

PKF Wallast **Adviesreeks**



Fiscaal vriendelijk ondernemen

Fiscaal vriendelijk ondernemen

door

Mr. drs. R.T.E. (René) van Dijk RA RV

Mr. W.J.G. (Wim) Hagens

J.H.W. (Hans) van Hamersveld RA

Mr. J.D. (Jan) Roeland

Prof. dr. J.C.M. (Hans) van Sonderen

Drs. A.T. (Andor) Valkenburg

C.H.C. (Cynthia) van Vugt AA

Oktober 2014

Foto cover: Johannes Vermeer, *Gezicht op Delft*, ca. 1660-1661

De auteur(s) en de uitgever zijn zich volledig bewust van hun taak een zo betrouwbaar mogelijke uitgave te verzorgen. Toch kunnen zij geen aansprakelijkheid aanvaarden voor onjuistheden die eventueel in deze uitgave voorkomen. Daarnaast wijzen wij de lezer van deze uitgave erop dat het onverstandig is zonder overleg met een ter zake kundige (belasting)adviseur enkel op basis van deze uitgave stappen te ondernemen.

Alle rechten voorbehouden. Niets in deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm, enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur(s) en/of PKF Wallast. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3060 2130 KB Hoofddorp).

Inhoud

Inleiding

1	Rechtsvormen	8
1.1	Inleiding	8
1.2	Belang van de keuze	8
1.2.1	Eenmanszaak	8
1.2.2	Maatschap en de Vennootschap onder firma	9
1.2.3	Commanditaire Vennootschap	10
1.2.4	Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid	10
1.2.5	Coöperatie	11
1.3	Fiscale kenmerken	12
1.3.1	Inleiding	12
1.3.2	Eenmanszaak/ Vo.f./ Maatschap	12
1.3.3	Commanditaire Vennootschap ("C.V.")	13
1.3.4	Man-vrouw firma weer aantrekkelijk?	14
1.3.5	B.V.	15
1.3.6	Limited Liability Partnership	15
1.4	Afweging IB-onderneming of B.V.	17

2 Waaronder uitstel van belastingheffing?

2.1	Inleiding	20
2.2	De voordelen van uitstel	20
2.3	Voordeel van uitstel van dividend afhankelijk van het nettorendement	20

3 Mogelijkheden voor fiscale optimalisatie in de IB

3.1	Fiscale voorzieningen en reserves	23
3.2	Optimalisatie van voorzieningen	23
3.3	Optimalisatie van reserves	24
3.3.1	Herinvesteringsreserve	24
3.3.2	De kostenegaliseringsreserve	25

4 Mogelijkheden voor fiscale optimalisatie in de Vpb

4.1	Inleiding	26
4.2	De herinvesteringsreserve	26
4.3	De fiscale eenheid	29
4.3.1	Inleiding	29
4.3.2	De eisen voor het aangaan van een fiscale eenheid	29
4.3.3	Wanneer eindigt een fiscale eenheid?	30
4.3.4	De voordelen van een fiscale eenheid	30
4.3.5	De nadelen van een fiscale eenheid	31

5	Fiscale gevolgen nieuw B.V.-recht in hoofdlijnen	
5.1	Inleiding	32
5.2	Vennootschapsbelasting	32
5.3	Stemrechtloze en winstrechtloze aandelen	32
5.3.1	Inleiding	32
5.3.2	“Verbonden lichaam”	32
5.3.3	Het begrip “belang”	32
5.4	Deelnemingsvrijstelling	33
5.5	Bedrijfsfusie	33
5.6	Fiscale eenheid	33
5.7	Aanmerkelijk belang	34
5.7.1	Inleiding	34
5.7.2	Soort aandelen	34
5.7.3	Aandelen zonder stemrecht	34
5.7.4	Gevolgen aanmerkelijk belang	35
5.8	Dienstbetrekking van bestuurder en commissaris	35
5.9	Overdrachtsbelasting	35
6	Innovatiebox	
6.1	Inleiding	36
6.2	Keuze voor een vast bedrag	36
6.3	Boxdrempel	36
6.4	Modellen voor berekening van het innovatieboxvoordeel	37
6.5	Tot slot	45
7	Fiscaal afwijkende waarderingen	
7.1	Inleiding	46
7.2	Waardering en afschrijving van materiële vaste activa	46
7.3	Willekeurige afschrijving	46
7.4	Waardering van voorraden	47
7.5	Waardering van onderhanden werk	49
7.6	Statische en dynamische voorziening dubieuze debiteuren	49
7.7	Waardering van deelnemingen en goodwill	50
7.8	Pensioenvoorziening	51
7.9	Komt de pensioenreserve (voor de DGA) eraan?	53
8	De werkkamer	
8.1	Inleiding	55
8.2	De werkkamer en BTW	55
8.3	De werkkamer in de IB	57
8.4	Overdrachtsbelasting	60

