsen, non-profitorganisaties, verenigingen en stichtingen (ongeacht het wel of niet drijven van een onderneming), fbi's en vbi's.

4 VERDRAGSMISBRUIK

Het voorkomen van verdragsmisbruik is een belangrijk speerpunt, dit betreft overigens niet het ontduiken van de nationale wetgeving. Categorieën waaraan kan worden gedacht zijn: fiscaal vluchtgedrag, 'shopping' binnen het verdrag alsmede 'treaty shopping'. Als mogelijk instrumentarium bij 'treaty shopping' kan men denken aan waken voor verdragsmisbruik in verband met bronheffingen. Precieze uitwerking is maatwerk en de uitkomst is mede afhankelijk van het onderhandelingsproces. Wat betreft dividend stelt Nederland gerichte bepalingen op tegen verdragsmisbruik. Ook ten aanzien van interest en royalty's is Nederland – op verzoek van de verdragspartner – bereid om, mits binnen de grenzen van de redelijkheid, bepalingen op te nemen tegen verdragsmisbruik.

5 VERDELING HEFFINGSBEVOEGDHEDEN

Vermogensinkomsten

Deelnemingsdividenden, interest en royalty's zijn onderwerpen waarbij Nederland streeft naar een uitsluitende woonstaatheffing. Als er sprake is van portfoliodividenden mag wat betreft Nederland ook de bronstaat heffen, maar dan maximaal tegen 15 procent. Ten aanzien van de heffing van vermogenswinsten is de hoofdregel: woonstaat is exclusief heffingsbevoegd, ook voor winsten behaald met de vervreemding van aandelen. De afwijkingen zijn (1) onroerend goed en (2) een aanmerkelijk belang. Wat betreft onroerend goed geldt op basis van het OMV de situsstaatheffing. Bij onroerend-goedvennootschappen wil Nederland zoveel mogelijk vasthouden aan de *hoofdregel*, dit dus ongeacht de aard van de vermogensbestanddelen van de vennootschap. Wat betreft het aanmerkelijk belang streeft Nederland zoals vanouds naar het opnemen van een aanmerkelijk belangvoorbehoud. Doel daarvan is verduidelijking dat de waardeaan groei in de binnenlandse periode belastbaar is in de voormalige woonstaat. In de notitie wordt echter ook aangegeven dat Nederland in relatie tot landen met bijvoorbeeld een territoriaal stelsel streeft naar een onbeperkt bronstaatheffingsrecht.

Pensioenen

In Nederland geldt een ruim gefaciliteerde pensioenopbouw. Er is echter sprake van een fors groeiend aantal gepensioneerden dat in het buitenland gaat wonen.

Dat houdt in dat ook het financieel belang met betrekking tot de verdeling van het heffingsrecht van deze pensioenen fors groeit. Nederland streeft om die reden naar een bronstaatheffing voor fiscaal gefaciliteerde pensioenen (en lijfrenten), onafhankelijk van de fiscale behandeling van de pensioenen ofwel lijfrenten in de (nieuwe) woonstaat van de gerechtigde. Eventueel is Nederland bereid af te spreken het heffingsrecht van de bronstaat te beperken tot een bepaald maximumpercentage. Voorts zou afhankelijk van het totaalpakket eventueel als een verdergaande terugvaloptie kunnen worden afgesproken dat de bronstaat alleen een heffingsrecht heeft indien het totaal aan ontvangen pensioen en lijfrenten een bepaald (absoluut) bedrag overschrijdt.

Sporters, artiesten en hoogleraren

Nederland zal niet meer streven naar een aparte bepaling voor deze categorieën.

IV *De winst van de maatschappelijke onderneming*

Lezing gehouden op 12 mei 2011 door prof. dr. S.A. Stevens, hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg.

1 INLEIDING

Op 25 maart 2011 is prof. dr. Stan Stevens officieel geïnaugureerd als hoogleraar aan de Universiteit van Tilburg. In zijn inaugurele rede met als onderwerp *De winst van de maatschappelijke onderneming* pleitte Stevens voor het snel aanpassen van de fiscale wetgeving voor maatschappelijke ondernemingen als ziekenhuizen, woningbouwcorporaties en onderwijsinstellingen. Volgens Stevens past de huidige wetgeving niet meer in een tijd waarin organisaties zonder winsttoogmerk gedwongen worden te concurreren op commerciële markten en op zoek gaan naar alternatieve financieringen.

In zijn lezing voor de leden van de JOB op 12 mei 2011 is Stevens na een algemene beschouwing ingegaan op de recente ontwikkelingen in de fiscale wetgeving omtrent maatschappelijke ondernemingen. De lezing omvatte een overzicht van hetgeen Stevens heeft besproken tijdens zijn inaugurele rede op 25 maart 2011. Hierna volgt een samenvatting van de lezing.

2 KENMERKEN VAN EEN MAATSCHAPPELIJKE ONDERNEMING

Bij de ‘maatschappelijke onderneming’ moet gedacht worden aan woningcorporaties, ziekenhuizen, onderwijsinstellingen, et cetera. De rechtsvorm van deze instellingen is veelal privaatrechtelijk van aard. Dit is echter voor de fiscaliteit minder relevant, omdat de fiscale regels die toegepast kunnen worden op de maatschappelijke onderneming ook gelden voor instellingen die in de publiek-rechtelijke rechtsvorm zijn georganiseerd.

In het wetsvoorstel ‘Maatschappelijke ondernemingen’³¹ is een voorstel gedaan om voor maatschappelijke ondernemingen een aparte rechtsvorm te introduceren. De belangrijkste aanleiding hiervoor was het verbeteren van het toezicht op ondernemingen met een maatschappelijke taak. De gedachte hierbij was om de overheid op afstand te brengen door het eigen systeem van toezicht bij maatschappelijke ondernemingen te verbeteren. En daar wringt de schoen: de maatschappelijke onderneming is bij uitstek een onderneming die in belangrijke mate onderhevig is aan het beleid van de overheid, zodat het lastig is de activi-

31. *Kamerstukken 2008/09*, nr. I-4 en 5.

teiten echt op afstand te plaatsen. Het wetsvoorstel is inmiddels ingetrokken omdat er in de praktijk en wetenschap te weinig draagvlak voor was.

De maatschappelijke onderneming streeft een maatschappelijke doelstelling na. Begripsmatig zou gezegd kunnen worden dat het een verzamelnaam betreft voor ondernemingen die een taak verrichten die als het verlengstuk van een overheidstaak zou kunnen worden aangemerkt. Wat hieronder precies moet worden verstaan is moeilijk te duiden. De wetgever zou in de wetgeving waar dit begrip relevant is, een concrete richting kunnen aangeven, stelt Stevens.

Het winststreven van maatschappelijke ondernemingen is gericht op het financieren van het maatschappelijke doel van de onderneming en niet op uitkering van de winst. Het vermogen van de onderneming is echter veelal 'in de dode hand' en daarmee niet vrij uitkeerbaar.

In het wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming was de mogelijkheid opgenomen om winstbewijzen uit te geven. Hierdoor verandert de maatschappelijke onderneming wel principieel van karakter omdat winst dan juist wel kan worden uitgekeerd.

3 FISCALE POSITIE VAN EEN MAATSCHAPPELIJKE ONDERNEMING

In beginsel kan de vraag worden gesteld waarom maatschappelijke ondernemingen überhaupt belastingplichtig zijn voor een belasting naar de winst. Is er in dat geval immers geen sprake van het rondpompen van geld van de overheid naar de onderneming en vice versa? De algemene grondslagen van belastingheffing – zoals het draagkracht- en profijtbeginsel – rechtvaardigen echter volgens Stevens de heffing van belasting bij de maatschappelijke onderneming. Zij nemen immers ook deel aan het economische verkeer, hebben eigen inkomsten en dienen in die hoedanigheid ook bij te dragen aan de schatkist. Of een maatschappelijke onderneming over een langere periode draagkrachtig is, valt overigens te bezien. Indien uiteindelijk alle gelden van de onderneming worden ingezet voor de maatschappelijke taak, is er geen sprake van winst en daarmee niet van draagkracht.

Daarnaast is het neutraliteitsbeginsel, wat onder andere inhoudt dat concurrentievervalsing moet worden voorkomen, een argument voor het belastingen van de maatschappelijke onderneming. Stevens betwijfelt echter of het neutraliteitsbeginsel in dit geval wel een voldoende argument is nu ook andere factoren de concurrentie vervalsen. Het belang van de fiscale positie moet worden gerelativeerd. Stevens pleit ervoor om bij de invoering van faciliteiten specifiek te toetsen of deze invoering een vervalsing van concurrentie tot gevolg kan hebben, in plaats van in de wet een afzonderlijke toets op te nemen.³²

32. Zie bijvoorbeeld art. 4, onder a, Wet op de vennootschapsbelasting 1969: "...waardoor in concurrentie wordt getreden met ondernemingen...".

Gekeken naar de Nederlandse fiscale systematiek concludeert Stevens dat veel fiscale faciliteiten (bijvoorbeeld de fiscale eenheid) niet toegankelijk zijn voor maatschappelijke ondernemingen. Dit wordt veroorzaakt doordat bij maatschappelijke ondernemingen de stichting de dominante rechtsvorm is. De belastingplicht en toepassing van vrijstellingen wordt beoordeeld op het individuele niveau van de rechtspersoon. Het ondernemingsbegrip brengt met zich mee dat maatschappelijke ondernemingen enkel belastingplichtig zijn voor zover zij ondernemingsactiviteiten (aan derden) verrichten. Er is veelal sprake van een derde indien buiten de eigen rechtspersoon activiteiten worden verricht.

Bij samenwerkingsverbanden kan dit tot problemen leiden. Het opzetten van activiteiten binnen concernverband leidt namelijk al snel tot deelname aan het economisch verkeer. Een stichting waarin bijvoorbeeld door twee gemeenten personeelszaken zijn ondergebracht, neemt deel aan het economisch verkeer en is belastingplichtig. Deze onwenselijke belastingheffing is volgens Stevens op te lossen door analoog aan de btw een koepelvrijstelling in te voeren.

De maatschappelijke onderneming is belastingplichtig indien sprake is van een winst oogmerk. Van een winst streven is ook sprake indien er overschotten met het oog op toekomstige investeringen of het vormen van een risicoreserve worden behaald.³³ Ook de vaststelling van tarieven door de overheid, zonder winstopslag, sluit niet uit dat een stichting een winst streven heeft.³⁴

Volgens het Besluit van 23 december 2005, V-N 2006/6.18 is van een winst streven echter geen sprake voor zover gesubsidieerde instellingen de behaalde overschotten moeten aanwenden overeenkomstig de subsidiedoeleinden, moeten terugbetalen of zij hoofdzakelijk subsidies verkrijgt en daarnaast slechts bijdragen ontvangt van degenen voor wie de onderneming prestaties verricht. Stevens merkt op dat instellingen die derdengelden ophalen, al snel niet meer voldoen aan de voorwaarden van het Besluit.

Stevens haalt jurisprudentie aan over het onderscheid tussen ondernemen en vermogensbeheer. Als een houdsterstichting binnen de groep een sturende en beleidsbepalende functie vervult en een rentedragende vordering heeft op één van de groepsleden, rechtvaardigt dat niet de conclusie dat de houdster voor eigen rekening een onderneming drijft.³⁵ Zowel bij het bepalen van het beleid als bij het verstrekken van de lening is immers geen sprake van deelname aan het economische verkeer. Ook het enkel houden van een effectenportefeuille met obligaties leverd – gelet op de geringe omvang en kosten – evenmin ondernemerschap op.³⁶

33. HR 15 november 1989, BNB 1990/48 en HR 6 december 1989, BNB 1990/91.

34. Hof Amsterdam 29 oktober 1986.

35. Hof Arnhem 8 mei 2007, V-N 2007/40.20.

36. HR 8 december 2006, nr. 41711, BNB 2007/83.

De deelname van een maatschappelijke onderneming in een commanditaire vennootschap leidt op zichzelf niet tot ondernemerschap. Indien een maatschappelijke onderneming als commandiet deelneemt in een CV, dan vormt dit geen onderneming, tenzij de commandiet bedrijfshandelingen verricht.³⁷ Daarnaast zijn de ondernemingsactiviteiten van de deelname in een CV niet toe te rekenen aan de maatschappelijke onderneming.³⁸

5 IN CONCURRENTIE TREDEN ART. 4 WET VPB 1969

De in art. 4 Wet Vpb 1969 genoemde voorwaarde van het ‘in concurrentie treden’ betreft een objectivering van het winstoogmerk. De ratio is het beschermen van ‘gewoon’ belaste ondernemingen tegen concurrentie van niet-belaste ondernemingen. Overigens is het oogmerk van concurrentie niet noodzakelijk, het gaat erom dat de concurrentie potentieel aanwezig is.³⁹ Ook ondernemingen die door de overheid expliciet zijn aangewezen en als enige recht hebben op een budgetsubsidie, zijn belastingplichtig omdat andere ondernemingen de werkzaamheden ook zouden kunnen verrichten indien zij zouden zijn aangewezen.⁴⁰

De aftrek voor fondswervende instellingen kent ook de voorwaarde dat geen sprake mag zijn van ernstige concurrentieverstoring. Een, volgens Stevens, lastig te toetsen criterium en niet consequent met art. 4, dat veel sneller leidt tot een onterechte verstoring van de concurrentieverhoudingen.

6 KNELPUNTEN

De van toepassing zijnde vrijstellingen voor maatschappelijke ondernemingen zijn onduidelijk en/of te beperkt geformuleerd, zo stelt Stevens. Daarnaast hebben vrijstellingen een alles-of-niets-karakter door de generieke toepasbaarheid, waardoor de onduidelijkheid over de inhoud van het begrip maatschappelijk of sociaal belang uiteindelijk tot het volledig niet kunnen toepassen van een vrijstelling kan leiden.

Stevens noemt ter illustratie van de onduidelijkheid van vrijstellingen het uitsluiten van preventieactiviteiten onder de zorgvrijstelling

Daarnaast moet bij de beantwoording van de vraag of een maatschappelijke onderneming werkzaamheden verricht ten algemene nutte gekeken worden of de instelling 10 procent of minder particuliere belangen dient en wat de invloed van commerciële activiteiten is. De grens tussen het algemeen nut enerzijds en het particuliere, commerciële belang anderzijds zorgt voor veel discussie.

37. HR 11 juni 1969, *BNB* 1969/155.

38. Vergelijk HR 13 juli 2001, *BNB* 2001/326-327.

39. Vergelijk HR 16 februari 1949, N. nr. 8568 en HR 6 maart 1957, *BNB* 1957/125.

40. Hof 's-Gravenhage 15 maart 2005, *V-N* 2005/3.5 (HR 15 september 2006, *V-N* 2006/47.11).

Volgens Stevens vormt een systeem waarbij verenigingen en stichtingen beperkt belastingplicht zijn – namelijk indien en voor zover zij een onderneming drijven (zoals in het huidige systeem) – een goede basis voor een rechtvaardige belastingheffing naar de winst. Die belastingplicht zou ook moeten gelden indien vermogensbestanddelen binnen concern ter beschikking worden gesteld. Een integrale belastingplicht met vrijstellingen werkt volgens hem niet, omdat in dat geval veel verenigingen in de heffing worden betrokken, waarvan dat niet de bedoeling is (bijvoorbeeld de amateursportverenigingen). Voor overheidsbedrijven zou de ondernemingsvariant moeten gelden waarbij enkel ondernemingsactiviteiten in de heffing worden betrokken. De problematiek concentreert zich dan nog tot de samenwerkingsverbanden waarin de overheid participeert.

Het niet kunnen uitkeren van winst onderscheidt maatschappelijke ondernemingen van commerciële ondernemingen. Stevens pleit dan ook sterk voor de invoering van een reserve voor maatschappelijk gebonden vermogen, welke (binnen bepaalde grenzen, rechtsvormneutraal en met een specifieke lijst van kwalificerende activiteiten) zonder heffing van vennootschapsbelasting kan worden gevormd en aangewend conform de maatschappelijke doelstellingen van de onderneming. Een toets op verbod van staatsteun dient dan overigens wel plaats te vinden.

Daarnaast pleit Stevens voor de uitbreiding van het fiscale eenheidsregime voor stichtingen. Zoals al eerder genoemd pleit hij er daarnaast voor om de generieke toets om te beoordelen of sprake is van verstoring van concurrentieverhoudingen te vervangen door een specifieke toets, alsmede het concreet in de wet aangeven welke activiteiten kwalificeren als algemeen nuttig.

V *Lucratieve belangen – wetgevend knutselwerk of briljante wetgeving?*

Lezing gehouden op 9 juni 2011 gehouden in Hotel New York te Rotterdam door drs. M.J.A.M. van Gijlswijk, werkzaam bij BDO als hoofd van de fiscale sectie van Bureau Vaktechniek en lid van de commissie wetsvoorstellen van de NOB.

1 INLEIDING

Van Gijlswijk bespreekt de regeling voor het lucratief belang en behandelt de nationale en internationale aspecten van deze regeling. De theorie wordt afgewisseld met praktijkcases. Het blijkt dat de lucratief-belangregeling in de praktijk een veel ruimer bereik heeft dan op basis van de wetsgeschiedenis mag worden verwacht. Van Gijlswijk eindigt zijn lezing met de beantwoording van de vraag of sprake is van wetgevend knutselwerk of van briljante wetgeving. Zijn antwoord is tweeërlei: het is knutselwerk omdat de wetgeving zeer onduidelijk is door de open normen, de gebrekkige wetsgeschiedenis en systematisch onlogisch is ondergebracht in 'Resultaat uit overige werkzaamheden' en de potentieel zeer zware belastingdruk van meer dan 90 procent. Het is tegelijkertijd ook 'briljant' omdat de situaties die de wetgever wil bestrijden door de extreem hoge heffing in de praktijk worden vermeden. De praktijk zoekt alternatieven. Het doel van de wetgever wordt dus bereikt en de wetgeving kan dus als zeer effectief worden gekenmerkt.