9	Renteaftrekbeperkingen	
9.1	Inleiding	61
9.2	Lening fiscaal herkwalficeren als kapitaal	61
9.3	Kapitaal fiscaal herkwalficeren als lening	61
9.4	Onzakelijke lening	63
9.5	Renteaftrekbeperkingen	66
10	Afgewaardeerde vorderingen	
10.1	Inleiding	69
10.2	Anti-ontgaansbepaling WEL van toepassing	69
10.3	Anti-ontgaansbepaling NIET van toepassing	70
11	Faillerende dochter	
11.1	Inleiding	72
11.2	Liquidatieverliesregeling in de deelnemingsvrijstelling	72
11.3	Fiscale eenheid	73
11.3.1	Buiten de fiscale eenheid	73
11.3.1.1	Failissement	73
11.3.1.2	In het zicht van failissement	74
11.3.2	Binnen de fiscale eenheid	74
11.3.2.1	Failissement	74
12	Overdrachtsbelastingstructuren	
12.1	Inleiding	75
12.2	Algemeen: Wie, wat, waar?	75
12.3	Tarief 2% / 6%	75
12.4	Onroerendezaaklichamen	76
12.5	Kwalificatie 'nieuwe' onroerende zaak	77
12.6	Wat kun je doen om de overdrachtsbelasting te beperken?	78
13	Estateplanning	
13.1	Inleiding	80
13.2	Wettelijke verdeling	81
13.3	Testament	82
13.4	Ondernemingsvermogen	82
13.5	Enkele civielrechtelijke begrippen	83
13.5.1	Inleiding	83
13.5.2	Tweetrapsmaking	84
13.5.3	Herroepelijke schenking	85
13.5.4	De uitsluitingsclausule	86
13.5.5	Nominaliteitsleer/ beleggingsleer	86
13.5.6	Overgang naar gemeenschap	87
13.5.7	"Reparatie" huwelijksgemeenschap	87
13.5.8	Keuzeleegat	88

13.5.9	Plaatsvervulling	88
13.5.10	Afzullegaat	88
13.5.11	Legitieme portie	88
13.5.12	Boedelafwikkeling	88
13.6	Bedrijfsopvolgingsregeling	89
13.6.1	De faciliteit in de successiewet	89
13.6.2	De faciliteit in de inkomstenbelasting	90
13.6.3	Ondernemingsvermogen	91
13.6.4	TBS-vermogen	92
13.6.5	Aanmerkelijkbelangaandelen en dergelijke	92
13.6.6	Herziening	92
13.6.7	Keuze overdracht onderneming bij leven of na overlijden	92
13.6.8	Optimaliseren gebruik bedrijfsopvolgingsfaciliteit	93
13.7	Bedrijfsopvolging via cumprefs	93

14 Internationale aspecten

Inleiding

Deze uitgave in de PKFWallast Adviesreeks "Fiscaal vriendelijk ondernemen" maakt deel uit van een drieluik: "Fiscaal vriendelijk belonen", "Fiscaal vriendelijk beleggen" en "Fiscaal vriendelijk ondernemen". De boeken zijn geschreven ter gelegenheid van de avond, die onze organisatie in oktober 2014 heeft georganiseerd in het Mauritshuis te Den Haag.

"Fiscaal vriendelijk ondernemen" gaat in op de mogelijkheden om de ondernemingsactiviteiten op een fiscaal vriendelijke manier vorm te geven, waarbij ook stilgestaan wordt bij de (bijzondere) positie van de directeur-grotaandeelhouder.

Deze uitgave is tot stand gekomen met bijdragen van mr. drs. R.T.E. (René) van Dijk RA RV (vestiging Delft), mr. W.J.G. (Wim) Hagens (vestiging Rotterdam), J.H.W. (Hans) van Hamersveld RA (vestiging Woerden), mr. J.D. (Jan) Roeland (vestiging Amsterdam), prof. dr. J.C.M. (Hans) van Sonderen (vestiging Delft), drs. A.T. (Andor) Valkenburg (vestiging Amsterdam) en C.H.C. (Cynthia) van Vugt AA (vestiging Delft).

Mochten onderwerpen in deze uitgave aanleiding geven tot verder overleg, dan kunt u uiteraard contact opnemen met uw adviseur of één van de schrijvers van deze uitgave. Wellicht dat deze uitgave u in ieder geval verder brengt op de zoektocht naar de meest optimale ondernemingsvorm, zowel vanuit juridische als fiscale optiek.

Wij wensen u veel leesplezier toe.



René van Dijk



Wim Hagens



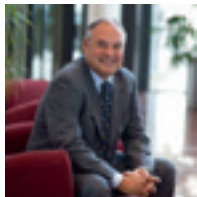
Hans van Hamersveld



Jan Roeland



Hans van Sonderen



Andor Valkenburg



Cynthia van Vugt

1 Rechtsvormen

1.1 Inleiding

Voordat een ondernemer van start gaat, beslist de ondernemer in welke vorm hij/zij de onderneming gaat uitoefenen: alleen of samen met anderen. De ondernemer kan er ook voor kiezen om, eventueel samen met anderen, een zogenoemde rechtspersoon in het leven te roepen.

De vorm, die gekozen wordt voor de uitoefening van uw onderneming, heet rechtsvorm. De rechtsvorm is niet alleen van belang voor aansprakelijkheid, maar is ook van invloed op de belastingverplichtingen. Zo is een rechtspersoon de eigenaar van de onderneming en daarmee belastingplichtig voor de winst uit onderneming.

Deze uitgave gaat over fiscaal vriendelijk ondernemen. Zoals hiervoor aangegeven, is de rechtsvorm bepalend voor de belastingverplichtingen. Om die reden wordt er in deze paragraaf kort stilgestaan bij de verschillende rechtsvormen. In de volgende hoofdstukken wordt ingegaan op de diverse fiscale aspecten, maar niet onbelangrijk is dat er, behalve fiscale aspecten, voordat een keuze van ondernemingsvorm wordt gemaakt, ook naar een belangrijk ander aspect gekeken moet worden en dat is de aansprakelijkheid. Als een ondernemer (natuurlijk persoon) de onderneming zelf drijft (eenmanszaak) of samen met andere natuurlijke personen (bijvoorbeeld in de vorm van een maatschap of V.o.f.), is de ondernemer aansprakelijk voor de schulden van de onderneming. Bij een rechtspersoon is de ondernemer in principe niet aansprakelijk, maar is de rechtspersoon aansprakelijk. Daar staat dan wel tegenover dat de ondernemer, eventueel samen met medeoprichters, kapitaal moet inbrengen in de rechtspersoon.

Er kan gekozen worden voor één van de volgende bekende rechtsvormen:

- Eenmanszaak
- Maatschap en Vennootschap onder firma (V.o.f.)
- Commanditaire Vennootschap (C.V.)
- Besloten Vennootschap (B.V.)
- Naamloze Vennootschap (N.V.)
- Vereniging, Stichting, Coöperatie en Onderlinge Waarborgmaatschappij.

Een eventueel alternatief is de Limited Liability Partnership ("LLP"). Diverse grote maatschappen hebben inmiddels voor deze (buitenlandse) rechtsvorm gekozen.

1.2 Belang van de keuze

In deze uitgave zal nader in worden gegaan op de fiscale aspecten voor een keuze. In deze paragraaf komen eerst een aantal juridische aspecten aan bod.

1.2.1 Eenmanszaak

De eenmanszaak is niet als een aparte rechtsvorm in de wet geregeld. De middelen, waarmee de activiteit van een onderneming wordt verricht, behoren toe aan een natuurlijk persoon, de eigenaar van de eenmanszaak.

Fiscaal kan het aantrekkelijk zijn de onderneming in de vorm van een eenmanszaak te drijven, maar als het met de onderneming financieel minder goed gaat, dan kan dit gevolgen hebben in privé.

Bij verhaal door crediteuren wordt geen onderscheid gemaakt tussen privé- en ondernemingsvermogen.

Gezamenlijk vermogen van echtgenoten wordt als geheel beschouwd als de echtgenoten in gemeenschap van goederen zijn gehuwd.

Vanwege het aansprakelijkheidsrisico kiezen veel ondernemers voor een B.V.

1.2.2 Maatschap en de Vennootschap onder firma

De maatschap is een overeenkomst, waarbij twee of meer personen zich jegens elkaar verbinden om iets in gemeenschap in te brengen om daaruit ontstaan voordeel met elkaar te delen.

De V.o.f. is een maatschap, die is aangegaan voor de uitoefening van een bedrijf onder een gemeenschappelijke naam. Bij een maatschap is er geen verplichting onder een gemeenschappelijke naam op te treden. Wanneer onder gemeenschappelijke naam wordt gehandeld, is er sprake van een openbare maatschap, waarin alleen beoefenaren van vrije beroepen kunnen samenwerken.

De drie belangrijkste verschillen tussen de maatschap en de V.o.f. liggen op het terrein van het afgescheiden vermogen, de vertegenwoordigingsbevoegdheid en de hoofdelijke aansprakelijkheid.

Afgescheiden vermogen

De V.o.f. heeft volgens vaste rechtspraak een afgescheiden vermogen. Schuldeisers van de V.o.f. hebben bij verhaal op het vennootschapsvermogen voorrang boven eventuele privéschuldeisers van de vennoten en kunnen zich rechtstreeks verhalen op dat vennootschapsvermogen.

De maatschap kan niet bogen op dergelijke jurisprudentie. Door een enkele lagere rechter is de maatschap een afgescheiden vermogen zelfs ontzegd. Met name voor de openbare maatschap wordt dat onbevredigend geacht, omdat zij, handelend onder eigen naam, in het maatschappelijk verkeer als eenheid optreedt.

Vertegenwoordiging

Voor wat betreft de vertegenwoordiging van de maatschap wordt een onderscheid gemaakt tussen beheersdaden en beschikkingsdaden. Van beheer is er sprake bij handelingen, die in het licht van het doel van de maatschap tot de gewone gang van zaken behoren. Beschikkingsdaden zijn de andere handelingen, dus de daden, die niet tot de dagelijkse normale beroeps- of bedrijfsuitoefening behoren (bijvoorbeeld de aankoop van een pand, waarin de maatschap zal worden gedreven). Bij de maatschap hebben alle maten, tenzij het tegendeel bedongen is, afzonderlijk beheersbevoegdheid, maar slechts allen samen hebben beschikkingsbevoegdheid. Zonder uitdrukkelijke machtiging van de andere maten is een maat niet bevoegd om beschikkingsdaden te verrichten. Dit onderscheid tussen beheers- en beschikkingsdaden geldt niet voor de V.o.f. Beperkingen kunnen echter wel voortvloeien uit de vennootschapsakte en het doel van de V.o.f.

Beperkingen van bevoegdheid hebben alleen werking ten opzichte van derden als deze juist zijn ingeschreven in het handelsregister!