2 LUCRATIEF-BELANGREGELING

De invoering van de regeling is vooral ingegeven door de focus op hoge beloningen in de jaren 2007-2008 en de maatschappelijke belangstelling die toen ontstond voor het beloningsbeleid bij ondernemingen. Verder werd een aantal Kamervragen⁴¹ gesteld over de belastingheffing van private equity-managers, waaronder de bekende vraag: "Betaalt een schoonmaakster in Nederland gemiddeld meer belasting dan een private equity manager?". Bovendien werden in die tijd meerdere maatregelen genomen met betrekking tot de bezoldiging van bestuurders: 'change of control'-clausules, de inspraak van de ondernemingsraad op bestuurdersbeloningen, en er kwam een goedkeuringsprocedure voor de bezoldiging in de semi-overheid.

Op 13 mei 2008 werd het wetsvoorstel ingediend met het idee dat (slechts) 500 mensen geraakt zouden worden door de wetgeving en dat de opbrengst voor de

41. Brief Staatssecretaris van Financiën van 19 juli 2007, nr. DB 2007-00339 M, V-N 2007/35.3 en Brief Staatssecretaris van Financiën van 5 november 2007, nr. AFP 2007-00579 U, V-N 2007/58.23.

staatskas 25 miljoen euro zou bedragen. De regeling heeft daardoor het karakter van symboolwetgeving.

Omdat de opbrengst uit lucratieve belangen dicht bij de opbrengst uit arbeid ligt, was snel overeenstemming dat de belasting van lucratieve belangen in box 1 terecht moest komen. Er is nog getwijfeld om het inkomen te kwalificeren als winst uit onderneming, maar uiteindelijk is ervoor gekozen het inkomen uit lucratief belang te bestempelen als resultaat uit overige werkzaamheden (art. 3.92b jo art. 3.95b Wet IB 2001). Het lucratief-belanginkomen wordt in box 1 belast tegen het progressieve tarief van maximaal 52 procent. Middellijk gehouden (lucratieve) belangen vallen in beginsel zelfs in box 1 én in box 2, met een heffing die kan oplopen tot maar liefst 96,125 procent. Alleen als aan de ‘dooruitdeling’ van art. 3.95b, lid 5, Wet IB 2001 wordt voldaan, treedt de heffing in box 1 terug en resteert een gecombineerde VPB/AB-heffing.

Uiteindelijk is de lucratief-belangregeling op 1 januari 2009 in werking getreden. Na inwerkingtreding is gebleken dat de wetgeving meer mensen raakt dan de vooraf ingeschatte 500 personen. De regeling neemt een vrij prominente plaats in in de inkomstenbelasting en functioneert niet louter als symboolwetgeving. Heeft de wetgever dit beoogd?

Wat is een lucratief belang?

Van Gijlswijk bespreekt de definitie van een lucratief belang eerst aan de hand van de definitie van ‘*carried interest*’. Hij geeft aan dat bij een lucratief belang sprake is van een succesvolle samenwerking tussen een investeerder en een manager, waarbij de manager uitzonderlijk hoog wordt beloond voor zijn prestaties. Deze bonus, in de vorm van een zogenaamd lucratief belang, is bedoeld om de prestatie van de manager te vergroten. Als het project goed loopt kunnen de financiers worden terugbetaald en de rest is voor de manager. De manager kan met een kleine inleg, en met het dragen van een beperkt risico, een enorm (‘*excessief*’) resultaat behalen. Dit wordt ook wel aangeduid met het ‘hefboomeffect’.

Vervolgens kijken we in de wet. Art. 3.92b, lid 1, onderdeel a, Wet IB 2001 bepaalt dat er twee (hoofd)vereisten zijn voor de kwalificatie als lucratief belang:

- 1 het moet gaan om bepaalde aandelen, vorderingen of rechten;
- 2 gelet op de feiten en omstandigheden waaronder deze aandelen, vorderingen en rechten zijn verkregen, moet worden aangenomen dat de voordelen uit deze vermogensrechten mede een beloning beogen te zijn voor de werkzaamheden van de belastingplichtige (of een met hem verbonden persoon).

Het eerste lid van art. 3.92b Wet IB 2001 is hiermee de toegangspoort voor toepassing van de lucratief-belangregeling. Of er een relatie is met de werkzaamheden is een potentiële bron van discussie. Hierover kan dan ook veel discussie met de Belastingdienst ontstaan. De bewijslast dat sprake is van een lucratief belang ligt bij de inspecteur.

(Lucratieve) aandelen

Er kan slechts sprake zijn van 'lucratieve aandelen' op grond van het tweede lid van art. 3.92b Wet IB 2001, ingeval van een vennootschap met een geheel of ten dele in aandelen verdeeld kapitaal. Er bestaan twee categorieën lucratieve aandelen. In het eerste geval moet sprake zijn van achtergestelde (soort)aandelen. Hierbij is vereist dat het totale geplaatste aandelenkapitaal van die achtergestelde soort minder is dan 10 procent van het totale geplaatste aandelenkapitaal van de vennootschap. Bij meerdere soorten preferente aandelen moet beoordeeld worden op welke soort preferente aandelen de achterstelling bestaat. De tweede categorie lucratieve aandelen zijn (soort)aandelen met een preferentie van ten minste 15 procent dividend per jaar.

Deze bepaling is vrij helder. Als niet aan de formele criteria wordt voldaan, is geen sprake van lucratieve aandelen in de zin van lid 2. Zo kan er dus vrij eenvoudig voor worden gezorgd om niet aan deze criteria te voldoen. Denk hierbij aan de storting van agio om de eerste categorie lucratieve aandelen te vermijden: door veel agio te storten op de preferente aandelen, kan er voor worden gezorgd dat het totale geplaatste aandelenkapitaal voor méér dan 10 procent bestaat uit de achtergestelde (soort)aandelen. Dit wil echter nog niet zeggen dat aandelen die niet onder het tweede lid vallen, geen lucratief belang kunnen vormen. Dergelijke aandelen kunnen namelijk onder het vierde lid ('de vangnetbepaling') vallen als ermee toch een excessief rendement kan worden behaald.

Hoewel de tekst van de bepaling helder is, zijn er verschillende situaties die naar doel en strekking van de lucratief-belangregeling niet onder de regeling zouden moeten vallen (ondanks dat wel aan de formele criteria wordt voldaan). Denk hierbij aan 'normale bedrijfsopvolgingen' met cumulatief preferente aandelen en 'normale management-buy-outs'. De wetsgeschiedenis is op dit punt ontoereikend.

3 PRAKTIJKCASES

Tijdens het bespreken van de praktijkcases kwamen de volgende punten aan de orde:

- Achtergestelde soort aandelen: er is geen sprake van een lucratief aandeel op grond van lid 2, indien het totale geplaatste aandelenkapitaal van de vennootschap voor 10 procent of meer bestaat uit achtergestelde (soort)aandelen.
- Preferente aandelen: er is sprake van een lucratief aandeel op grond van lid 2, indien de aandelen een preferente hebben van 15 procent dividend per jaar. Indien de manager slechts 5 procent van de aandelen houdt, maar recht heeft op 10 procent van de winst, kan hiervan sprake zijn.
- Indien er slechts één soort aandelen is, dient anderszins sprake te zijn van een lucratief belang (bijvoorbeeld doordat een financiering leidt tot een hefboomeffect). Is er een groot voordeel behaald in verhouding tot inleg en risico's ('hefboom')?
- Er dient een relatie te bestaan tussen de verkregen aandelen en de werkzaamheden.

- In het geval van uitsluitend een ‘good leaver’-bepaling in een contract (bij ‘normaal’ vertrek, krijg je iets mee) zal snel sprake zijn van een lucratief belang. Een ‘bad leaver’-bepaling lijkt geen probleem. Bij een combinatie is een belangrijk kenmerk dat met het rendement dat als gevolg van de leaversbepalingen wordt behaald, mede wordt beoogd de werkzaamheden van degene die de aandelen verwerft te belonen (gelet op de feiten en omstandigheden waaronder een en ander is overeengekomen).

4 WAT IS EEN LUCRATIEF BELANG?

Na een bespreking van de praktijkcases wordt de lucratief-belangregeling ten aanzien van vorderingen en rechten besproken.

(Lucratieve) vorderingen

In art. 3.92b, lid 3, Wet IB 2001 worden de lucratieve vorderingen gedefinieerd. Ook hier gaat het om twee categorieën. Allereerst is sprake van een lucratieve vordering als het rendement op enigszins belangrijke mate afhankelijk is van management- of aandeelhoudersdoeleinden (zoals winst, omzet, kostenvermindering, etc.). Ten tweede is sprake van een lucratieve vordering ingeval de vordering in enigszins belangrijke mate in waarde vermeerderd bij een verkoop of overname van de onderneming dan wel bij een wijziging van een belang in de onderneming.

(Lucratieve) rechten

Art. 3.92b, lid 4, Wet IB 2011 is een vangnetbepaling. Ook deze vangnetbepaling kent twee categorieën lucratieve rechten. Allereerst de overige rechten die economisch overeenkomen of vergelijkbaar zijn met de aandelen en vorderingen als bedoeld in lid 2 en 3 ook onder de lucratief-belangregeling vallen. Ten tweede is sprake van een lucratief (vermogens)recht ingeval van overige rechten of verplichtingen waarvan het waardeverloop in enigszins belangrijke mate afhankelijk is van management- of aandeelhoudersdoeleinden (zoals winst, omzet, kostenvermindering, etc.) of die in enigszins belangrijke mate in waarde vermeerderen bij een verkoop of overname van de onderneming dan wel bij wijziging van een belang in de onderneming.

Hoewel in het artikellid voorbeelden worden genoemd van ‘lucratieve (overige) rechten’, is deze bepaling volgens Van Gijlswijk heel erg vaag. Overigens moet hierbij worden opgemerkt dat géén sprake is van een dynamische toets. Er moet één keer worden getoetst of een bepaald recht onder lid 4 van de lucratief-belangregeling valt.

(Lucratieve) schulden

Op grond van art. 3.92b, lid 1, onderdeel b, Wet IB 2001 kan ook sprake zijn van lucratieve schulden. In dit geval dient een (gedeeltelijke) kwijtschelding van de schulden overeengekomen te zijn die voorts (mede) beoogt een beloning voor werkzaamheden te zijn.

5 TUSSENCONCLUSIE

Op basis van hetgeen hiervoor besproken is komt Van Gijlswijk tot de conclusie dat we eigenlijk nog steeds niet weten wat nu precies onder de lucratief-belangregeling valt. De definitie van het begrip lucratief belang is vaag en de parlementaire behandeling biedt geen uitkomst op dit punt.

De gemeenschappelijke kenmerken van een lucratief belang zijn dat het potentiële rendement niet in verhouding staat tot het geïnvesteerde kapitaal of het gelopen risico ('hefboomeffect').

Aandelen die werknemers ook op de beurs kunnen kopen, kwalificeren in ieder geval niet als lucratieve aandelen. Zoveel is zeker. Ook normale bedrijfsopvolgingsregelingen vallen niet onder de lucratief-belangregeling. Ook zoveel is zeker. Maar hierbij is dan weer onduidelijk wat onder 'normaal' verstaan dient te worden.

Van Gijlswijk vraagt zich af of er nu echt sprake is van slechte wetgeving. Het kan er ook op duiden dat de wetgever bewust vaag is gebleven. Feit is wel dat de regeling ontzettend onevenredig kan uitvallen. Zoals opgemerkt kan een belastingplichtige immers tot wel 96 procent inkomstenbelasting moeten betalen over zijn lucratieve belangen.

6 MIDDELIJK GEHOUDEN / WINSTNEMING / BUITENLANDSE BELASTINGPLICHT

Van Gijlswijk bespreekt dat middellijk gehouden lucratieve belangen in box 2 en óók in box 1 vallen. Echter, indien 95 procent van de netto opbrengst wordt uitgekeerd in het jaar van realisatie, is op grond van art. 3.95b, lid 5, Wet IB 2001 het inkomen uitsluitend belast in box 2.

Ook komt de methode van winstneming op een lucratief belang aan de orde. Op de opnemingsbalans verschijnt niet de waarde in het economisch verkeer, maar de verkrijgingsprijs verhoogd met de elementen die al belast zijn geweest met inkomstenbelasting. Winstneming vindt vervolgens plaats op grond van goed koopmansgebruik. Eindafrekening vindt plaats bij het ophouden van resultaat genieten uit overige werkzaamheden. Van Gijlswijk stipt daarbij aan dat zowel het verbreken van de relatie met arbeid als het verbreken van de verbondenheid niet leiden tot einde van resultaat uit overige werkzaamheden.

Van Gijlswijk bespreekt de behandeling van de lucratief belangregeling in het kader van de buitenlandse belastingplicht. Op dit punt is er een duidelijk verschil tussen de literatuur en de opvatting van de staatssecretaris. Grof gezegd komt het erop neer dat de Staatssecretaris van Financiën een belangrijke rol ziet weggelegd voor de arbeidsartikelen. In de literatuur wordt die rol minder belangrijk geacht. Zeker bij indirect gehouden lucratieve belangen zal Nederland nauwelijks heffingsrechten kunnen uitoefenen.

Van Gijlswijk bespreekt tijdens de lezing kort diverse buitenlandsituaties met directe en indirecte lucratieve belangen.

VI *Aanpassingen artikel 4 BRV*

Lezing gehouden op 23 juni 2011 door mr. dr. H. Vermeulen, werkzaam bij de Financial Services/Real Estate Group van PwC en tevens als docent belastingrecht verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en als onderzoeker aan het Amsterdam Centre for Tax Law.

1 INTRODUCTIE

Op donderdag 23 juni 2011 heeft mr. dr. Hein Vermeulen een lezing gehouden over de aanpassingen in art. 4 Wet belastingen van rechtsverkeer 1970 (BRV) sinds 1 januari 2011. Het doel van de lezing is om alle aanwezig JOB-leden enige uitleg te geven inzake de aanpassingen in en de systematiek van artikel 4 BRV. Vermeulen heeft de lezing opgesplitst in twee onderdelen; het eerste onderdeel behandelt de aanpassingen in het Belastingplan 2011 omtrent artikel 4 BRV en het tweede onderdeel de Europeesrechtelijke ontwikkelingen.

2 AANPASSINGEN VAN ART. 4 BRV NAAR AANLEIDING VAN HET BELASTINGPLAN 2011

De redenen voor de aanpassingen in het Belastingplan 2011 zijn tweeledig: (1) misbruikbestrijding: er waren trucjes mogelijk om de overdrachtsbelasting te ontlopen en (2) grondslagverbreding: er moeten meer belastinginkomsten komen. Ten aanzien van het laatste merkt Vermeulen op dat dit opmerkelijk is aangezien artikel 4 BRV een antimisbruikbepaling is en niet in het leven is geroepen 'om geld binnen te halen'.

De juridische verkrijging van een onroerende zaak is belast met overdrachtsbelasting. De notaris heeft een speciale rol bij deze verkrijging. De notaris doet aangifte en draagt de overdrachtbelasting af. Ook de economische eigendomsver verkrijging is een belaste transactie voor de overdrachtsbelasting ingevolge artikel 2, lid 2 BRV. Bij deze vorm van verkrijging hoeft de notaris geen rol te hebben, maar kan dit wel hebben.

De achtergrond van art. 4 BRV is om het verkrijgen van een onroerende zaak/vastgoed middels een aandelentransactie ook te belasten met overdrachtsbelasting. De verkrijging van aandelen in een onroerendezaaklichaam (OZL) is belast met overdrachtsbelasting. In het geval dat de aandelen worden verkocht in een OZL, moet het OZL zelf verzoeken om een uitreiking van een aangiftebiljet bij de inspecteur ingevolge art. 3, lid 2 Uitvoeringsregeling AWR.

In een arrest gewezen door de Hoge Raad op 10 juni 2011, nr 10/00498, *BNB* 2011/219, heeft de Raad aangegeven wat het doel en strekking van art. 4 BRV is, aldus Vermeulen. In dit arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de verkrijging van aandelen in, kort gezegd, onroerendezaaklichamen wordt belast als werden de betrokken onroerende zaken zelf verkregen. Deze wetsfictie heeft geen verdere strekking dan te voorkomen dat door middel van het tussenschuiven van rechtspersonen de heffing van overdrachtsbelasting wordt ontgaan. Het is niet de bedoeling dat door het tussenschuiven van een entiteit de overdrachtbelasting wordt ontlopen. Daarom is het belangrijk om goed te kijken naar de vier vereisten van art. 4 BRV: de in aandelen verdeeld kapitaal eis, bezit seis, belangeis en doeleis.

Vermeulen bespreekt eerst de vereisten zoals die vóór de wetwijziging golden, vervolgens de nieuwe vereisten.

– *In aandelen verdeeld kapitaal eis*

Het moet gaan om lichamen waarvan het kapitaal in aandelen is verdeeld. Vermeulen merkt op dat ook verenigingen en doelvermogens hieronder kunnen vallen (art. 4, lid 10, BRV). Als niet helemaal duidelijk is of er sprake is van een lichaam met een in aandelen verdeeld kapitaal, moet je te rade gaan bij die begrippen. Bij een maatschap of een fonds voor gemene rekening kan dit spelen. Dan moet gekeken worden naar wat er precies gecreëerd is. Zijn de deelnemingsrechten vergelijkbaar met aandelen?

Ten aanzien van titel 7.13 BW merkt Vermeulen op dat, indien titel 7.13 wordt ingevoerd, de wettekst zal veranderen en dat ook de verkrijging van aandelen in een onroerendezaakrechtspersoon (OVR en CVR) belast zal worden, mits uiteraard voldaan wordt aan de andere vereisten.⁴²

– *Bezit seis*

Onder de oude wettekst moest het lichaam voor ten minste 70 procent of meer (hoofdzakelijk criterium) Nederlands vastgoed bezitten. Het moest gaan om Nederlandse stenen. Er moest ook gekeken worden naar het jaar voorafgaand de verkrijging. Als op het moment van verkrijging slechts 50 procent vastgoed aanwezig is in het lichaam, maar op enig moment in het jaar voorafgaand het lichaam wel ten minste 70 procent Nederlands vastgoed bezat, dan voldeed het OZL aan de bezit seis. De veranderingen in de bezit seis bespreekt Vermeulen later.

– *Belangeis*

Niet iedere verkrijging is een belaste verkrijging. Alleen als ten minste een derde gedeelte van de aandelen wordt verkregen is er – kort gezegd – sprake van een belaste verkrijging. In het geval dat eerst 20 procent wordt verkregen, maar binnen twee jaar nog eens 15 procent wordt verkregen, dan wordt dit geacht een samenhangende verkrijging te zijn (art. 4, lid 5, sub b, BRV). Bij de tweede verkrijging van het 15 procent-belang wordt de eerste verkrijging

42. Inmiddels is bekend geworden dat het wetsvoorstel tot vaststelling van Titel 7.13 BW is ingetrokken.

meegesleept. Dit om te voorkomen dat er gefaseerd aandelen in het OZL worden gekocht. Binnen de tweejaarstermijn is het sowieso een samenhangende verkrijging. Buiten deze tweejaarstermijn kan de inspecteur dit ook zien als een samenhangende verkrijging, maar dan ligt de bewijslast bij hem.

– *Doeleis*

De achtergrond hiervan is om niet de verkrijging van ‘rokende schoorstenen’ te belasten met overdrachtsbelasting. Het moet alleen gaan om vastgoed dat dienstbaar is aan de verkrijging, vervreemding en exploitatie van vastgoed. Een hotelbedrijf en een golfterrein bijvoorbeeld vallen hierdoor buiten de doeleis.

Belastingplan 2011

Vermeulen geeft aan dat de doeleis en belangeis niet zijn gewijzigd, maar dat de bezitseis dat wel is. Dat verder de regels ten aanzien van de consolidatie zijn veranderd en dat de regeling ten aanzien van samenhangende overeenkomsten ook is gewijzigd. Daarnaast is er iets nieuws ingevoerd bij het Belastingplan 2011: de belastbare verkrijging van een recht op een (bestaand) aandeel. Als er bijvoorbeeld een wijziging optreedt in de rechten van een aandeel, kan dit tot een belaste verkrijging leiden.

– *Wijziging ten aanzien van de bezitseis*

Een belangrijke wijziging is dat de drempel van 70 procent (hoofdzakelijk-criterium) is verlaagd naar het meer dan 50 procent (grotendeels-)criterium. Daarnaast telt nu voor de bezitseis ook niet-Nederlands vastgoed mee. Al het vastgoed is relevant om te beoordelen of aan het meer dan 50 procent-criterium wordt voldaan. Daarnaast moet wel ten minste 30 procent van de totale bezittingen bestaan uit Nederlands vastgoed. Vermeulen merkt op dat er nu heel veel lichamen onder de reikwijdte van deze bepaling vallen en dat bovendien in feite dit wetsvoorstel terugwerkende kracht heeft tot 1 januari 2010 door de werking van de referentieperiode. Hierover zijn vragen gesteld door de NOB en de wetgever heeft aangegeven dat er geen sprake zal zijn van terugwerkende kracht in dit geval.

– *Wijzigingen ten aanzien van de consolidatieregels*

Er zijn behoorlijk wat aanpassingen in de consolidatieregels. Het doel van de consolidatieregels is ervoor te zorgen dat niet alleen onmiddellijk gehouden bezittingen, maar ook middellijk gehouden bezittingen gelden voor de bezitseis. Hierbij tellen dus ook mee de bezittingen van deelnemingen in het desbetreffende OZL. Vermeulen merkt op dat in art. 4, lid 4, BRV weliswaar ‘toerekening’ staat, maar eigenlijk wordt bedoeld consolidatie. En niet de toerekeningsmethodiek zoals bij art. 13, lid 11, Wet op de vennootschapsbelasting. Vermeulen bespreekt de uitspraak van de Hoge Raad van 26 november 1986, BNB 1987/129 en de achtergrond van consolidatieregels tot 1 januari 2011. Hierna bespreekt Vermeulen de aanpassingen in de consolidatieregels zoals opgenomen in de voorbeelden gegeven bij het Belastingplan 2011.⁴³ Relevant is hierbij dat ook vanaf 1 januari 2011 de belangen van concernlichamen ex art. 5b, lid 2, Uitvoeringsbeschikking

43. MvT Belastingplan 2011, *Kamerstukken 2010/11*, 32 504, nr. 3, V-N 2010/49.3.

BRV en grootaandeelhouders meetellen. Dit is opgenomen in het nieuwe art. 4, lid 4, sub a, BRV.

Daarnaast is het ook relevant om de ‘verdachte activa op te schonen’ sinds 1 januari 2011. Dit is in de eerste plaats het nieuwe art. 4, lid 4, sub b, BRV. Bepaalde vorderingen tellen niet meer mee; vorderingen op het lichaam verbonden lichamen of verbonden natuurlijke personen of vorderingen op de toekomstige verkrijger of met de verkrijger verbonden lichaam of verbonden natuurlijke personen.

Ook op grond van het nieuwe art. 4, lid 4, sub c, BRV dienen bepaalde bezittingen te worden opgeschoond. Overige bezittingen die gefinancierd zijn met schulden aan verbonden lichamen of verbonden natuurlijke personen tellen niet mee voor de bezitseis, tenzij deze in de normale bedrijfsuitoefening vallen.

– *Wijziging ten aanzien van de samenhangende overeenkomst*

Voor 1 januari 2011 was er slechts sprake van een samenhangende verkrijging indien de verkrijging plaatsvond door dezelfde verkrijger. Dit is nu aangepast in art. 4, lid 5, sub b, BRV. Een verkrijging door een concernvennootschap van de originele verkrijger binnen twee jaar na de verkrijging door die originele verkrijger wordt geacht een verkrijging binnen een samenhangende overeenkomst te zijn. Het is nu niet meer mogelijk om verspreid via meerdere personen of lichamen de aandelen te verkrijgen in een OZL.

– *Nieuw artikel 4, lid 11 BRV.*

Sinds 1 januari 2011 is lid 11 in art. 4 BRV opgenomen. Doel van deze wijziging is om het verkrijgen van rechten uit bestaande aandelen op dezelfde wijze te behandelen als de verkrijging van aandelen. Volgens Vermeulen is dit nieuwe lid nogal cryptisch. Als er ‘gesleuteld’ wordt in de rechten van bestaande aandelen die al in het bezit zijn van een (rechts)persoon, kan dit ertoe leiden dat er een belaste verkrijging voor de overdrachtsbelasting plaatsvindt. De (rechts)persoon bezit al aandelen, maar doordat er ‘gesleuteld’ wordt in de rechten van de aandelen die zien op een onroerende zaak, kan dit eventueel leiden tot een verkrijging voor de overdrachtsbelasting. Bijvoorbeeld, aandelen worden verletterd of preferente aandelen worden omgezet in gewone aandelen. Ook de inkoop gevolgd door intrekking kan tot een wijziging in de rechten van de bestaande aandelen leiden. Vermeulen vraagt zich af of hiermee ook de rechten van de zittende aandeelhouder zijn gewijzigd.

Vermeulen bespreekt het voorbeeld uit de MvT van twee aandeelhouders die ieder tien aandelen hebben (aandelen A en aandelen B) in een OZL waarvan de aandelen recht geven op 50 procent van de winst. De aandelen A geven recht op 50 procent en de aandelen B op de andere 50 procent van de winst. Er vindt een statutenwijziging plaats waarbij het winstrecht van de aandelen A wordt teruggebracht naar 40 procent. B verkrijgt hierdoor 10 procent extra winst op zijn aandelen B. Dit is, in beginsel, een belaste verkrijging onder het nieuwe art. 4, lid 11, BRV.

Als laatste onderdeel van de lezing gaat Vermeulen nog in op enkele Europees-rechtelijke aspecten ten aanzien van art. 4 BRV die zich recentelijk hebben voorgedaan. Een van de vragen is of de heffing ter zake van de verkrijging van fictieve onroerende zaken in strijd is met het Europese recht, in het bijzonder de kapitaalsbelastingrichtlijn. Op grond van art. 5, lid 1, onderdeel a, Kapitaalsbelastingrichtlijn mogen lidstaten geen enkele indirecte belasting, in welke vorm dan ook, heffen ten aanzien van de inbreng van kapitaal. Hierop gelden enkele uitzonderingen die genoemd staan in art. 6, lid 1 van de Kapitaalsbelastingrichtlijn. Wel mag worden geheven in het geval effecten worden overgedragen en als er onroerende goederen (stenen) worden ingebracht tegen uitreiking van aandelen.

Ten aanzien van het laatste heeft een Spaanse rechter prejudiciële vragen gesteld.⁴⁴ De casus was als volgt. Een Spaanse entiteit verkoopt de aandelen in een Spaans onroerende-zaaklichaam (het Spaanse equivalent van een art. 4 BRV-lichaam) aan een Spaanse koper. Doordat er geen tegenbewijsregeling is bij dat Spaanse equivalent vroeg de Spaanse rechter aan het Hof van Justitie of dit wel rechtvaardig en proportioneel is. Het Hof van Justitie oordeelde dat dit niet disproportioneel is en dat de verkrijging van aandelen in een OZL-lichaam belast mag worden met overdrachtsbelasting.

Wat als er nieuwe aandelen worden uitgegeven? De koper stort een onroerende zaak in een vennootschap tegen uitreiking van nieuwe aandelen. Mag dit belast worden? Dit is immers het heffen van belasting terzake van de inbreng van kapitaal. Volgens Vermeulen mag dit belast worden op grond van de uitzondering van art. 6, lid 1, sub b van de Kapitaalsbelastingrichtlijn.

Wat als een OZL nieuwe aandelen uitgeeft in het geval er geen onroerende zaak wordt ingebracht maar contanten? Dan is er geen uitzondering in art. 6 van de Kapitaalsbelastingrichtlijn. De Europese Commissie is van mening dat er in dat geval slechts kapitaalsbelasting mag worden geheven en niet ook overdrachtsbelasting ter zake van de verkrijging van de nieuwe aandelen in het OZL. De Europese Commissie is dan ook een infractieprocedure begonnen tegen Spanje en heeft Spanje verzocht om de wetgeving op dit punt aan te passen.⁴⁵ Als dit voor Spanje geldt, dan zal dit ook voor Nederland moeten gelden, aldus Vermeulen.

44. HvJ EG 6 oktober 2010, C-487/09 (Immogolf).

45. EC 28 januari 2010, IP/10/83.

VII *Winsttoerekening vaste inrichtingen*

Lezing gehouden op 7 september 2011 in De Veranda, Amsterdam door mr. ir. A. Roelofsen, senior adviseur bij het Ministerie van Financiën, afdeling IFZ en vertegenwoordiger van Nederland bij de OESO in Parijs (Working Party I; OESO-modelverdrag), en mr. drs. H. Pijl, partner bij Deloitte, universitair docent internationaal belastingrecht verbonden aan het International Tax Center te Leiden, de Vienna University of Economics and Business Administration, de Universit  de Neuchâtel en het International Bureau of Fiscal Documentation, en daarnaast raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof in Den Haag. Beide sprekers spraken op persoonlijke titel.

1 WINSTTOEREKENING

1.1 Jurisprudentie

Pijl begint met een bespreking van de geschiedenis van de winstbepaling van vaste inrichtingen ('vi'). Zowel het *Report on the attribution of profits to permanent establishments* uit 2008 als dat uit 2010 gaat uit van de zogeheten *separate entity*-benadering waarbij zowel de vi als het hoofdhuis als twee zelfstandige entiteiten behandeld worden voor de winstbepaling.

Hoe moet de financiering worden bepaald van twee separate entiteiten die juridisch als  n entiteit gezien worden? De Nederlandse jurisprudentie op dat vlak is altijd uitgegaan van een winstbepaling waarbij schulden worden toegerekend aan de vi voor zover zij dienen ter financiering van die vi.⁴⁶ Kapitaal was dus altijd de sluitpost van de vi-balans.

Als voorbeeld wordt een Nederlandse onderneming gegeven die een lening aantrekt ter verwerving van Brits vastgoed. De schuld is daarmee toerekenbaar aan dat vastgoed en de rentelast is dan ook direct toerekenbaar aan de winst die met het vastgoed behaald wordt (huuropbrengsten/vermogenswinsten). (Het is goed zich te realiseren dat het resultaat van de verdragsmatige winsttoerekening niet noodzakelijk ook de winst is die men in de aangifte ziet. Zo wordt de winst van een Nederlandse vaste inrichting beperkt door renteaftrekbepalingen in de Wet op de vennootschapsbelasting.)

46. B 5790, BNB 197/263, BNB 2004/214, BNB 2007/117.

Generale onderneming BV				vi			
VK og	100	EV	50	VK og	100	VV	100
Activum BV	50	VV	100	-----	-----	-----	-----
	150		150		100		100

1.2 OECD

In 2008 is het commentaar aangepast zodat eerst kapitaal wordt toegerekend en pas als sluitpost VV. Het commentaar uit 2008 vermeldt: “*the objective is therefore to attribute an arm’s length amount of interest to the permanent establishment after attributing an appropriate amount of ‘free’ capital*”.

Deze methodiek wordt ook gehanteerd in het commentaar van 2010. Roelofsen geeft aan dat er waarschijnlijk binnen zes maanden een nieuw verdrag zal zijn met de nieuwe tekst van art. 7 OECD-modelverdrag. De verdragsonderhandelaars zullen normaliter eerst ook bekend moeten zijn met de nieuwe tekst voordat zij deze actief gaan opnemen in nieuwe verdragen. Zowel Pijl als Roelofsen is van mening dat de nieuwe tekst van art. 7 samen met het OECD-commentaar van 2010 het Ministerie van Financiën de mogelijkheid geeft om obligatoir de nieuwe winstbepalingsmethodiek voor te schrijven. De discussie focust zich met name op verdragen gesloten met de pre-2010-tekst van art. 7 OECD-modelverdrag.

1.3 Winstbepaling vi commentaar/tekst 2010

Authorized OECD Approach (‘AOA’). De AOA kent een stapsgewijze benadering:

- Step I: activa en risico’s alsmede het vermogen alloceren aan de vaste inrichting op basis van de functieanalyse.
- Step II: cijfermatige bepaling van de winst van de vaste inrichting op basis van de analyse in de eerste stap en de toepassing van het *arms’ length*-beginsel.

Step I

Allocatie van activa en risico’s met behulp van ‘*significant people functions*’. Deze functies zijn gerelateerd aan de mensen die de activiteiten verrichten met betrekking tot het aangaan en beheren van risico’s. Het gaat hier om de zogenaamde ‘*day to day*’ activiteiten die bij de bedrijfsvoering een bepalende rol spelen. De plaats waar deze activiteiten worden verricht is bepalend voor de allocatie van het economisch eigendom van de activa en de door de onderneming gelopen risico’s. Voor financiële instellingen worden de activa en risico’s gealloceerd op basis van ‘*Key Entrepreneurial Risk Taking Functions*’ (*Functions requiring active decision-making for the acceptance and/or management of individual risks and portfolios of risks*), hetgeen niet wezenlijk anders is dan de *significant people functions*, alleen ligt de focus meer op het nemen van risico’s. Bij het verstrekken van leningen kunnen verschillende functies worden onderscheiden (kredietbeoordeling, administratie, monitoren voorwaarden en kredietwaardigheid lening, etc.), die verdeeld kunnen zijn over hoofdhuis en vi. Doorslaggevend is in zo’n geval welke functie de meeste waarde toevoegt en waar die wordt uitgevoerd. Andere functies die samenhangen met een dergelijk activum en

die worden uitgevoerd daar waar het activum niet aan gealloceerd is (hoofdhuis of vi), kunnen worden doorbelast op basis van concerndienstenbesluit (waarover zo meer).

Zie als voorbeeld van kapitaal- en interesttoerekening de volgende balans van een generale onderneming. Hoeveel bedraagt nu kapitaal, vv en rente die aan de vi toekomt?

Generale onderneming				vi	
Activa	400	EV	150	Activa	200
		VV 1	150		
		VV 2	100		
	400		400		200

Nadat de activa gealloceerd zijn, zal de passivazijde van de balans gevuld moeten worden. Na allocatie van activa en risico's moet het vermogen nog worden toebedeeld.

Daarvoor zijn twee methoden:

- de Capital allocation approach; of
- de Thin capitalization approach.

Het Besluit verplicht tot het gebruiken van de *Capital allocation approach* tenzij (bijvoorbeeld) de generale onderneming niet *at arms' length* gefinancierd is en als gevolg daarvan te weinig eigen vermogen heeft en te hoge rentelasten. Dan geldt de *Thin capitalisation approach*, welke inhoudt dat het eigen vermogen wordt toegerekend dat een vergelijkbare onderneming zou aanhouden.

Capital allocation approach houdt in dat EV aan de vi wordt toegerekend naar rato van de assets-en-risicoratio. In een gesimplificeerde uitwerking:
 $200 / 400 \times 150 = 75$.

Generale onderneming				vi	
Activa	400	EV	150	Activa	200
		VV 1	150		
		VV 2	100		
	400		400		200

(De risicofactor speelt een rol, nu de gedachte is dat kapitaal aangehouden wordt ter dekking van de risico's die samenhangen met de activa. Om die reden moet in de ratio ook het eventueel verschillende risicoprofiel worden meegewogen, als de activiteiten en activa van de vi een lager risicoprofiel hebben dan de generale onderneming.)