Aansprakelijkheid

Als een maat als bevoegd vertegenwoordiger namens de maatschap heeft gehandeld, zijn alle maten jegens de derde met wie is gehandeld, voor gelijke delen aansprakelijk. Heeft een maat gehandeld in strijd met zijn bevoegdheid, dan bindt hij de maatschap niet, tenzij:

1. alle maten achteraf de rechtshandeling goedkeuren, of
2. de rechtshandeling ten voordele van de maatschap heeft gestrekt, of
3. de rechtshandeling krachtens zaakwaarneming verbintenissen voor en jegens de andere maten in de maatschap in het leven roept, of
4. de andere maten jegens de derde de schijn hebben gewekt, dat de onbevoegd handelende maat wél bevoegd was.

Bij de V.o.f. zijn de vennoten hoofdelijk aansprakelijk voor alle schulden van de V.o.f.

De schuldeisers hebben de mogelijkheid de V.o.f. of de firmanten afzonderlijk aan te spreken voor het volledige bedrag; de keuze ligt geheel bij de schuldeisers.

1.2.3 Commanditaire Vennootschap

De Commanditaire Vennootschap is de vennootschap, waarin één of meer personen beheer voeren en hoofdelijk aansprakelijk zijn, terwijl daarnaast één of meer commanditaire vennoten (geldschieters) bestaan. Deze rechtsvorm is vergelijkbaar met de V.o.f. en heeft bij meerdere beherende vennoten ook een afgescheiden vermogen.

De commanditaire vennoot mag zich niet als beherend vennoot gedragen. Doet hij dat wél, dan kan dit voor hem betekenen dat hij, net als de beherend vennoot, hoofdelijk aansprakelijk wordt voor de schulden van de Commanditaire Vennootschap.

1.2.4 Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

De B.V. is een rechtspersoon met een in aandelen verdeeld kapitaal, waarin iedere aandeelhouder voor één of meer aandelen deelneemt.

De B.V. kent twee vormen:

1. de gewone B.V.
2. de structuur B.V. (de organisatiestructuur dient dan te voldoen aan een aantal wettelijke bepalingen).

De B.V. wordt opgericht door middel van een notariële akte. Het geplaatste kapitaal moet tenminste € 0,01 zijn. De aandeelhouder is in beginsel niet verder aansprakelijk dan het bedrag dat op zijn aandelen gestort moet worden, maar de aandeelhouder kan wel aansprakelijk worden voor schulden van de B.V. als hij zeggenschap heeft over het beleid van de B.V., onrechtmatige handelingen heeft verricht (bijvoorbeeld ongeoorloofde vermogensonttrekkingen) of de onjuiste schijn van kredietwaardigheid heeft gewekt, terwijl hij wist of behoorde te weten dat schuldeisers van de B.V. hierdoor zouden worden benadeeld. Ook kan hij aansprakelijk zijn voor de terugbetaling van ontvangen uitkeringen als hij wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de B.V. niet kan voortgaan met betalingen van opeisbare schulden als gevolg van de uitkering.

Als de aandeelhouder ook bestuurder is, dan kan hij ook als bestuurder aansprakelijk zijn voor schulden van de vennootschap.

Artikel 2:9 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de bestuurder gehouden is zijn taken jegens de vennootschap behoorlijk te vervullen. Een nadere invulling van dit criterium geeft de wet echter niet. De Hoge Raad heeft bepaald dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur als de bestuurder een 'ernstig verwijt' kan worden gemaakt. Er is sprake van een ernstig verwijt als een redelijk handelend en ervaren bestuurder in dezelfde omstandigheden van de gewraakte beslissing had afgezien. Als er sprake is van onbehoorlijk bestuur, is de bestuurder jegens de vennootschap persoonlijk aansprakelijk voor de schade.

Als een rechtspersoon failliet wordt verklaard, dan zal ook naar het bestuur gekeken worden. De wet verschaft de curator een exclusieve bevoegdheid om de bestuurders en beleidsbepalers van een failliete vennootschap (dit geldt ook voor de bestuurder van een N.V.) persoonlijk aansprakelijk te stellen:

“In het geval van faillissement van de vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden, voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.”

De toets valt uiteen in twee onderdelen. Allereerst moet vaststaan dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Vervolgens moet aannemelijk worden gemaakt dat dit onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Deze bewijslast ligt bij de curator en stelt hem voor de moeilijke opgave om het onbehoorlijke bestuur te bewijzen. De wetgever is de curator hierin tegemoet gekomen door in een tweetal gevallen uitdrukkelijk vast te leggen wanneer het bestuur zijn taken onbehoorlijk heeft vervuld.

Dit is het geval als:

- het bestuur heeft nagelaten om een behoorlijke boekhouding te voeren, waaruit de rechten en verplichtingen van de vennootschap blijkt
- het bestuur nalaat om de jaarrekening binnen 13 maanden na afloop van het boekjaar te publiceren bij de Kamer van Koophandel.

In deze gevallen staat onweerlegbaar vast dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat dit onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De bewijslast wordt hiermee omgekeerd. Het is nu aan de bestuurder om aan te tonen dat het niet bijhouden van de administratie, of het niet deponeren van de jaarrekening, *geen* belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. In veel gevallen zal het bestuur hier niet in slagen. In gevallen waarin een enkele jaarrekening te laat is gedeponerd, kan nog met succes worden betoogd dat dit geen belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest als er een andere van buitenaf komende oorzaak van het faillissement aan te wijzen is (denk bijvoorbeeld aan de economische crisis). Als de boekhouding echter niet op orde is, dan zal het bestuur veelal niet in dit bewijs kunnen slagen, omdat het voeren van een deugdelijke administratie als een kerntaak van het bestuur moet worden beschouwd.

Aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW brengt met zich mee dat het bestuur hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement.

Fiscale aansprakelijkheid

Artikel 36 Invoeringswet bepaalt dat een bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor bepaalde door de vennootschap verschuldigde belastingen. Bestuurdersaansprakelijkheid treedt in als niet tijdig melding is gemaakt van het feit dat de vennootschap haar belastingschulden niet zal kunnen betalen. Om aansprakelijkheid te ontlopen, dient binnen 14 dagen, nadat de belasting verschuldigd is, schriftelijk betalingsonmacht te worden gemeld.

Deze vorm van aansprakelijkheid komt regelmatig voor na het faillissement van de vennootschap. De vennootschap is dan immers niet meer in staat om de belastingschulden te voldoen en de schulden worden vervolgens verhaald op de bestuurder, tenzij de bestuurder kan aantonen dat het onbetaald laten van de belastingen niet aan hem te wijten is.

1.2.5 Coöperatie

De Coöperatie is een rechtspersoon, die bij notariële akte wordt opgericht. Er dienen tenminste twee oprichters (leden) te zijn voor de oprichting van een Coöperatie. De Coöperatie is in feite het verlengstuk van de onderneming van de leden, maar anderzijds heeft de Coöperatie haar eigen onderneming. Coöperaties komen vooral voor in de agrarische sector en een ander bekend voorbeeld is de Rabobank. De laatste tijd wordt de Coöperatie regelmatig gebruikt in internationale structuren (zie hoofdstuk 14).

De regels voor het lidmaatschap van een Coöperatie volgen de regels voor het lidmaatschap van een vereniging in het algemeen; er is sprake van vrije toe- en uittreding, maar in de statuten worden regelmatig kwaliteitseisen opgenomen. Bijvoorbeeld bij een Coöperatie in de agrarische sector zou de eis gesteld kunnen worden dat de leden een tuinbouwbedrijf uitoefenen.

De leden van de Coöperatie zijn verantwoordelijk voor de tekorten van de Coöperatie; ze zijn aansprakelijk voor gelijke delen. Het is mogelijk om in de statuten de aansprakelijkheid anders te regelen, bijvoorbeeld in verhouding tot de inbreng of de omzet. Verder is het juridisch mogelijk om de wettelijke aansprakelijkheid voor de leden uit te sluiten dan wel te beperken tot een maximaal bedrag. Voor die gevallen dient de Coöperatie aan het eind van haar naam de letters "U.A. (Uitsluiting Aansprakelijkheid)" dan wel "B.A. (Beperking Aansprakelijkheid)" toe te voegen.

Opbrengsten uit de Coöperatie

De opbrengst, die een lid van de Coöperatie ontvangt als leverancier of afnemer van de Coöperatie, is belast. De opbrengst, die een Nederlandse B.V. ontvangt uit hoofde van zijn lidmaatschap, zoals winstuitkeringen en rente op inleggeden, is vrijgesteld van belasting. Er is geen kwalitatief criterium, dat wil zeggen dat het enkele lidmaatschap, ongeacht de omvang, voldoende is. Dit is opvallend, omdat de vrijstelling is opgenomen in de deelnemingsvrijstelling. Bij deelname in een Nederlandse B.V., in plaats van deelname in een Coöperatie, is een 5% criterium van toepassing om ontvangen dividenden vrij te stellen van vennootschapsbelasting. Dit betekent dat het bij het opzetten van een joint venture fiscaal aantrekkelijker kan zijn om een Coöperatie op te zetten als er deelnemers/ rechtspersonen zijn, die voor minder dan 5% in de joint venture zouden deelnemen.

1.3 Fiscale kenmerken

1.3.1 Inleiding

In deze paragraaf gaan we in op wat fiscale kenmerken van de diverse rechtsvormen.

1.3.2 Eenmanszaak/ Vo.f./ Maatschap

De ondernemer in zijn eenmanszaak, de firmant in de V.o.f. en de maat in de maatschap, kwalificeren zich als ondernemer voor de inkomstenbelasting. De inkomsten, die zij uit hun ondernemingsactiviteiten genieten, zijn bij hen belast als winst uit onderneming en als ze aan het urencriterium voldoen, kunnen ze gebruik maken van de ondernemersfaciliteiten.

De ondernemer is de belastingplichtige voor wiens rekening een onderneming wordt gedreven en die rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming. Dit houdt in dat de onderneming voor rekening van de belastingplichtige wordt gedreven, hij voor de onderneming bindende afspraken kan maken en hij hoofdelijk aansprakelijk is voor de schulden van deze onderneming. Onder ondernemer wordt ook verstaan de beoefenaar van een zelfstandig beroep. Deze definitie van het ondernemersbegrip brengt met zich mee dat een aantal groepen geen ondernemer zijn, de zogenaamde medegerechtigden tot het ondernemingsvermogen. Degenen die niet voldoen aan de voorwaarden om als ondernemer te worden aangemerkt, maar wel medegerechtigd zijn tot het vermogen van een onderneming, kunnen als medegerechtigde belastbare winst uit onderneming genieten. Wie vallen hieronder? Het gaat hierbij om (echte) ondernemers, die een stapje terugdoen en niet langer worden verbonden door verbintenissen of omdat een medegerechtigdheid ontstaat op grond van erfrecht of huwelijksvermogensrecht. Voorwaarde hierbij is wel dat de rechtsvoorganger ondernemer was. De medegerechtigde kan geen gebruik maken van de ondernemersfaciliteiten als de ondernemersaftrek en de MKB-winstvrijstelling.