Voor de rentetoerekening bestaan er twee methoden:

- de Tracing approach; en
- de Fungibility approach.

Tracing betekent dat de rente die drukt op de historisch met de vi samenhangende lening naar de vi gaat, *fungibility* betekent dat de externe rentelast pro rata gealloceerd moet worden. Dus als er op VV1 20 procent vergoed wordt en op VV2 10 procent, dan is de totale rentelast $(150 \times 20\% = 30) + (100 \times 10\% = 10) = 40$; 20 is dan allocerbaar aan de vi. Als onder de *tracing approach* lening VV 1 historisch aan de vi toegerekend kan worden (voor de resterende 125 na toerekening kapitaal) zou de rentelast van de vi uitkomen op $125 \times 20\% = 25$.

1.4 Status Besluit

Pijl en Roelofsen verschillen fundamenteel van mening over de mogelijkheid om de winstbepalingsmethodiek van het Besluit verplicht voor te schrijven.

Pijl huldigt kort gezegd het standpunt dat het Commentaar belangrijk is voor de uitleg van het verdrag, maar dat een gewijzigd commentaar alleen interpretatieve waarde heeft als er sprake is van een verduidelijking ('*clarification*') van wat er al eerder stond, en niet van een nieuwe interpretatie van de tekst in het OECD-modelverdrag. Hij verdedigt daarom dat belastingplichtigen met het besluit in de ene hand en met dit interpretatievoorschrift van de HR in de andere hand kunnen 'kiezen' tussen toepassing van het 2010- of het 2008-commentaar. Daarbij kan geen rol spelen welk standpunt in het andere verdragsland wordt ingenomen.

Roelofsen bestrijdt de beschrijving van Pijl van het interpretatievoorschrift niet, maar brengt daartegen in de eerste plaats in dat je de aanpassingen van 2010 als zo'n uitleg kunt kwalificeren en in de tweede plaats dat je een mismatch krijgt als sommige landen een statische interpretatie aanhangen en andere een dynamische, dat de OECD expliciet een dynamische interpretatie voorstaat en ten slotte dat het doel van een verdrag juist voorkoming van dubbele (non-)heffing is. Deze systematiek is ook het doel van het Besluit, namelijk een evenwichtige allocatie van heffingsrechten ten aanzien van inkomensbestanddelen zonder dat er dubbele heffing of non-heffing ontstaat. Roelofsen erkent wel dat de OECD geen supranationale wetgever is die bindende wetgeving aan de verdragspartners kan opleggen. Ten slotte is er nog als argument naar voren te brengen dat je alle financiering voor de onderneming als geheel aantrekt en dat die dus ook gelijk over de onderneming verdeeld moet worden. Wat dat betreft zou de AOA ons de ogen moeten openen voor de onhoudbaarheid van de historische benadering voor het toerekenen van schulden aan activa (willekeurig, manipuleerbaar en theoretisch onjuist, want de schuld is evengoed toerekenbaar aan de beslissing andere activa niet te verkopen). Op deze wijze zou ook de rente betaald aan externe partijen in concernverband verdeeld kunnen worden (een concern in de zin van verschillende vennootschappen binnen een groep in tegenstelling tot hoofdhuis – vi-verhoudingen). De rente die het concern als geheel betaalt aan externe partijen zou met gebruikmaking van de AOA voor een bepaald gedeelte aan een Nederlandse vennootschap binnen zo'n concern toegerekend kunnen worden.

1.5 Problemen in de uitvoering/openstaande vragen

Na een toelichting van Roelofsen over ontstaan, achtergrond en structuur van de OESO vervolgt Pijl de discussie met de constatering dat de verplichting in het besluit om alle activa op de waarde in het economisch verkeer te waarderen ondoenlijk is als dat inhoudt dat jaarlijks ge(her)waardeerd moet worden. Roelofsen denkt dat de waardering in de praktijk niet zo'n probleem zal zijn omdat er vaak om boekhoudkundige redenen een goede waardering in het economisch verkeer voorhanden zal zijn; hij geeft aan dat de belastingdienst met dat jaarlijks herwaarderen op een praktische manier om zal moeten gaan. Pijl geeft aan dat OECD ook waardering op boekwaarde toestaat.

Een ander probleem zijn voorzieningen. Pijl noemt het probleem dat een voorziening bedrijfseconomisch een schuld is (met een 0 procent interest) en dat bij toepassing van de fungibility-methode de vi oneigenlijk een deel van de 0 procent-interest zou kunnen krijgen toegerekend. Dat doet zich bijvoorbeeld voor als de voorziening niets met de vi van doen heeft.

Generale onderneming				vi			
Activa	400	EV	150	Activa	200	EV	75
		VV 1	150			VV	125
		Voorz	100				
	400		400		200		200

Pijl is het dus van harte met Roelofsen eens dat de voorziening voor de toepassing van de kapitaaltoerekening beter als een correctie op de activa beschouwd kan worden. Als voorbeeld: indien de voorziening niet op de vi-activa ziet, zouden de activa in de generale balans $400 - 100 = 300$ bedragen, en zou bijgevolg de kapitaaltoerekening aan de vi $200 / 300 \times 150 = 100$ bedragen, waaruit een meer *arm's length* renteallocatie volgt.

Een ander discussiepunt is in het algemeen de toerekening van activa. Zo is er bijvoorbeeld bij het aangaan van een lening een veelheid aan afzonderlijke taken (lees *people functions*) te onderscheiden. Kredietbeoordeling, administratie, monitoren kredietwaardigheid, betalingsverkeer, etc. Welke van deze functies nu de *significant people functions* zijn en waar die worden uitgevoerd is in de praktijk nogal eens lastig te bepalen.

Indien activa toegerekend zijn aan de vi, dan kan het nog steeds zo zijn dat er bepaalde diensten ten aanzien van de activa worden uitgevoerd in het hoofdhuis. Voor diensten is in het Besluit bepaald dat aansluiting gezocht kan worden bij het zogeheten concerndienstenbesluit.⁴⁷ Dit zou zowel voor diensten tussen vi's en tussen hoofdhuis en vi moeten gelden. Roelofsen geeft aan dat hierover bij twijfel het beste in overleg met de belastingdienst getreden kan worden.

47. IFZ 2004/680M.

Door uiteenlopende nationale visies op wat kapitaal is en wat niet, kunnen er in de nadere uitwerking problemen optreden. Zo kan een hybride lening verstrekt aan het hoofdhuis als vreemd vermogen door de woonstaat (het hoofdhuisland) worden gezien maar als eigen vermogen door het vi-land. Ook kan er verschil van mening zijn over de *substance* van een *treasury*-functie (indien deze voldoende *substance* heeft dan kunnen de 2010-AOA en het besluit interne interest in aanmerking worden genomen) waardoor het ene land wel interne rentelasten in aanmerking neemt en het andere land niet.

Pijl wijst nog op de merkwaardige twist dat ondanks de omarming van de 2010-AOA-beginselen per saldo van aftrek van interne interest geen sprake is: er kan onder de fungibility-methode van het besluit immers aan de vi nooit meer rente worden toegerekend dan de rente op wat extern is ingeleend.

VIII *De nieuwe regels voor acquisitiefinanciering*

Lezing gehouden op 6 oktober 2011 door mw. dr. C.L. van Lindonk, werkzaam als Director bij Deloitte Belastingadviseurs.

1 INLEIDING

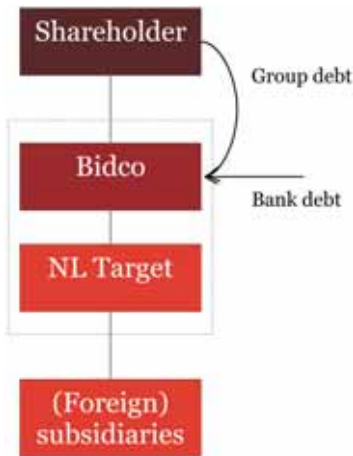
Centraal in deze lezing staat de beperking op renteaftrek bij overnameholdings, i.e. het voorgestelde art. 15ad Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb). Het betreft meestal situaties waarin een overnameholding de aandelen in een vennootschap verkrijgt en vervolgens met de gekochte entiteiten een fiscale eenheid vormt. De rente verschuldigd over de lening waarmee de aankoop is gefinancierd wordt dan afgezet tegen de operationele winsten van de te voegen entiteiten. Het voorgestelde art. 15ad Wet Vpb wordt ingevoerd om de rente over de schuld in aftrek te beperken tot de eigen winst van de overnameholding.

2 INTRODUCTIE NIEUWE REGELS

Standaardstructuur

Allereerst gaat Van Lindonk in op de standaardovernamestructuur welke voornamelijk door private equity-partijen wordt toegepast (zie hieronder). Middels deze structuur worden rentelasten op het niveau van de acquisitievennootschap afgezet tegen de operationele winst van de te voegen Nederlandse vennootschappen. Deze mate van schuldfinanciering is gebruikelijk bij private equity-partijen om zodoende een hefboomeffect te creëren, hetgeen zou moeten resulteren in een hogere return on equity. Als gevolg van het leverage model van private equity-fondsen zouden Nederlandse bedrijven na een dergelijke overname een grote schuldenlast met zich mee dragen wat ten koste zou gaan van de schatkist en zou leiden tot een verstoring van de concurrentieverhoudingen. Van Lindonk geeft als voorbeeld de vaak in de pers genoemde overname van Hema en Van Ganssewinkel. Genoemde vennootschappen zouden als gevolg van de excessieve overnameschulden geen vennootschapsbelasting meer betalen.

Van Lindonk geeft aan dat private equity-fondsen mede als gevolg van het financieringsmodel regelmatig slecht in het nieuws komen. Het zouden sprinkhanen zijn. Dat is onterecht volgens mevrouw Van Lindonk. Zij merkt op dat de inkomsten uit de vennootschapsbelasting zeer beperkt zijn in vergelijking met de opbrengst uit de omzetbelasting, loonbelasting en inkomstenbelasting waar de door private equity fondsen gehouden bedrijven en hun werknemers ook aanzienlijk aan bijdragen. Het feit dat deze door private equity fondsen gehouden bedrijven niet zouden bijdragen aan de schatkist dient volgens haar dus genuanceerd te worden.



De discussie omtrent private equity-fondsen heeft zich inmiddels ook verplaatst naar de Tweede Kamer waar veel wordt gemord over het financieringsmodel dat wordt toegepast door private equity-fondsen.

Als gevolg van dit politieke gemor is er een aftrekbeperking op overnameschulden geherintroduceerd. De aftrekbeperking beoogd naar de mening van mevrouw Van Lindonk gericht te zijn tegen excessieve financieringsstructuren. Reële financieringsstructuren zouden niet geraakt moeten worden door de voorgestelde maatregelen. Maar waarom dan toch ook rente op schuld aan derde partijen betrekken in de aftrekbeperking? Dat is volgens mevrouw Van Lindonk een brug te ver en bovendien wellicht niet nodig aangezien excessieve financiering en dus renteaftrek ook aangepakt zou kunnen worden door te stellen dat er sprake is van een onzakelijke lening. Immers een aandeelhouder-slening die een derde niet zou hebben verstrekt onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden zou kunnen worden aangemerkt als een onzakelijke lening. Als gevolg daarvan zou de lening geherkwalificeerd kunnen worden naar fiscaal eigen vermogen en zou de rente op dat deel van de lening niet meer leiden tot een renteaftrek. In dit kader verwijst mevrouw Van Lindonk naar de conclusies van advocaat-generaal Wattel inzake de onzakelijke lening. Inmiddels is overigens gebleken dat de Hoge Raad deze stap niet wil zetten en dat een onzakelijke geldlening niet kan worden geherkwalificeerd.

Aftrekbeperking

De voorgestelde maatregel beoogt de aftrek van rente op overnameschulden te beperken tot de eigen winsten van de overnamevennootschap. De aftrekbeperking is slechts van toepassing indien het bedrag aan renten dat niet aftrekbaar zou zijn als gevolg van de voorgestelde maatregel, meer bedraagt dan 1 miljoen euro. Het bedrag aan eigen winst (en dus aftrekbare rente) kan in formulevorm als volgt bepaald worden:

Winst van de fiscale eenheid voor toepassing nieuw regel -/- de winst toerekenbaar aan Target +/- de interest op de acquisitieschuld

Er wordt tevens een tegemoetkoming geïntroduceerd voor de renteaftrekbeperking in de vorm van een safe harbor, i.e. een debt-to-equity ratio van 2:1, waarbij het eigen vermogen het fiscaal eigen vermogen is. Dit is een strengere eis dan de 3:1 ratio zoals opgenomen in art. 10d Wet Vpb. Bij de bepaling van de debt-to-equity ratio mag wel rekening gehouden worden met het goodwill-gat. Het goodwill-gat mag namelijk opgeteld worden bij het eigen vermogen, dat vervolgens in tien jaar in gelijke delen wordt verminderd. Hierbij gaat men er dus van uit dat het eigen vermogen van de vennootschap als gevolg van winsten zal stijgen. Indien de winsten lager zijn dan een tiende van het goodwill-gat, neemt het eigen vermogen dus niet toe voor de bepaling van de debt-to-equity ratio van art. 15ad Wet Vpb. Het niet aftrekbare bedrag aan rente op basis van de uitzondering kan in formulevorm als volgt worden weergegeven:

Niet-aftrekbaar bedrag = $\text{interest op overnameschuld} * (\text{Vreemd Vermogen} - 2 * \text{Eigenvermogen} / \text{Acquisitieschuld})$

Bij de bepaling van het eigen vermogen moet de waarde van de deelnemingen geëlimineerd worden. Dit is bij art. 10d Wet Vpb geen vereiste. Door de storting van deelnemingen kan het eigen vermogen van de vennootschap vergroot worden en daarmee ook de leningscapaciteit van de vennootschap. Volgens Van Lindonk zou het logisch zijn om de verschillen (i.e. de 2:1 ratio en de eliminatie van de deelnemingen bij de bepaling van het eigen vermogen) tussen art. 10d Wet Vpb en het voorgestelde art. 15ad Wet Vpb weg te nemen. NB: inmiddels is deze safe harbor-regeling vervangen door een meer transactiegebonden beperking van de renteaftrek.

Overgangsrecht

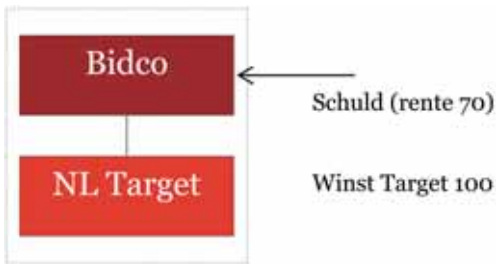
De voorgestelde regeling zal in werking treden op 1 januari 2012, waarbij overgangsrecht geïntroduceerd zal worden (structuren geïmplementeerd vóór 15 november 2011). Daarnaast zal rente die in aftrek is beperkt doorgeschoven kunnen worden naar jaren waarin deze wel in aftrek gebracht kan worden. De doorschuiving van de niet-aftrekbare rente is met name ook vanuit een accounting perspectief interessant. De niet-aftrekbare rente leidt in principe tot een hogere effectieve belastingdruk. Aan de andere kant, als je een deferred tax asset kunt opvoeren voor de rente die je in een later jaar kunt verrekenen, dan kun je de effectieve belastingdruk alsnog verlagen.

3 SYSTEMATIEK VAN DE NIEUWE REGELING

In het volgende onderdeel wordt de werking van het voorgestelde art. 15ad in een aantal voorbeelden verder uitgewerkt.

Voorbeeld 1

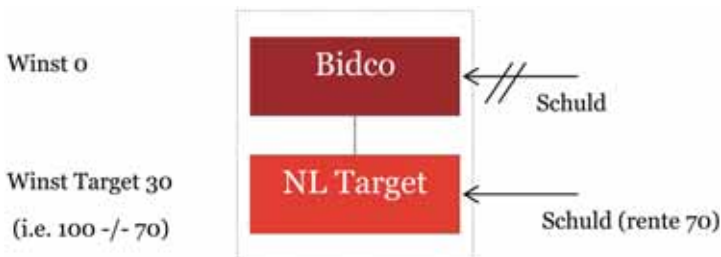
Op het niveau van Bidco wordt van een derde partij een schuld aange-trokken waarover 70 aan rente is verschuldigd. NL Target maakt een wist van 100. De vraag rijst welk deel van de rente in onderhavige situatie aftrekbaar is?



Op basis van het vorenstaande bedraagt de winst van de fiscale eenheid 30 (i.e. $100 - 70$). Op basis van de systematiek die art. 15ad voorschrijft, dient men de winst van NL Target te elimineren wat leidt tot een negatief bedrag van 70 (i.e. $30 - 100$). Om te bepalen welke winst toerekenbaar is aan de overnameholding dient de interest op de acquisitieschuld ad 70 opgeteld te worden bij het negatieve bedrag van 70. Per saldo bedraagt het bedrag aan eigen winst van de overnameholding en dus het bedrag aan aftrekbare rente 0 (i.e. $-70 + 70$).

Voorbeeld 2

Kan de niet aftrekbare rente van 70 worden voorkomen door NL Target een nieuwe lening aan te laten trekken die zij vervolgens binnen de fiscale eenheid uitkeert aan Bidco als dividend? Bidco went vervolgens deze middelen aan ter aflossing van haar externe schuld. Dit kan als volgt geïllustreerd worden:



Hoewel bij een letterlijke lezing van de wettekst art. 15ad niet van toepassing zou zijn aangezien de lening niet wordt gebruikt voor verkrijging van een deelneming maar voor een dividenduitkering, dient naar de mening van Van Lindonk de externe schuld op het niveau van Target NL wel als een 15ad-schuld aangemerkt te worden ondanks het feit dat in de voorgestelde wettekst niet het woord 'indirect' wordt gebruikt. Immers, gezien vanuit de belastingplichtige (de fiscale eenheid) is de situatie niet gewijzigd.