Het urencriterium houdt in dat de belastingplichtige minimaal 1.225 uur per kalenderjaar aan ondernemingsactiviteiten moet hebben besteed.

De meest belangrijke ondernemersfaciliteiten zijn:

- De zelfstandigenaftrek. Een vast bedrag van € 7.280, maar niet meer dan de winst. Kan de zelfstandigenaftrek (door gebrek aan winst over het jaar) niet volledig ten gelde worden gemaakt, dan kan deze niet-gerealiseerde zelfstandigenaftrek in de komende negen jaar worden verrekend.
- De startersaftrek. Een vast bedrag van € 2.123, met dezelfde opmerking als onder het vorige punt. Voor de startersaftrek komt men in aanmerking als men in de vijf voorafgaande jaren niet al 2 keer zelfstandigenaftrek heeft genoten.
- Mogelijkheid om een Fiscale Oudedagsreserve ("FOR") te vormen. 10,9% van de winst met een maximum van € 9.542 (2014) kan jaarlijks ten laste van de winst worden toegevoegd aan de FOR.
- MKB-winstvrijstelling. De MKB-winstvrijstelling bedraagt 14% (2014) van de winst uit onderneming. Voor de toepassing van de MKB-vrijstelling hoeft overigens niet voldaan te worden aan het urencriterium.

Een voorbeeld om te laten zien hoe dit uit kan werken:

Voorbeeld:

Stel X geniet een winst uit onderneming (aan hem toerekenbare winst van de V.o.f.) van € 35.000. Een globale berekening van zijn belastbare winst uit onderneming ziet er dan als volgt uit, waarbij we aannemen dat X aan het urencriterium voldoet en voldoende ruimte heeft om aan de FOR te doteren (onder andere toereikend ondernemingsvermogen):

	€	€
Winsttaandeel V.o.f.		35.000
Af: Zelfstandigenaftrek	7.280	
Startersaftrek (eerste 3 jaar)	2.130	
Toevoeging FOR (10,9%)	3.815	
		<u>-13.225</u>
Winst na ondernemersaftrek en FOR		21.775
Af: MKB-winstvrijstelling 14%		<u>-3.049</u>
Belastbare winst uit onderneming		<u>18.726</u>

1.3.3 Commanditaire Vennootschap ("C.V.")

De C.V. is een wat bijzondere entiteit. Allereerst is er een onderscheid tussen de "open" en de "gesloten" C.V.

Een open C.V. is een Commanditaire Vennootschap, waarbij toetreding of overdracht van aandelen kan plaatsvinden zonder toestemming van alle overige vennoten. Er is al sprake van een "open C.V." als slechts één vennoot (niet alle) zijn toestemming niet hoeft te geven. Haar fiscale status is hybride. Ofschoon zij geen rechtspersoonlijkheid heeft, is een open C.V. belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Echter voor het winstaandeel van de beheerend vennoot is zij als het ware transparant. Zijn aandeel wordt namelijk rechtstreeks aan hem toegerekend. Voor de open C.V. is dit aftrekbaar voor de vennootschapsbelasting. De participatie van de commandiet geldt fiscaal als aandeel. Dit betekent voor natuurlijke personen dat het aanmerkelijkbelangregime van toepassing kan zijn. Voor een rechtspersoon betekent dit dat een participatie van 5% of meer in een open C.V. kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling.

Om een C.V. “besloten” te laten zijn en daarmee, wat heet: “fiscaal transparant”, moet voldaan zijn aan het zogenaamde toestemmingsvereiste. Bij vervanging en toetreding van vennoten moeten alle zittende vennoten toestemming geven. De fiscale transparantie houdt in dat ieder van de vennoten rechtstreeks voor zijn eigen aandeel in de winst en het vermogen wordt belast.

De beherend vennoot/privépersoon kwalificeert als ondernemer voor de inkomstenbelasting; hij is hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de C.V., terwijl de commanditaire vennoot voor niet meer aansprakelijk is dan de hoogte van zijn inbreng. De commanditaire vennoot kwalificeert dan ook niet als ondernemer, maar als medegerechtigde. Hij geniet wel winst uit de onderneming, maar is niet gerechtigd tot de ondernemersaftrek en de MKB-winstvrijstelling. Ook zijn verliesverrekening is beperkt tot zijn inbreng. Hij kan niet geruisloos over naar de B.V., maar kan wel zijn aandeel geruisloos overdragen aan de beherend vennoot.

1.3.4 Man-vrouw firma weer aantrekkelijk?

Per 1 januari 2010 is het urencriterium vervallen voor de MKB-winstvrijstelling. Daarnaast is de vrijstelling verhoogd naar 14% (2014). Dit gegeven kan in sommige gevallen een man-vrouw firma weer aantrekkelijk maken.

De MKB-winstvrijstelling houdt in dat (nu) 14% (2014) van de (fiscale) winst buiten de heffing van inkomstenbelasting blijft. Tot 1 januari 2010 gold de MKB-winstvrijstelling alleen voor ondernemers die aan het urencriterium voldeden. Vanaf 1 januari 2010 is deze eis evenwel vervallen en kan iedere ondernemer, ook degene die niet aan het urencriterium voldoet, gebruik maken van de MKB winstvrijstelling.

Let wel: Ondernemerschap blijft nog steeds een vereiste. Een man-vrouw firma kan fiscaal, als beiden kapitaal en/of arbeid inbrengen, een (zakelijke) winstverdeling overeengekomen wordt en beiden rechtstreeks aansprakelijk zijn voor de verbintenissen van de vennootschap.

Als de partner voldoet aan de criteria voor het ondernemerschap, dan kunnen zich twee situaties voordoen:

1. er is sprake van een ongebruikelijk samenwerkingsverband
2. er is sprake van een gebruikelijk samenwerkingsverband.

Deze toetsing aan het criterium “ongebruikelijk samenwerkingsverband” (ook wel gebruikelijkheidstoets) is in de wet gekomen met de invoering van de Wet Inkomstenbelasting 2001 en deze toetsing is ondergebracht bij het urencriterium. De toets is in de wet gekomen om een, in de ogen van de wetgever, te soepele houding van de Hoge Raad te corrigeren.

In beide voornoemde gevallen wordt de firma fiscaal wel erkend, maar alleen in het tweede geval bestaat recht op de ondernemingsfaciliteiten, zoals zelfstandigenaftrek, startersaftrek, willekeurige afschrijving startende ondernemers en FOR. In het eerste geval heeft men geen recht op de ondernemingsfaciliteiten.

Wil men in aanmerking komen voor de ondernemingsfaciliteiten, dan moet er tenminste 1.225 uur in de onderneming gewerkt worden en moet meer dan 50% van de arbeidstijd aan de onderneming worden besteed. Wordt niet aan het urencriterium voldaan, dan kan men de hiervoor genoemde faciliteiten niet genieten, men kan dan evenwel wel gebruik maken van de stakingsaftrek en de stakingslijfrenteaftrek.

Er is sprake van een ongebruikelijk samenwerkingsverband als:

- de meewerkende partner hoofdzakelijk ondersteunende werkzaamheden verricht en de partners zodanig verschillende werkzaamheden verrichten dat met een derde geen samenwerkingsverband zou zijn aangegaan. Dit zijn cumulatieve vereisten.
- een ondermaatschap, die dienst verleent aan een onderneming, waarin de partner werkzaam is.

Hiermee worden bijvoorbeeld man-vrouw firma's tussen een arts en een echtgenote-verpleegster, een accountant en een echtgenote, die receptie-/ secretaressewerkzaamheden verricht, een tandarts en een echtgenote-tandarts-assistente, en dergelijke, ondervangen. Als ongebruikelijk wordt aangemerkt elk samenwerkingsverband, waarbij aan een bepaalde kwalificatie moet worden voldaan (een arts, een makelaar, een accountant, een advocaat, en dergelijke), welke kwalificatie de partner niet heeft. Bij dergelijke man-vrouw firma's is de meewerkende partner van de ondernemingsfaciliteiten uitgesloten, wat een groot deel van de aantrekkelijkheid verloren doet gaan. Echter met ingang van 1 januari 2010 kan de partner wél van de MKB-winstvrijstelling gebruik maken.

Bedenk wel dat er ook nadelen aan een man-vrouw firma zijn. De nadelen liggen op het juridische vlak en op het vlak van de premieheffing Zvw.

Bij een Vennootschap onder firma zijn alle vennoten hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de vennootschap. Dit houdt in dat elke vennoot kan worden aangesproken voor de gehele schuld. De vennoot is hier met zijn gehele vermogen aansprakelijk voor. De schuldeiser heeft de keuze of de V.o.f. aan te spreken of één van de vennoten. Dit dient men zich goed te realiseren. Zeker in het geval, waarbij men veel aandacht heeft besteed aan de huwelijkse voorwaarden en in deze huwelijkse voorwaarden een scheiding van de vermogens heeft bewerkstelligd. Door het aangaan van een man-vrouw firma zijn de huwelijkse voorwaarden op dit punt de facto niet meer effectief. Het nadeel op het vlak van de premieheffing Zvw openbaart zich als beide partners inkomen genieten. De wisseling van meewerkafrek naar meewerkbeloning of man-vrouw firma leidt ertoe dat de partner nu ook inkomen krijgt, wat kan leiden tot een hogere last aan Zvw-premie. Voor de Zvw-premie geldt namelijk een maximum bijdrage bij een inkomen van € 51.414 (2014) per persoon.

In een aantal gevallen kan evenwel de MKB-winstvrijstelling ertoe leiden dat een man-vrouw firma weer aantrekkelijk wordt.

1.3.5 B.V.

De B.V. is een rechtspersoon en als zodanig zelfstandig drager van rechten en verplichtingen. De B.V. is onderworpen aan de vennootschapsbelasting. De aandeelhouder/ natuurlijk persoon is belast in Box 3 als zijn belang niet kwalificeert als een aanmerkelijk belang en is belast in Box 2 als dat wel zo is.