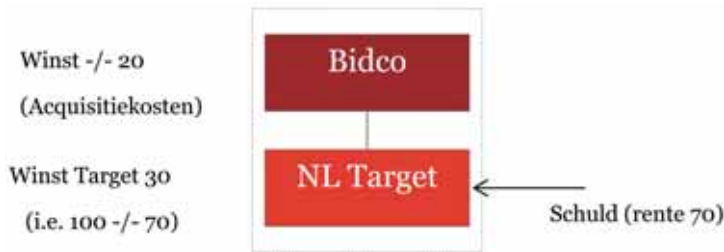
Op basis van het bovenstaande bedraagt de winst welke gerealiseerd wordt op het niveau van de fiscale eenheid 30. De winst van Target NL ad 30 dient geëlimineerd te worden, wat leidt tot een bedrag van 0 (i.e. $30 - 30$). Om te bepalen welke winst toerekenbaar is aan de overnameholding, dient de interest op de acquisitieschuld ad 70 opgeteld te worden bij het negatieve bedrag van 0.

Dientengevolge is er een bedrag van 70 (i.e. $0 + 70$) aan eigen winst beschikbaar als aftrekbare rente.

De rente zou dientengevolge dus toch aftrekbaar zijn.

Voorbeeld 3

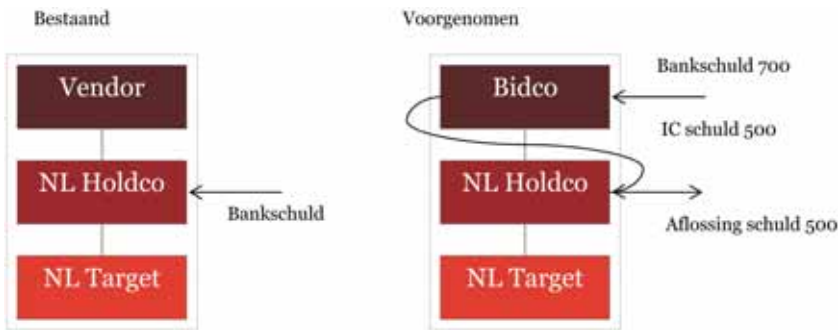
In het volgende voorbeeld worden er op het niveau van Bidco acquisitiekosten gemaakt voor een bedrag van 20. Op het niveau van Target NL wordt een schuld aangetrokken waarover 70 aan rente wordt betaald. De operationele winst van target NL bedraagt 100:



De winst van de fiscale eenheid in dit voorbeeld bedraagt 10 (i.e. 30 -/- 20). Op grond van art. 15ad Wet Vpb wordt de winst van Target NL ad 30 geëlimineerd, wat resulteert in een negatief bedrag van 20. Daar tel je bij op de rente over de acquisitieschuld ad 70 wat resulteert in een bedrag aan winst en dus aftrekbare rente van 50 (i.e. -20 +/+ 70). Effectief kan er dus 50 rente in aftrek gebracht worden. De niet-aftrekbare rente ad 20 wordt doorgeschoven naar een volgend jaar. De uitkomst in het onderhavige voorbeeld is gunstiger dan de situatie waarin er geen fiscale eenheid zou zijn en het verlies op niveau van Bidco aangemerkt zou moeten worden als een houdster/financieringsverlies ad art. 20, lid 4, Wet Vpb. Immers dat verlies is naar alle waarschijnlijkheid naar de toekomst toe niet meer te verrekenen.

Voorbeeld 4

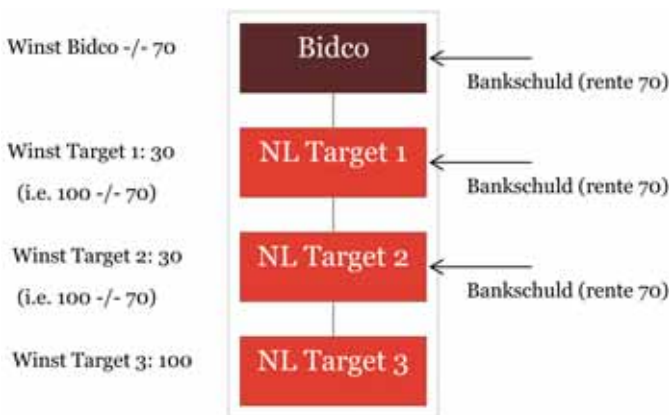
Naast bovenstaande voorbeelden is de acquisitie in samenloop met een herfinanciering aan de orde gekomen. In dit kader kan van het volgende worden uitgegaan. De verkoper houdt een belang in NL Holdco die op haar beurt een belang houdt in NL Target. NL Holdco is gefinancierd met een externe schuld ad 500. Bidco verkrijgt de aandelen in NL Holdco voor 200. Zij financiert de acquisitie met 700 bankschuld (i.e. 200 voor de aandelen en 500 voor de herfinanciering). Een bedrag ad 500 wordt door Bidco doorgeleend aan NL Holdco die haar externe schuld aflost:



Bidco is op haar banklening een bedrag van 70 aan rente verschuldigd. NL Holdco is een bedrag van 50 aan rente verschuldigd op haar lening aan Bidco. De schuld op het niveau van BidCo is een besmette 15ad-schuld. Kan de rentebate welke verschuldigd is door NL Holdco op basis van art. 15ah in aanmerking worden genomen bij de bepaling van de winst die beschikbaar is voor aftrekbare rente? Het antwoord daarop is in ieder geval 'ja' indien de bestaande schuld geen besmette 15ad-schuld is.

Voorbeeld 5

Onder het oude art. 15ad Wet Vpb was het mogelijk om opvolgende fiscale eenheden tot stand te brengen. Het idee was dan om een Target middels Bidco te kopen en vervolgens een fiscale eenheid tot stand te brengen tussen genoemde vennootschappen. De winst van de fiscale eenheid bestaat dan uit de winst van Bidco en de winst van Target 1. Vervolgens werd Target 2 gekocht en gevoegd in de bestaande fiscale eenheid (i.e. de Bidco – Target 1 fiscale eenheid) De rente verschuldigd over de lening welke was aangewend voor de verkrijging van Target 2 kon diensgevolge afgezet worden tegen de winst van Bidco en Target 1. Het vorenstaande laat zich als volgt illustreren:



Het Ministerie van Financiën heeft aangegeven van dit soort structuren af te willen en dus is besloten dat alle winsten geëlimineerd moeten worden. Dien-

tengevolge is de winst van een voordien bestaande fiscale eenheid niet beschikbaar voor de aftrek van rente welke verband houdt met een latere acquisitie, in casu van Target 2 en van Target 3.

Echter, in het voorbeeld bedraagt de winst van de fiscale eenheid 90. Daar trek je van af de winst ad 160 van de Target-entiteiten wat resulteert in een negatief bedrag van 70. Vervolgens tel je daarbij op de rente op alle opvolgende acquisitieschulden ad 210 wat leidt tot een beschikbaar bedrag voor aftrekbare rente van 140 (i.e. $-70 + 210$). Per saldo is dit dus de rente welke verschuldigd is op het niveau van Target 1 en Target 2.

IX Liquidatieverliesregeling

Lezing gehouden op 17 november 2011 in het Philips Stadion te Eindhoven door mr. W.C.M. Martens, werkzaam bij Loyens & Loeff.

1 INLEIDING

De liquidatieverliesregeling is een mooi onderwerp om eens te bespreken, omdat (nagenoeg) geen enkele belastingadviseur er dagelijks mee te maken heeft, maar (nagenoeg) ieder van hen er tijdens zijn of haar loopbaan wel een aantal keren mee geconfronteerd wordt.

De reden voor de introductie van de liquidatieverliesregeling was dat een verlies bij de liquidatie noch bij het deelnemende lichaam, noch bij de te liquideren deelneming vergolden kon worden.⁴⁸ Desondanks houdt het liquidatieverlies geen verband met het verlies dat verdampt bij liquidatie van de deelneming. Het liquidatieverlies houdt verband met de investering van de moedermaatschappij in de deelneming.

2 HET LIQUIDATIEVERLIES

Het liquidatieverlies wordt gesteld op het opgeofferd bedrag verminderd met de liquidatie-uitkeringen en gecorrigeerd voor het dividendverleden. Uit art. 13d, lid 9, Wet Vpb 1969 volgt dat de omvang van het liquidatieverlies moet blijken, dat wil zeggen dat de belastingplichtige de omvang van het verlies overtuigend moet aantonen.⁴⁹

Het opgeofferd bedrag bestaat uit de kostprijs van de deelneming en de (niet-aftrekbare) aankoopkosten, latere formele en informele kapitaalstortingen en agio, verminderd met het meegekochte dividend. Aan het opgeofferd bedrag mogen worden toegevoegd de (fictieve) winstnemingen ex art. 13d, lid 2, Wet Vpb 1969.

Als liquidatie-uitkeringen worden aangemerkt vrijgestelde deelnemingsvoordelen genoten in het jaar waarin het ontbonden lichaam haar onderneming (nagenoeg) geheel heeft gestaakt, in de vijf daaraan voorafgaande jaren en in de daarop volgende jaren. Daarnaast worden als liquidatie-uitkeringen aangemerkt de

48. Voor het houden van de lezing heeft Wil Martens geput uit zijn boek *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Fed Fiscale Brochures, Kluwer: Deventer 2011. In hoofdstuk 6 van dat boek wordt de liquidatieverliesregeling behandeld.

49. HR 22 januari 1971, nr. 16 456, BNB 1971/55.

vrijgestelde deelnemingsvoordelen uit het zesde tot en met het tiende jaar voorafgaande aan het jaar waarin het ontbonden lichaam zijn onderneming (nagenoeg) geheel heeft gestaakt, ingeval dat lichaam over het desbetreffende jaar een commercieel verlies heeft geleden.

3 TUSSENHOUDSTERS

In art. 13d, lid 4 en lid 5, Wet Vpb 1969 is een regeling opgenomen die ziet op de liquidatie van een tussenhouder. De regeling is eenvoudig benaderbaar indien het verlies bij liquidatie van een tussenhouder wordt gesplitst in drie delen:

- 1 Het eigen verlies van de tussenhouder, zijnde het verlies exclusief de door de tussenhouder geleden deelnemingsverliezen. Dit verlies is aftrekbaar als liquidatieverlies bij de moeder (voor zover dit verlies bij de berekening van het liquidatieverlies bij de moeder tot uitdrukking komt).
- 2 Het totale door de tussenhouder geleden deelnemingsverlies tijdens de bezitsduur van de moeder. Dit verlies komt op grond van art. 13d, lid 4, Wet Vpb 1969 bij de moeder niet in aftrek als liquidatieverlies.
- 3 Het verlies uit hoofde van de door de tussenhouder zelf geliquideerde deelnemingen. Dit verlies is eveneens aftrekbaar bij liquidatie van de tussenhouder, tenzij de moeder bij rechtstreekse deelname geen liquidatieverlies in aanmerking zou kunnen hebben nemen (art. 13d, lid 5, Wet Vpb 1969).

Ondanks deze eenvoudige driedeling laat Martens aan de hand van diverse voorbeelden zien dat de tussenhouderbepalingen ook nog (onbeantwoorde) vragen en pijnpunten oproept.

De tussenhouderbepalingen beogen te voorkomen dat een niet-aftrekbaar deelnemingsverlies op het niveau van een tussenhouder wordt getransformeerd in een aftrekbaar liquidatieverlies op het niveau van de moeder vennootschap. Daartoe dient uit het liquidatieverlies ter zake van een tussenhouder geëlimineerd te worden het deelnemingsverlies op door de tussenhouder gehouden deelnemingen, ook indien deze reeds vóór de liquidatie van de tussenhouder door de tussenhouder vervreemd zijn. De wettekst spreekt in art. 13d, lid 4, Wet Vpb 1969 over ‘deelnemingen’. Hierbij moet rekening worden gehouden met een ruim deelnemingsbegrip dat – zowel bij binnenlandse als buitenlandse tussenhouders – ook van toepassing is op deelnemingen waarop bij de tussenhouder de deelnemingsvrijstelling toepassing mist. De vraag rijst vervolgens of het arrest BNB 2007/149⁵⁰ ook geldt voor art. 13d, lid 4, Wet Vpb 1969, bijvoorbeeld in de situatie dat de tussenhouder moedermaatschappij is van een fiscale eenheid. In het arrest oordeelde de Hoge Raad dat de fiscale eenheid geen ‘derdenwerking’ heeft. Het bestaan van een fiscale eenheid tussen bepaalde vennootschappen kan derhalve niet mede gevolg hebben voor de wijze waarop een niet tot die fiscale eenheid behorende vennootschap in de belastingheffing wordt betrokken. De vraag is of de conclusie uit BNB 2007/149 waar het ging om toepassing van het voortzettingscriterium, één op één kan

50. HR 20 oktober 2006, nr. 41 463, BNB 2007/149.

worden doorgetrokken bij toepassing van de tussenhoudstercorrecties. De tussenhoudstercorrectie van art. 13d, lid 4, Wet Vpb 1969 is immers een correctie die waardemutaties van deelnemingen op het niveau van de tussenhoudster zelf beoordeelt. Indien de tussenhoudster zelf de moeder van de fiscale eenheid is, zou – anders dan voor toepassing van het voortzettingscriterium van art. 13d, lid 9, Wet Vpb 1969 – mogelijk geen sprake zijn van een omstandigheid waarbij de werking van de fiscale eenheid zich zou uitstrekken tot vennootschappen die daarin niet zijn opgenomen.

Verder laat Martens aan de hand van een tweetal voorbeelden zien dat art. 13d Wet Vpb 1969, met name voor wat betreft de tussenhoudsterproblematiek, toegeschreven lijkt op de situatie waarin uitsluitend van 100 procent-belangen sprake is. In joint-ventureverhoudingen komt de regeling daarom niet altijd goed tot haar recht.

4 CONCERNREGELING

Bij transacties met deelnemingen tussen verbonden lichamen (binnen concern) moeten steeds de gevolgen voor het opgeofferde bedrag in de gaten worden gehouden. Het opgeofferde bedrag kan hierdoor namelijk lager worden dan het bedrag dat op concernniveau betaald is voor de deelneming. Zo voorziet art. 13d, lid 6, eerste volzin, Wet Vpb 1969 in een maximering van het opgeofferde bedrag indien de deelneming is verkregen van een verbonden lichaam. Het opgeofferde bedrag bedraagt in dat geval maximaal hetgeen het verbonden lichaam voor de desbetreffende aandelen heeft opgeofferd. Dit betekent dat het opgeofferd bedrag lager wordt, indien de aandelen in de deelneming sinds de verkrijging door het verbonden lichaam in waarde zijn gedaald.

Art. 13d, lid 6, tweede volzin, Wet Vpb 1969 regelt de situatie dat een deelneming wordt verkregen in het kader van de ontbinding van een verbonden tussenhoudster, waarbij die deelneming in waarde is gedaald sinds de verkrijging van de deelneming in de tussenhoudster. De waardedaling van die deelneming bij de tussenhoudster moet op grond van art. 13d, lid 4, eerste volzin, Wet Vpb 1969, eerst worden geëlimineerd uit het liquidatieverlies ter zake van de tussenhoudster. De aldus niet in aanmerking genomen waardedaling mag echter worden opgeteld bij het opgeofferde bedrag van die deelneming. Zo wordt bewerkstelligd dat het opgeofferde bedrag voor de moeder gelijk is aan het opgeofferde bedrag voor die deelneming bij de geliquideerde tussenhoudster. Martens verduidelijkt dit aan de hand van een voorbeeld.

Art. 13d, lid 6, derde volzin, Wet Vpb 1969 bestrijkt de situatie dat de storting op aandelen bestaat uit inbreng van een verbonden deelneming in een bestaande of een daartoe opgerichte tussenhoudster. Deze wetswijziging is een rechtstreekse reactie op het arrest *BNB 1997/55*.⁵¹ Het opgeofferde bedrag bij de moeder voor de aandelen in de tussenhoudster ter zake van de inbreng bedraagt maximaal het opgeofferde bedrag dat door de moeder voor ingebrachte deelneming is

51. HR 13 november 1996, nr. 31 738, *BNB 1997/55*.

opgeofferd. Deze situatie wordt niet bestreken door art. 13d, lid 6, eerste volzin, Wet Vpb 1969, omdat die bepaling ziet op het opgeofferde bedrag dat de tussenhoudster in aanmerking moet nemen voor de ingebrachte deelneming. Ook deze situatie wordt helder uiteengezet aan de hand van een voorbeeld. Voor de situatie dat geen verbonden lichaam wordt ingebracht maar wel een deelneming, regelt art. 13i, lid 1, onderdeel a, Wet Vpb 1969 overigens hetzelfde als art. 13d, lid 6, eerste volzin, Wet Vpb 1969.

5 OPGEOFFERD BEDRAG EN FISCALE EENHEID

Bij ontvoeging van een dochtermaatschappij uit een fiscale eenheid wordt het opgeofferde bedrag gesteld op het zuivere fiscale vermogen van de dochter, nadat dit is verminderd met de fiscaal toelaatbare reserves (art. 13d, lid 8, Wet Vpb 1969). Dit betekent dat de eventueel bij de acquisitie van de dochter betaalde goodwill als gevolg van haar voeging definitief verloren gaat. Ondanks een uitdrukkelijke toezegging van de staatssecretaris aan de Tweede Kamer⁵² is geen regeling opgenomen voor de ophoging van het opgeofferde bedrag met de stille reserves en goodwill die op het voegingstijdstip aanwezig waren en die op het ontvoegingstijdstip nog steeds aanwezig zijn. Art. 15, lid 1, Wet Vpb 1969 biedt overigens wel de mogelijkheid hiervoor nadere regels te stellen. Hierover is tijdens de behandeling in de Eerste Kamer medegedeeld dat daarvan zou worden afgezien, omdat een dergelijke verfijning op praktische bezwaren zou stuiten.⁵³

6 MOMENT VAN VERLIESNEMING / NIET-VOORTZETTINGSEIS

Ingevolge art. 13d, lid 9, Wet Vpb 1969 wordt een liquidatieverlies in aanmerking genomen op het tijdstip waarop de vereffening van de deelneming is voltooid, mits de belastingplichtige:

- de omvang van het liquidatieverlies doet blijken; en
- aannemelijk maakt dat geen aanspraak bestaat op enigerlei tegemoetkoming in de onverrekenende verliezen van de ontbonden deelneming voor:
 - de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam;
 - het lichaam dat of de persoon die de onderneming van de ontbonden deelneming geheel of gedeeltelijk voortzet of een met dat lichaam verbonden lichaam; en
- doet blijken dat de onderneming van de ontbonden deelneming is gestaakt dan wel geheel of gedeeltelijk buiten concern is voortgezet.

De onderneming van het ontbonden lichaam moet derhalve geheel zijn gestaakt,⁵⁴ dan wel (gedeeltelijk) worden voortgezet door anderen dan de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam. Voortzetting van de onderneming, binnen concern, zou geconstateerd kunnen worden aan de hand

52. *Kamerstukken II 1999/00*, 26 854, nr. 3, p. 30.

53. *Kamerstukken I 2001/02*, 26 854, nr. 45d, p. 16.

54. Hierbij wordt het gestaakt zijn van een onderneming opgevat overeenkomstig art. 20, lid 5, Wet Vpb 1969 (tekst tot 1 januari 2001), thans art. 20a, lid 9, onderdeel a, Wet Vpb 1969.

van bijvoorbeeld de voortzetting van het productieproces, het overnemen van de klantenkring, het doorgaan van leveranties en het blijven verrichten van diensten.⁵⁵ In het besluit *BNB 1997/128*⁵⁶ en het besluit *BNB 2010/278*⁵⁷ heeft de staatssecretaris aangegeven respectievelijk verduidelijkt wanneer volgens hem geen sprake (meer) is van voortzetting van de onderneming binnen concern. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de binnen concern voortgezette activiteiten kwalitatief bijkomstig en qua omvang gering zijn ten opzichte van de onderneming van het ontbonden lichaam. ‘Kwalitatief bijkomstig’ wil zeggen dat het geen speerpuntactiviteit van het concern mag zijn, die op het moment van liquidatie kwantitatief nog niet veel voorstelt, maar als veelbelovend is aan te merken, hetgeen ook de reden is deze activiteiten binnen concern voort te zetten. ‘Qua omvang gering’ wil zeggen minder dan 5 procent. De vraag blijft echter hoe te meten of sprake is van kwalitatief bijkomstig en qua omvang gering voortzetten en ten opzichte van welk moment dit gemeten moet worden.

De onderneming mag niet worden voortgezet door de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam, aldus art. 13d, lid 9, Wet Vpb 1969. De vraag rijst op welk tijdstip moet worden beoordeeld of sprake is van voortzetting van de onderneming van het ontbonden lichaam door de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam. Volgens de staatssecretaris dient, voor de toepassing van art. 13d en 13e Wet Vpb 1969, op het moment van voortzetting van de onderneming te worden getoetst of sprake is van verbondenheid. Indien bijvoorbeeld de onderneming van een deelneming wordt voortgezet in een joint-venturevennootschap, zijnde een met de moedervenootschap verbonden lichaam, en dit verbonden lichaam enige tijd na deze voortzetting wordt vervreemd, wordt de verbondenheid alsnog verbroken. Indien de deelneming geruime tijd daarna wordt geliquideerd, kan ter zake van deze liquidatie geen liquidatieverlies worden genomen, omdat de voortzettingsbepaling daaraan in de weg staat. Aldus de staatssecretaris in het besluit *BNB 2010/278*. Volgens Martens is deze zienswijze van de staatssecretaris voor wat betreft het moment van verbondenheid onjuist. De vraag of sprake is van voortzetting dient te worden beoordeeld op het moment dat de vereffening is voltooid. Dit is ook in lijn met de wetsgeschiedenis, waaruit blijkt dat een liquidatieverlies genomen kan worden indien de band tussen de activiteiten en het concern verbroken is.⁵⁸ Hierbij moet wel worden opgemerkt dat het ‘wringt’ dat enerzijds een onbelast deelnemingsvoordeel wordt behaald ter zake van de verkoop van de deelneming en anderzijds een aftrekbaar liquidatieverlies wordt genomen ter zake van de liquidatie van een deelneming, een en ander voor wat betreft dezelfde ondernemingsactiviteiten.

Martens wijst ook nog op art. 13e Wet Vpb 1969. Dit artikel zorgt voor het ‘doorschuiven’ van het opgeofferd bedrag voor de ontbonden deelneming ingeval de onderneming van de ontbonden deelneming is voortgezet binnen concern. In de situatie dat de onderneming wordt voortgezet door de moedermaatschappij, kan de moedermaatschappij alsnog een liquidatieverlies nemen als zij de

55. *Kamerstukken II 1987/88*, 19 968, nr. 7, p. 31.

56. Besluit van 17 februari 1997, nr. DB96/4136M, *BNB 1997/128*.

57. Besluit van 12 juli 2010, nr. DGB 2010/2154M, *BNB 2010/278*.

58. *Kamerstukken II 1987/88*, 19 968, nr. 3, p. 13 en 17.

onderneming alsnog staakt. In de situatie dat de onderneming wordt voortgezet door bijvoorbeeld een verbonden lichaam/dochtermaatschappij van de moedermaatschappij, schuift het opgeofferde bedrag voor de ontbonden deelneming door naar de aandelen in het (voortzettende) verbonden lichaam/dochtermaatschappij. Alsdan kan pas een liquidatieverlies worden genomen op het moment dat het verbonden lichaam wordt geliquideerd en de onderneming alsnog is gestaakt. Bij een voortzetting van de onderneming binnen concern dient er derhalve op gelet te worden waar het verlies naartoe gaat binnen concern. In voorkomende gevallen levert dit planningsmogelijkheden op.

Tot slot bespreekt Martens in dit verband nog de situatie van een moedermaatschappij met een deelneming, waarbij de deelneming twee verschillende takken van bedrijvigheid exploiteert. Bij een zuivere splitsing van de deelneming (waarbij de twee takken apart van elkaar worden gezet) wordt het opgeofferd bedrag van de gesplitste deelneming naar evenredigheid doorgeschoven naar de aandelen in de verkrijgende vennootschappen/deelnemingen (art. 13j, lid 2, Wet Vpb 1969). Indien nu op een later moment besloten wordt om een van beide activiteiten stil te leggen, rijst de vraag of ter zake van de betreffende vennootschap een liquidatieverlies kan worden genomen (dus zonder dat ook de activiteit wordt stilgelegd die in de andere vennootschap wordt ontplooid). Dit lijkt mogelijk, maar slechts indien de splitsing op zich zakelijk is en de mogelijkheid tot het (later) nemen van een liquidatieverlies op het moment van splitsing geen rol speelt.

7 AFSLUITING

De liquidatieverliesregeling betreft een ingewikkelde, zeer technisch regeling. Desondanks zet Wil Martens deze materie helder uiteen. Uit de interactie met de bezoekers bleek dat het een boeiende en zeer geslaagde lezing was.

X Actualiteiten renteaftrekbepkeringen

Lezing gehouden op 24 november 2011 door prof. mr. O.C.R. Marres, hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam, waarin hij ingaat op de meest recente wijzigingen van de renteaftrekbepkeringen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

1 EEN KORTE GESCHIEDENIS

Het voortdurende ‘gepunnik aan de lappendeken’ schrijdt voort. Dat gepunnik start in 1997 met de invoering van art. 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb) en de regels ten aanzien van rentetemporisering. Na het Bosal-arrest van het Europees Hof van Justitie (18 september 2003, waarin is bepaald dat de kosten van een buitenlandse deelneming aftrekbaar zijn) is vervolgens vanaf 2004 een aftrekbepkering ingevoerd ten aanzien van onderkapitalisatie (art. 10d Wet Vpb). Vervolgens heeft de Wet werken aan winst vanaf 1 januari 2007 ingrijpende gevolgen: art. 10a Wet Vpb wordt gewijzigd, de rentetemporisering wordt geschrapt en art. 10, lid 1, onder d wordt verder uitgediept.

Inmiddels kent de Wet Vpb een diversiteit aan regelingen die de renteaftrek beperken: art. 10, lid 1 onder a en c (uitdelingen), art. 8b (*at arm's length*), art. 8c (doorstroomvennootschappen), art. 10, lid 1, onder d (hybride leningen), art. 10, lid 1, onder j (vergoeding in aandelen/opties), art. 10a (winstdrainage), art. 10b (laagrentende langlopende groepsleningen) en art. 10d (onderkapitalisatie). Ook het leerstuk *fraus legis* kan een beperkende werking hebben.

Aan deze bestaande regelingen wordt per 1 januari 2012 art. 15ad Wet Vpb toegevoegd. De nieuwe regeling werd voor het eerst gepresenteerd in een consultatiedocument (14 juni 2009) waarin het Ministerie van Financiën belastingplichtigen in de gelegenheid stelde om mee te denken over onder meer een verplichte rentebox en twee varianten met betrekking tot Bosal-reparatiewetgeving. De eerste variant betrof het verbod op de aftrek van deelnemingsrente en van rente van overnameholdings. De tweede variant een earnings strippingmaatregel (aftrek tot 30 procent EBITDA). Het ministerie gaf – in reactie op de consultatie – op 5 december 2009 meer duidelijkheid in de zogenoemde ‘Sinterklaasbrief’: er komt (voorlopig) geen rentebox, geen Bosal-reparatie en geen earnings stripping. De invoering van een overnameholdingregeling wordt echter wel aangekondigd.

Na het rapport (verschenen op 7 april 2010) van een speciaal ingestelde studiec ommissie wordt geconcludeerd dat groepsrente niet gedefiscaliseerd moet worden. Volgens de commissie is het doeltreffender om een vermogensaftrek/-

bijtelling te introduceren waarbij de fiscale waarde van deelnemingen in mindering gebracht wordt op het eigen vermogen. In de Fiscale agenda van 14 april 2011 veegt het ministerie echter gelijk al weer de vloer aan met een vermogensaftrek-/bijtelling. Deze zal er niet komen. Wederom wordt aangekondigd dat een overnameholdingregeling zal worden geïntroduceerd in de Wet Vpb. Het is vervolgens aan het ‘Topteam hoofdkantoren’ of er daarnaast Bosal-reparatiewetgeving zal komen. Indien dat gebeurt, kan art. 10d worden geschrapt, zo is de gedachte.

Het advies van het Topteam hoofdkantoren – dat is gepresenteerd op 17 juni 2011 – concludeert dat er geen Bosal-reparatiewetgeving moet komen in verband met een forse verslechtering van de Nederlandse concurrentiepositie in dat geval. Er is slechts misbruikbestrijding nodig indien de huidige maatregelen aantoonbaar tekortschieten. Het uitgangspunt moet, zo vindt het Topteam, zijn dat financieringsrente ter zake van zakelijke transacties aftrekbaar moet blijven. De Tweede Kamer neemt echter met algemene stemmen een motie van Bashir en Van Vliet (30 juni 2011) aan, waarin is vastgelegd dat het Bosalgat moet worden gerepareerd. Reparatiewetgeving gaat er dus komen.

2 AANLEIDING VOOR DE INVOERING VAN EEN OVERNAMEHOLDINGREGELING

De spanning in het huidige systeem wordt veroorzaakt door een verschillende fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen. Dit leidt tot problemen. Ten eerste kan worden gewezen op (onwenselijke) belastingarbitrage tussen eigen en vreemd vermogen, die kan worden bestreden met een ‘substance over form’-benadering, vergelijk art. 10, lid 1, onder d Wet Vpb. Voorts leidt het tot excessieve financiering met vreemd vermogen, dat kan worden bestreden met bijvoorbeeld thin cap- en earningsstrippingregels (vergelijk art. 8b en 10d Wet Vpb). Andere problemen zijn winstdrainage door omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen en een fiscale mismatch tussen (aftrekbare) rentelasten en (vrijgestelde) inkomsten, zoals bij de financiering van deelnemingen of pas in de toekomst belastbare baten.

Bij de overnameholdingproblematiek is sprake van een combinatie van excessieve financiering in combinatie met (wanneer de target vóór overname wordt vergeleken met de fiscale eenheid na overname) het verschijnsel van een herfinanciering door omzetting van eigen vermogen in vreemd vermogen. De zogenaamde ‘sprinkhanen’ (overnameholdings) zijn in politiek en maatschappelijk debat hete hangijzers. De kwetsbaarheid van het Nederlandse bedrijfsleven door het financieren van overnames met een Nederlandse (groeps)financiering is een belangrijk uitgangspunt voor de invoering van een regeling als art. 15ad Wet Vpb.

Ook de Bosal-problematiek ligt politiek gevoelig. Hier speelt het probleem van de mismatch door het toepassen van de deelnemingsvrijstelling. Hiertegen is het huidige art. 10a, lid 1, onder b en c, Wet Vpb gericht alsmede de aangekon-

digde Bosal-reparatie. Wetgeving die een einde moet maken aan het Bosal-gat wordt begin 2012 verwacht.

3 ART. 15AD WET VPB

De essentie van de nieuwe overnameholdingmaatregel is het tegengaan van renteaftrek ten laste van de winst van de target, tenzij er geen sprake is van een excessieve schuld. Een belangrijke aanvulling hierop is dat de maatregel ook voor derdenrente zal gaan gelden. Daarnaast zal de regeling een eerbiedigende werking hebben (ten aanzien van situaties vóór 15 november 2011). Niet-aftrekbare rente kan (oneindig en onvoorwaardelijk!) worden doorgeschoven naar volgende jaren indien de overnameholding in dat jaar genoeg 'eigen winst' heeft behaald.

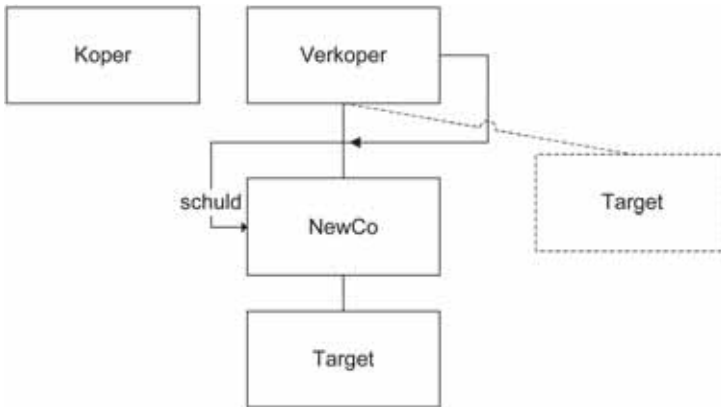
In de Nota naar aanleiding van het Verslag bij art. 15ad Wet Vpb is opgemerkt dat de volgorde waarin de renteaftrekbeperkingen moeten worden toegepast, wordt bepaald door de rangorde van de wet. Marres merkt in dit kader op dat zijn inschatting is dat art. 10a Wet Vpb vooralsnog zal blijven bestaan. Datzelfde geldt voor art. 10d Wet Vpb, nu het de verwachting is dat er slechts een beperkte Bosal-reparatie zal worden voorgesteld.

Het begrip 'belang'

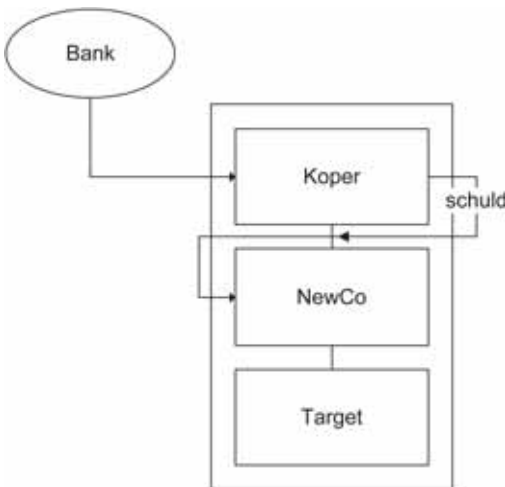
Art. 15ad Wet Vpb heeft betrekking op schulden verband houdend met de verwerving van een 'belang' in één of meerdere maatschappijen. Uit de Nota naar aanleiding van het Verslag blijkt dat voor de term 'belang' is gekozen omdat deze term ook middellijke participaties omvat. De aankoop van een vordering is echter geen verwerving of uitbreiding van een belang. Marres merkt op dat hier mogelijk sprake is van een lek of denkfout.

Stel: Een verkopende vennootschap verhangt vóór de verkoop de target tegen schuldigerkenning. Een koper koopt de aandelen en de vordering. Hierdoor wordt de overnameschuld lager (een deel staat immers tegenover de vordering in plaats van de aandelen) waardoor mogelijk geen renteaftrekbeperking optreedt. Marres merkt echter op dat een dergelijke transactie zou kunnen kwalificeren als een samenstel van rechtshandelingen. De verhangning van de target houdt immers verband met de uiteindelijke verwerving van het belang door de koper.

Oude situatie



Nieuwe situatie



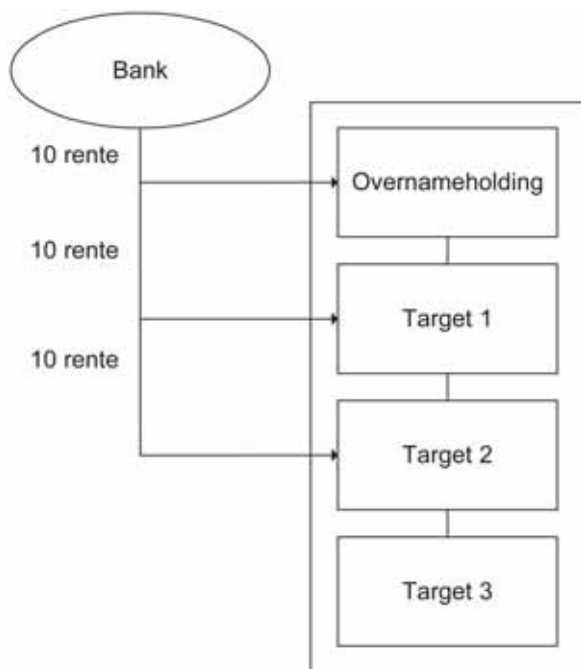
Geen aftrekbeperking bij voldoende 'eigen winst'

Een belangrijk uitgangspunt in de nieuwe overnameholdingregeling is dat er bij 'voldoende eigen winst' geen enkele aftrekbeperking optreedt, ook niet als met 100 procent vreemd vermogen is gefinancierd. In art. 15ad Wet Vpb worden in dit verband twee limieten geïntroduceerd. Er mag door de belastingplichtige een keuze gemaakt worden tussen de volgende twee limieten:

- De eerste limiet beperkt de toepassing van art. 15ad Wet Vpb tot 1 miljoen euro van de overnamerente vermeerderd met de 'eigen winst' (indien positief).
- De tweede limiet gaat uit van een teveel aan overnamerente bij een financiering van de overname met meer dan 60 procent vreemd vermogen. Dit percentage loopt af met 5 procentpunt per jaar naar 25 procent.

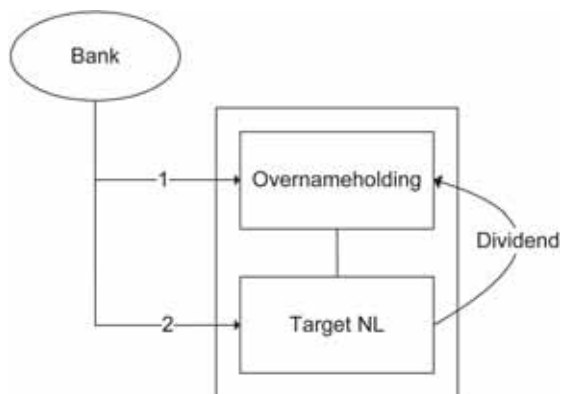
De berekening van de ‘eigen winst’ wordt bepaald op basis van de winstsplitsingsregels (art. 15ah Wet Vpb) vóór verliesverrekening. Alle overgenomen maatschappijen die binnen hetzelfde jaar gevoegd zijn in de fiscale eenheid worden geclusterd. Indien aan het eind van het jaar een acquisitie wordt gedaan, kan het wenselijk zijn te wachten met voeging in de fiscale eenheid, omdat dan niet meteen de 60 procent-toerekening verloren gaat. Daarnaast wordt bij de berekening van de winst van de fiscale eenheid het resultaat van vaste inrichtingen door toepassing van de objectvrijstelling in mindering gebracht. Ditzelfde geldt voor de winst van de overgenomen maatschappijen. De overnamerente moet bij de winst worden opgeteld.

Stel de winst van elke target vóór renteaftrek is 10 en de winst van de overnameholding vóór renteaftrek is 0. De winst van de fiscale eenheid is $30 - 30 = 0$. Volgens een letterlijke lezing van de wettekst zou de eigen winst 20 zijn (winst fiscale eenheid 0, minus 10 winst targets, vermeerderd met 30 rente). Dat komt doordat er tweemaal een correctie voor de rente wordt gemaakt: eenmaal door de *netto*-winst (na renteaftrek) van de targets te corrigeren, en eenmaal door de rente bij te tellen. Marres gaat ervan uit dat de rechter hetzij zal corrigeren met de brutowinst van de targets, hetzij de rente niet zal meetellen voor zover ze in de winst van de targets zijn begrepen. In het voorbeeld zal de eigen winst dan 0 zijn.



Ook door middel van ‘*debt push down*’ kan de eigen winst worden beïnvloed en kan worden voorkomen dat de renteaftrekbeperking van art. 15ad Wet Vpb optreedt. Dit kan bijvoorbeeld door herfinanciering van de schuld op het niveau van de overgenomen vennootschap. De target trekt zelf in dat geval dus een

lening aan. De ontvangen gelden worden uitgekeerd als dividend aan de overnemer. De overnameschuld wordt hiermee afgelost. Volgens Marres zou art. 15ad Wet Vpb naar zijn ratio niet moeten gelden omdat in zoverre geen gebruik wordt gemaakt van de figuur van de fiscale eenheid; ook zonder fiscale eenheid zou het immers mogelijk zijn om de rentelasten tegen de winst van de target af te zetten.⁵⁹



Volgens de Memorie van Toelichting bij art. 15ad Wet Vpb worden de geheel of gedeeltelijk met vreemd vermogen gefinancierde overnames van het jaar zelf en van eerdere jaren samengenomen. Onder de reikwijdte van de definitie 'eigen winst' valt daarnaast dus ook de winst van acquisities van vóór 15 november 2011, de winst van acquisities die niet met schulden zijn gefinancierd en de winst van acquisities waarvan de overnameschuld is afgelost.

Marres wijst ten slotte op twee 'lekken'. Ten eerste vindt de toets plaats of sprake is van een met bovenmatig vreemd vermogen gefinancierde acquisitie op de balansdatum. In beginsel betekent dit dat er geen beperking optreedt in het jaar van vervreemding, ook als dit binnen de groep is. Ten tweede wordt het percentage van het bovenmatige deel van de overnameschuld bepaald op het tijdstip van voeging, ook wanneer de target al eerder binnen de groep gevoegd is geweest. Marres merkt op dat de tweede limiet daarmee oneindig lang en 'kunstmatig' op 60 procent kan worden gehouden. Bij ontvoeging en wedervoeging zal immers weer opnieuw beoordeeld moeten worden of 60 procent is gefinancierd met vreemd vermogen. Hetzelfde geldt voor verhangings binnen de groep.

59. In de na deze JOB-lezing verschenen Memorie van Antwoord (2 december 2011) is opgemerkt dat er in deze situatie sprake is van een besmetting.

XI *Fiscale eenheid; enige capita selecta*

Lezing gehouden op 8 december 2011 in Hotel New York te Rotterdam door mr. drs. P.H.M. Simonis, werkzaam bij Loyens & Loeff NV.

1 INLEIDING

De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting is een regeling die vrijwel elke adviseur van midden- en kleinbedrijf tot (internationale) multinationals bezighoudt. Het is een boeiend en veelomvattend onderwerp, dat lastig te doorgronden is en dat voortdurend in beweging is. Kortom, een interessant onderwerp voor een lezing.

Aan de hand van slides bespreekt Simonis een aantal arresten waarbij hij ingaat op de theorie, maar ook de link legt met de praktijk. Alvorens met zijn lezing te beginnen merkt Simonis op dat er veel rechtspraak bestaat op het gebied van de fiscale eenheid en het daarom niet mogelijk is om alle onderwerpen in één lezing aan bod te laten komen. Op grond daarvan laat hij een aantal onderwerpen, zoals de samenloop van fiscale eenheid en verkoop/aankoopkosten deelneming en het goodwillgat, buiten beschouwing.

2 BEZITSEIS

Een fiscale eenheid kan pas tot stand komen als de moedermaatschappij 95 procent of meer van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtervennootschap bezit.

Tot 2003 werd een feitelijk belang van minimaal 99 procent in een dochter geëist om met deze dochter een fiscale eenheid te vormen. Voor de verlaging naar 95 procent is gekozen om aandelen in de dochter aan bijvoorbeeld werknemers van de dochter te kunnen toekennen.

Overigens hoeft het niet zo te zijn dat de ontbrekende 5 procent van de aandelen in de dochter in het bezit is van werknemers. Ook anderen kunnen deze aandelen houden, zonder dat de fiscale eenheid gevaar loopt. De wetgever wenst aan de 95 procent-eis zoals die is vastgelegd in de Wet Vpb 1969 en het Besluit FE 2003 wel onverkort vast te houden. Dit betekent dat aandelen in de dochter die onvindbaar zijn niet gelden als bezit van de moeder.

Een moedermaatschappij kan alleen een fiscale eenheid aangaan met een dochtervennootschap als zij in het bezit is van zowel de *juridische* als de *economische*

eigendom van de aandelen. Dat wil zeggen: de moedermaatschappij dient zowel de (volledige) zeggenschap in, als het financiële belang bij de dochtermaatschappij te hebben. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet herziening fiscale eenheid heeft de staatssecretaris nadrukkelijk gesteld dat gelet op de vergaande gevolgen die zijn verbonden aan een fiscale eenheid te willen vasthouden aan zowel de juridische als de economische eigendom. Een bezit van alleen de economische eigendom van de aandelen in de dochter is dus niet voldoende.

Wordt tijdelijk niet voldaan aan de 95 procent-eis maar is de juridische en economische positie van de moeder ten opzichte van de betrokken dochter niet wezenlijk veranderd, dan verbreekt de fiscale eenheid, op basis van HR 13 januari 2006, *BNB 2007/87*, niet. In deze zaak ging het om een dochter waarin de moeder aanvankelijk alle aandelen hield, daarna kortstondig niet, en vervolgens van de tijdelijke medeaandeelhouder diens aandeel in de dochter verkreeg. Uiteindelijk bleef zowel het juridische als economische belang bij de dochter volledig in handen van de moeder.

In de onderhavige casus was sprake van een stappenplan om dubbele kapitaalsbelasting te vermijden. De belastingplichtige nam daarmee wel een risico met betrekking tot de continuering van de fiscale eenheid vennootschapsbelasting. De Hoge Raad komt door deze uitspraak de belastingplichtige tegemoet. In de ogen van *Simonis* is dit ook een redelijke uitkomst.

Naar aanleiding van *BNB 2007/87* bespreekt hij een praktijkvoorbeeld waarbij door een transactie (inbreng tegen uitreiking van aandelen aan tophoudster gevolgd door inbreng aandelen dochter door tophoudster in moeder) op enig moment de moedermaatschappij minder dan 95 procent van de juridische eigendom van de aandelen in bezit heeft. Hij geeft aan dat voor dit geval met de Belastingdienst is overeengekomen dat geen sprake is van verbreking mits:

- 1 de economische eigendom van de nieuwe aandelen vanaf het moment van uitgifte bij de fiscale eenheidsmoeder ligt (aandelen worden gehouden voor rekening en risico van de moeder);
- 2 de tijdsspanne waarin de juridische eigendom van de nieuwe aandelen bij de tophoudster ligt, voor geen ander doel benut kan en zal worden dan het onverwijld afwikkelen van de koopovereenkomst (inbreng moet op korte termijn worden geëffectueerd).

Als de aandelen in een dochtermaatschappij zijn gecertificeerd en de eigendom van de aandelen berust bij een administratiekantoor dat is ondergebracht in een lichaam dat geen onderdeel van een fiscale eenheid tussen de moedermaatschappij en de dochter kan zijn, is een fiscale eenheid tussen moeder en dochter niet mogelijk. Omdat de moeder als certificaathouder geen juridisch eigenaar is van de aandelen in de dochter, voldoet zij niet aan het vereiste dat zij zowel de economische als de juridische eigendom van de aandelen bezit. Certificering hoeft echter niet altijd aan vorming van een fiscale eenheid in de weg te staan.

De eerste uitzondering betreft de situatie waarin het administratiekantoor is ondergebracht in een lichaam dat op grond van haar rechtsvorm en de overige vereisten onderdeel kan zijn van de fiscale eenheid. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien het administratiekantoor is ondergebracht in een BV waarvan alle aandelen berusten bij de moeder, terwijl het administratiekantoor in het bezit is van ten minste 95 procent van de aandelen in de dochter.

De tweede uitzondering is gebaseerd op het arrest HR 18 juni 2010, *NTRF* 2010/1759, *V-N* 2010/28.22. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad op basis van de parlementaire geschiedenis dat de wetgever met het vereiste bezit van de juridische eigendom kennelijk bedoeld heeft het hebben van zeggenschap over ten minste 95 procent van de aandelen in de dochtermaatschappij. Aan dit vereiste wordt volgens de Hoge Raad voldaan als het administratiekantoor het stemrecht op de aandelen moet uitoefenen volgens de instructies van de certificaathouder (moedermaatschappij). In casu was de invloed die de moedermaatschappij hield in het administratiekantoor via schriftelijke instructie zodanig, dat de juridische eigendom niet werd uitgehold.

Simonis wijst erop dat het arrest een zeer specifieke situatie betreft waarbij de verhouding tussen de certificaathouder (moedermaatschappij) en het administratiekantoor zeer nauwgezet was geregeld. Er mag niet zonder meer van uit worden gegaan dat bij iedere situatie waarbij een moedermaatschappij aandelen houdt, via een administratiekantoor voldaan wordt aan de bezitseis.

Ten aanzien van aandelen in een gevoegde dochtermaatschappij die door de moedermaatschappij in pand worden gegeven, zal nog steeds voldaan zijn aan het vereiste van de juridische en economische eigendom zolang de moedermaatschappij het stemrecht op de aandelen in de dochter onbelemmerd kan blijven uitoefenen. In het geval dat het stemrecht op deze aandelen niet meer toekomt aan de moedermaatschappij/pandgever, dan is volgens de staatssecretaris niet langer aan het bezitsvereiste voldaan. Simonis raadt aan in voorkomende gevallen niet alleen de bepalingen in de pandakte, maar ook die in de leningsdocumentatie te verifiëren.

In het besluit van 14 december 2010, *NTRF* 2011/321, *V-N* 2011/3.20 voegt de staatssecretaris aan het voorgaande een goedkeuring toe. Deze komt erop neer dat een fiscale eenheid niet verbreekt als de moedermaatschappij/pandgever bij het uitoefenen van het stemrecht alleen moet overleggen met of toestemming nodig heeft van de pandhouder als het onderwerpen of beslissingen betreft die er louter op zijn gericht om de waarde van de aandelen in de dochter als zekerheidsobject te handhaven. De staatssecretaris geeft in het besluit een (niet-limitatieve) opsomming van onderwerpen die niet tot verbreking of onmogelijkheid tot het aangaan van een fiscale eenheid leiden. Deze opsomming luidt als volgt:

- het verkopen van aandelen;
- het vestigen van (nieuwe) zekerheden ten behoeve van anderen dan de pandhouder;
- statutenwijziging of ontbinding;
- het toekennen van optierechten op de aandelen;

- het uitgeven van nieuwe aandelen;
- het verminderen van de nominale waarde van de aandelen;
- het inkopen van aandelen;
- fusie en splitsing van de vennootschap.

Met deze opsomming worden op voorhand minder onderwerpen gefiatteerd dan door de NOB was voorgesteld. Indien in een voorkomend geval meer onderwerpen zijn genoemd, wil dit niet zonder meer zeggen dat de fiscale eenheid verbreekt. Overwogen zou kunnen worden dit vooraf met de competente inspecteur af te stemmen.

3 INTRAGROEP VORDERINGEN/SCHULDEN

Art. 15ab, lid 6, Wet Vpb 1969 verplicht tot (her)waardering van onderlinge vorderingen en schulden naar bedrijfswaarde, of als dat lager is, de nominale waarde, op het ogenblik onmiddellijk voorafgaand aan het voegingstijdstip. Heeft een maatschappij haar vordering op een andere bij de fiscale eenheid betrokken maatschappij voor het voegingstijdstip afgewaardeerd, dan moet de debiteur zijn schuld tot hetzelfde bedrag verminderen.

Bij de beslissing om een fiscale eenheid aan te gaan wordt weleens vergeten om na te gaan of er onderling leningsverhoudingen zijn waarbij de schuldeiser de vordering heeft afgewaardeerd. Op grond van bovenstaande regeling moet direct voor het moment van het aangaan van de fiscale eenheid, de schuldenaar zijn schuld namelijk op dezelfde waarde stellen als de schuldeiser. Hierdoor kan vrijvalwinst ontstaan. Simonis bespreekt in dit kader de uitspraak van Rechtbank 's-Gravenhage van 13 juli 2011 (nummer 09/6762). In deze uitspraak concludeert de rechtbank dat art. 15ab, lid 6, Wet Vpb 1969 een eigen toepassingsbereik heeft waaronder ook leningen als in art. 10, lid 1, onderdeel d, Wet Vpb 1969 vallen. De rechtbank geeft tevens aan dat zij deze uitkomst onbillijk acht, maar de rechter kan de innerlijke waarde/billijkheid van een wet niet beoordelen.

4 MEE TE GEVEN VERLIEZEN BIJ ONTVOEGING

Simonis bespreekt vervolgens de toepassing van de art. 15af en 15ah Wet Vpb 1969 en gaat in dat kader dieper in op een uitspraak van de Hoge Raad en een uitspraak van Hof Amsterdam over de toepassing van deze artikelen.

Art. 15af Wet Vpb 1969

Voorvoegingsverliezen van een (te ontvoegen) dochter kunnen na het ontvoegingstijdstip nog steeds bij de dochter kunnen worden verrekend. Lid 1, onderdeel b biedt belanghebbenden daarnaast de keuze om fiscale-eenheidsverliezen van een te ontvoegen dochter achter te laten, hetzij aan de dochter mee te geven. Dit is overigens alleen mogelijk indien moeder en dochter gezamenlijk daarom verzoeken en ook het bedrag van de aan de dochter toe te rekenen fiscale-eenheidsverliezen aannemelijk maken. Niet altijd is duidelijk hoe dat bedrag aan verliezen moet worden berekend.

Art. 15ah Wet Vpb 1969

Om te voorkomen dat aan de fiscale eenheid terugwerkende kracht wordt verleend, moet voordat tot verliesverrekening wordt overgegaan een zogenaamde winstsplitsing plaatsvinden. De winst van de fiscale eenheid wordt gesplitst over de afzonderlijke maatschappijen van de fiscale eenheid. Deze toerekening vindt plaats alsof de maatschappijen geen deel uit maken van de fiscale eenheid. Bovendien vindt toerekening slechts plaats voor zover de winst bij de fiscale eenheid tot uitdrukking komt. Daarnaast zijn bijzondere regels gegeven in lid 2 en 3.

HR 13 mei 2011 (BNB 2011/217) en Hof Amsterdam 21 april 2011 (nummer 09/00117)

In beide zaken vindt binnen de fiscale eenheid, vóór de ontvoeging van de dochtermaatschappij (debiteur), een kwijtschelding van een schuld plaats. De vraag is of de hiermee samenhangende kwijtscheldingswinst de met de dochtermaatschappij mee te geven fiscale-eenheidsverliezen vermindert.

In BNB 2011/217 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze kwijtscheldingswinst niet in aanmerking hoeft te worden genomen, aangezien deze winst bij de dochtermaatschappij binnen de fiscale eenheid wordt gecompenseerd door een even groot kwijtscheldingsverlies bij de moedermaatschappij, zodat er per saldo geen effect is op het resultaat van de fiscale eenheid.

In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de regeling van de zelfstandige winstberekening van art. 15ah Wet Vpb 1969 niet van toepassing is op de regeling van het met een dochtermaatschappij 'mee te geven' fiscale-eenheidsverlies op grond van art. 15af, lid 1, onderdeel b, Wet Vpb 1969. De kwijtscheldingswinst van de dochtermaatschappij (die binnen de fiscale eenheid dus 'weggesaldeerd' wordt met het kwijtscheldingsverlies van de moedermaatschappij) hoefde derhalve niet in mindering te worden gebracht op het met de dochtermaatschappij mee te geven fiscale-eenheidsverlies.

Ook Hof Amsterdam komt tot dit oordeel in zijn uitspraak van 21 april 2011 (het hof kon zich, gegeven de datum van de uitspraak, uiteraard niet baseren op het arrest van de Hoge Raad, maar had op het moment van uitspraak wel de conclusie van Advocaat-Generaal Wattel die gewezen was in eerstgenoemde zaak voorhanden). De kwijtscheldingswinst vermindert het mee te geven fiscale-eenheidsverlies niet. De staatssecretaris had in eerste instantie hoger beroep ingesteld tegen deze beslissing van het hof, maar naar aanleiding van BNB 2011/217 heeft de staatssecretaris zijn cassatieberoep ingetrokken.

Simonis wijst erop dat de rechter hiermee bij het berekenen van de mee te geven verliezen lijkt te kiezen voor een redelijke en pragmatische oplossing voor problemen waarvoor men zich in de praktijk geplaatst ziet.

5 FUSIE, VERBREKING EN ART. 15AI WET VPB 1969

Simonis bespreekt het arrest van de Hoge Raad van 8 oktober 2010 (nummer 08/04644) waarin de vraag aan de orde is of de zestiende standaardvoorwaarde

(thans: art. 15ai Wet Vpb 1969) kan worden getoetst aan de Fusierichtlijn en daarmee strijdig is.

De casus is als volgt. Belanghebbende heeft haar onderneming bij oprichting (31 maart 1998) binnen fiscale eenheid tegen uitreiking van aandelen ingebracht in haar dochter (bedrijfsfusie). Belanghebbende en dochter vormen met ingang van de oprichting van die dochter een fiscale eenheid. Op 4 december 2000, dus binnen de termijn van de toentertijd geldende zestiende standaardvoorwaarde, heeft belanghebbende een deel van haar aandelen in de dochter verkocht. De inspecteur constateert een overtreding van de zestiende standaardvoorwaarde, en stelt een herwaarderingswinst vast. Belanghebbende beroept zich op strijdigheid met de Fusierichtlijn. De Hoge Raad oordeelt dat dit beroep faalt omdat in casu sprake is van twee Nederlandse vennootschappen (en de Fusierichtlijn alleen van toepassing is als meerdere lidstaten zijn betrokken). Daarnaast stelt de Hoge Raad dat op de bedrijfsfusie en de latere aandelenverkoop het fiscale eenheidsregime van toepassing is, en niet het regime van art. 14 Wet Vpb 1969. Dat bepaalde begrippen uit art. 14 Wet Vpb 1969 moeten worden uitgelegd in het kader van de Fusierichtlijn is in casu niet relevant.

In deze zaak was sprake van verbreking van de fiscale eenheid door een rechtshandeling die niet onder de Fusierichtlijn viel. De vraag is of de rechter tot een gelijk oordeel zal komen indien na een schuiftransactie binnen fiscale eenheid de overnemer bijvoorbeeld juridisch wordt gefuseerd in een Duitse verkrijgende vennootschap met achterlating van een vaste inrichting in Nederland waaraan alle activa/passiva van de verdwenen fiscale eenheidsdochter kunnen worden toegerekend. In dat geval is er wel toegang tot de Fusierichtlijn. Simonis geeft aan dat je uit het bovengenoemde arrest niet mag concluderen dat de Fusierichtlijn niet toegepast kan worden in een dergelijke casus. Verbreking is een gevolg van de juridische fusie en hoewel toepassing van art. 15ai Wet Vpb 1969 aan de orde komt door een combinatie van schuiftransactie en verbreking, zijn er minder belemmerende mogelijkheden om de claim veilig te stellen.

Papillon

In het licht van de fiscale eenheid vanuit Europees perspectief bespreekt Simonis HvJ EG 27 november 2008, zaak C-418/07, NTFR 2008/2404, V-N 2008/59.20 (Papillon).

Papillon, gevestigd in Frankrijk, hield via een in Nederland gevestigde dochter vrijwel het volledige belang in een wederom in Frankrijk gevestigde kleindochter. Papillon wenste met haar kleindochter fiscaal te integreren in Frankrijk (hetgeen vergelijkbare effecten zou opleveren als het aangaan van een fiscale eenheid in Nederland). De Franse belastingdienst weigerde fiscale integratie omdat de aandelen in de kleindochter niet werden gehouden via een belang in een eveneens in de fiscale integratie opgenomen dochter die was gevestigd in Frankrijk.

Het hof oordeelde dat sprake was van discriminatie bij vergelijking met de situatie waarin het belang in de kleindochter zou zijn gehouden door een wel

in Frankrijk gevestigde dochter. Hoewel door de weigering het dubbel in aanmerking nemen van verliezen van de kleindochter kon worden voorkomen, meende het hof dat dit doel ook op een minder vergaande wijze kon worden bereikt. Het concludeert dat sprake is van strijd met de vrijheid van vestiging en oordeelt dat de fiscale eenheid moet worden toegestaan.

Op basis van het arrest Papillon loopt een aantal procedures in Nederland:

- Rechtbank Haarlem 25 januari 2011 (nummer 08/7950).
In casu verzocht belanghebbende om een Nederlandse fiscale eenheid tussen een Duitse moeder, een Duitse dochter en vier Nederlandse (klein)dochters of een Nederlandse fiscale eenheid tussen twee Nederlandse zusters. De rechtbank wees beide verzoeken af, omdat volgens haar geen toegang bestaat tot het Verdrag betreffende de werking van de EU. Volgens de rechtbank is sprake van een geheel interne situatie.
- Rechtbank Haarlem 9 juni 2011 (nummer 10/02288).
Belanghebbende verzoekt om een fiscale eenheid, terwijl de belangen in de Nederlandse (klein)dochtermaatschappijen indirect (via Duitse tussenhoudsters) worden gehouden. In casu wordt door belanghebbende gesteld dat een weigering inbreuk maakt op de vrijheid van vestiging. De rechtbank staat de verzochte fiscale eenheid toe. Hierbij is van belang dat dit geschil alleen geldt voor het jaar 2009. In 2009 zijn geen verliezen aanwezig bij de kleindochters en vanaf 2010 wordt aan de wettelijke vereisten voldaan. Simonis is er niet van overtuigd dat dit oordeel stand zal houden bij de Hoge Raad of het Hof van Justitie. Hij verwijst daarbij onder meer naar het arrest X-Holding waarin is bepaald dat een onderscheid in bepaalde situaties wel toegestaan is.
- Rechtbank Haarlem 14 september 2011 (nummer 10/03865).
Belanghebbende verzoekt om voeging van een dochter in de fiscale eenheid die gehouden wordt via een Duitse GmbH. In casu staat de rechtbank de verzochte Papillon-fiscale eenheid toe. Daarbij worden de overwegingen in de uitspraak van 9 juni 2011 goeddeels herhaald. De rechtbank geeft aan dat bepalingen die vergelijkbaar zijn aan art. 34/35 Besluit Fiscale Eenheid 2033 dubbele verliesverrekening kunnen voorkomen en minder beperkend zijn dan uitsluiting zonder tegenbewijs.

Naast de lopende procedures is de Europese Commissie op 16 juni 2011 een inbreukprocedure gestart die betrekking heeft op de mogelijkheid van een fiscale eenheid tussen Nederlandse zustermaatschappijen met een EU-moeder. Volgens de Europese Commissie is het Nederlandse regime in strijd met de vrijheid van vestiging. De Europese Commissie ziet geen rechtvaardigingsgrond. De Europese Commissie is van mening dat het Hof van Justitie zich al heeft uitgesproken over dergelijke discriminerende regimes (in het arrest Papillon). De Europese Commissie heeft aan Nederland verzocht om haar fiscale-eenhedsregime aan te passen.

6 EXITHEFFING

In Nederland gevestigde vennootschappen die hun fiscale vestigingsplaats naar het buitenland verplaatsen, moeten bij die gelegenheid afrekenen over de

meerwaarden (zoals de stille en fiscale reserves) die in hun ondernemingsvermogen besloten liggen. Simonis bespreekt de uitspraak van 15 juli 2010 waarin het Hof Amsterdam aan het Europese Hof van Justitie prejudiciële vragen heeft gesteld over de geoorlooftheid van de Nederlandse eindafrekening – zoals deze luidde voor het jaar 2000 – in het licht van het Europese recht.

In casu betrof het een Nederlandse vennootschap die eind 2000 haar feitelijke leiding naar Groot-Brittannië had verplaatst. Tot het vermogen van deze vennootschap behoorde een vordering op een groepsmaatschappij die in Britse ponden luidde. Als gevolg van de stijging van het Britse pond ten opzichte van (destijds) de Nederlandse gulden, school in deze groepsvordering een meerwaarde.

Als gevolg van de verplaatsing van de feitelijke leiding van belanghebbende naar Groot-Brittannië heeft de inspecteur met toepassing van de eindafrekeningsbepaling de meerwaarde in de heffing van vennootschapsbelasting betrokken. Belanghebbende is het niet eens met de eindafrekening. Een van de argumenten betrof de vraag of de eindafrekeningsbepaling in strijd is met het Europese recht. Met betrekking tot dit argument heeft het hof besloten prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.

Op 29 november 2011 heeft het Europese Hof van Justitie arrest gewezen in de zaak *National Grid Indus (C-317/10)*. Het Hof van Justitie overwoog dat de verplaatsing van de werkelijke leiding niet de hoedanigheid van vennootschap naar Nederlands recht aantast. Bij verplaatsing binnen Nederland zou niet tot een eindheffing worden gekomen. De lijn die door het Europese Hof van Justitie is uitgezet voor emigrerende natuurlijke personen in *Lasteyrie du Saillant* en de N-zaak wordt echter niet doorgetrokken naar rechtspersonen die hun werkelijke leiding verplaatsen. Het vaststellen van een aanslag bij emigratie kan zijn gerechtvaardigd in het licht van handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten. Het Hof van Justitie besliste dat slechts een eindheffingsregeling, waarbij zonder uitstel­mogelijkheid meteen moet worden afgerekend over de latente meerwaarden bij verplaatsing van de werkelijke leiding van een vennootschap naar een andere lidstaat, niet aan het evenredigheidsbeginsel voldoet en daarom strijdig is met EU-recht. Belanghebbende moet de keuze worden geboden feitelijke betaling uit te stellen. Daarbij mag de vertrek­lidstaat invorderingsrente rekenen en zekerheden bedingen. Voorts kunnen aan de belanghebbende die om uitstel van heffing verzoekt, rapportageverplichtingen worden opgelegd teneinde bij realisatie van het voordeel tot invordering van de aanslag over te gaan.

Hoewel met name bij meer complexe bedrijfsverplaatsingen, mede gezien de step up in basis die normaliter in het land van binnenkomst zal worden verkregen, wel iets valt te zeggen voor de door het Europese Hof van Justitie gekozen lijn, illustreert het arrest dat voor rechtspersonen op het gebied van directe belastingen van één gemeenschappelijke markt nog geen sprake is. De landsgrenzen zijn nog voorzien van een stevig fiscaal hekwerk.

Op 16 maart 2011 publiceerde de Europese Commissie de langverwachte ontwerprichtlijn inzake een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting ('CCCTB').

De ontwerprichtlijn voorziet in een set van regels op grond waarvan binnen de betreffende EU-lidstaten de winstbepaling op uniforme grondslag plaatsvindt. Daarnaast voorziet de ontwerprichtlijn in de mogelijkheid een grensoverschrijdende fiscale eenheid te vormen. In het ontwerp kan de belanghebbende kiezen of van de gemeenschappelijke grondslag gebruik wordt gemaakt. Indien daarvoor wordt gekozen, is consolidatie met groepsmaatschappijen verplicht. In vergelijking tot de nationale regelingen zoals vervat in wet- en regelgeving en jurisprudentie, voorziet de ontwerprichtlijn in een grofmazige regelgeving op hoofdlijnen. Bij toepassing in de praktijk zullen belanghebbenden die hebben geopteerd voor CCCTB tegen veel vragen aanlopen waarop de richtlijn niet de antwoorden geeft. Belastingdiensten van de betrokken lidstaten zullen geneigd zijn lacunes in te vullen vanuit hun eigen denkkader en daarbij zijn verschillen tussen lidstaten niet uit te sluiten. In feite moeten binnen CCCTB alle vraagpunten met betrekking tot winstbepaling en consolidatie waarvoor binnen de afzonderlijke lidstaten over de laatste decennia een uitwerking is gevonden, op gemeenschappelijk niveau tot een uniforme toepassing worden gekomen. Het uitgangspunt van CCCTB is dat voeging plaatsvindt voor de fiscale boekwaarden zoals deze op het moment van voeging gelden. Vervolgens wordt het geconsolideerde resultaat bepaald dat via een verdeelsleutel aan de lidstaten ter heffing wordt toegerekend. Op het toegerekende deel wordt het in die lidstaat geldende tarief toegepast.

Simonis geeft aan dat indien voldoende politiek draagvlak voor de richtlijn kan worden gevonden, deze ontwikkeling op langere termijn grote gevolgen kan hebben, niet alleen voor belastingplichtigen, maar ook voor hun adviseurs en de betrokken belastingdiensten. CCCTB vormt niet alleen een enorme uitdaging, maar kan ook een grote stap voorwaarts zijn naar een gemeenschappelijke markt voor die heffing van directe belastingen van rechtspersonen.

Het onderwerp 'fiscale eenheid' is een breed onderwerp. Desondanks weet Paul Simonis op heldere wijze een aantal kernpunten naar voren te brengen die van belang zijn voor de praktijk. Afgesloten wordt met de boodschap dat het regime van de fiscale eenheid reeds lange tijd bestaat en steeds maar in beweging blijft. Fiscalisten zullen deze ontwikkelingen op de voet moeten volgen. Gezien de onbekendheid met de ontwikkelingen rond CCCTB lijkt hier voor de aanwezigen een taak te liggen. Het goede nieuws is echter dat zij hier volgens Simonis ook nog wel even de tijd voor hebben.



De NTFR applicatie biedt fiscale professionals continu en overal het laatste nieuws binnen het vakgebied

Voor meer informatie bezoek onze website
www.rechtinfiscaal.nl/ntfr-app

Voor andere vragen kunt u een mail sturen
ipadntfr@sdu.nl

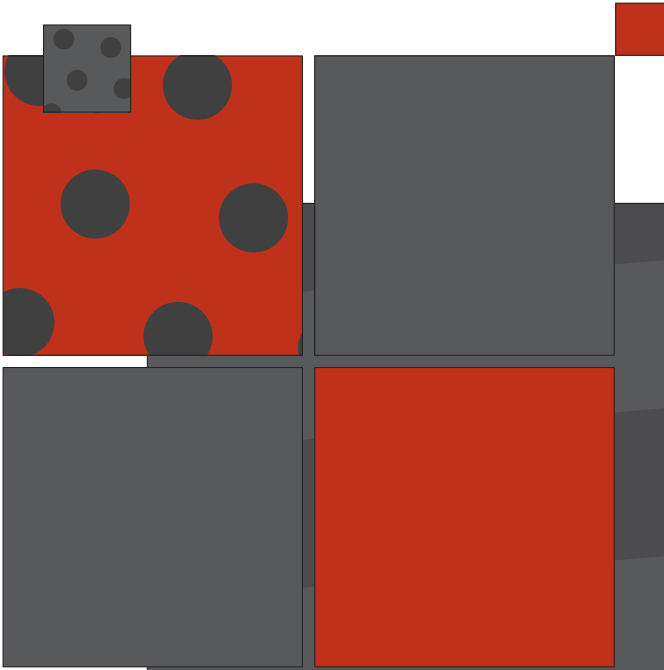
NTFR

Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht



Fiscale kracht





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 2011.