1.3.6 Limited Liability Partnership

We zien in Nederland dat sommige ondernemingen, waaronder accountants, de rechtsvorm van een Limited Liability Partnership ("LLP") hebben aangenomen. Vaak is dit dan een LLP naar Engels recht. Onder omstandigheden kan dit een aantrekkelijke rechtsvorm zijn.

Organisatievorm

De LLP kan worden getypeerd als een kapitaalvennootschap met enkele trekken van een personenvennootschap. Het heeft de flexibele structuur van een maatschap of V.o.f., maar dan zonder de hoofdelijke aansprakelijkheid van de leden. De LLP bezit rechtspersoonlijkheid en kan zelfstandig aan het rechtsverkeer deelnemen, activa in eigendom hebben en personeel in dienst nemen. De verhouding tussen de leden onderling lijkt volledig beheerst te kunnen worden door Nederlands recht. Bestaande V.o.f.- of maatschapsafspraken lijken nagenoeg zonder aanpassingen te kunnen worden voortgezet in een nieuwe LLP-overeenkomst.

Oprichting en inschrijving

De LLP wordt opgericht door tenminste twee personen (members), hetgeen zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen zijn. Er is geen sprake van een verplichte kapitaalvolstorting, er is geen verklaring van geen bezwaar nodig en er zijn geen statuten.

Bij vestiging in Nederland moet de LLP bij de Kamer van Koophandel worden ingeschreven. Alle members en de inhoud van hun vertegenwoordigingsbevoegdheid worden dan geregistreerd.

De LLP heeft gedurende haar bestaan enkele registratie- en publicatieverplichtingen, waaronder de navolgende:

- de instandhouding van een geregistreerd kantooradres in de UK
- de publicatieplicht van het jaarresultaat bij Company House
- de indiening van een “annual return” bij Company House
- de jaarlijkse bijdrage voor Company House in de UK
- bij 100% activiteiten in Nederland (althans geen activiteiten in de UK), een formeel verzoek voor vrijstelling van de UK-belasting.

Beperkte aansprakelijkheid

Members zijn beperkt aansprakelijk, namelijk tot de hoogte van hun inbreng in de LLP. Heeft de LLP schulden, dan kunnen de crediteuren slechts aanspraak maken op het vermogen van de LLP en niet op het privévermogen van de members. Dit behoudens uitzonderingen, die vergelijkbaar lijken te zijn met de bestuurdersaansprakelijkheid bij de B.V.

Belastingstelsel

Zonder ondernemersactiviteiten in het Verenigd Koninkrijk heeft de LLP daar geen fiscale verplichtingen. Bij activiteiten in Nederland is het Nederlandse belastingstelsel van toepassing.

Fiscale transparantie

De Engelse LLP wordt in Nederland beschouwd als een fiscaal transparant lichaam. Zie onder andere de door de Belastingdienst uitgegeven “Lijst gekwalificeerde buitenlandse samenwerkingsverbanden”. Deze lijst is indicatief. Getoetst moet worden aan het Besluit van 11 december 2009, nummer CPP2009/519. Dit Besluit toetst aan de hand van de volgende vier vragen:

1. Eigendom bij het samenwerkingsverband?
2. Beperkte aansprakelijkheid van de participanten?
3. Een in aandelen verdeeld kapitaal?
4. Vrije toe- en uittreding?

De LLP is dan niet vennootschapsbelastingplichtig, maar fiscaal transparant.

Belastingplichtig zijn de achterliggende members.

Zijn dit natuurlijke personen, dan dienen zij inkomstenbelasting te betalen over het hun toekomende winstaandeel. Zij kunnen (mits aan de voorwaarden wordt voldaan) profiteren van de fiscale ondernemersfaciliteiten, zoals de MKB-vrijstelling, zelfstandigen- en startersaftrek.

Bij een LLP is het antwoord op vraag 3 “nee” (geen in aandelen verdeeld kapitaal), de LLP is transparant en dat betekent bij natuurlijke personen, belast in Box 1; zij zullen worden gekwalificeerd als ondernemer. Alsdan is er geen sprake van een aanmerkelijk belang en is derhalve denkkelijk de gebruikelijkloonregeling van artikel 12a LB bij een LLP niet van toepassing (een besloten C.V. kwalificeert immers ook niet voor de gebruikelijkloonregeling).

Zijn de partners B.V.'s, dan is het winstaandeel belast bij de B.V. en is dus belast voor de vennootschapsbelasting.

1.4 Afweging IB-onderneming of B.V.

Bij de afweging of een onderneming als IB-onderneming (bijvoorbeeld eenmanszaak of V.o.f.) of als B.V. moet worden gedreven, spelen vaak de navolgende motieven:

- aansprakelijkheid
- fiscale motieven
- continuïteit van de onderneming.

Aansprakelijkheid

De ondernemer met zijn eenmanszaak is direct hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de eenmanszaak. Ook vennoten in een V.o.f. zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel. Een maat in de maatschap is aansprakelijk tot aan het bedrag van zijn inbreng, evenals de commanditaire vennoot in een C.V. De beherend vennoot in een C.V. is ook weer hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.

Bij een B.V. wordt vaak gedacht dat er geen sprake is van aansprakelijkheid voor de aandeelhouder en bestuurder. De B.V. is immers een zelfstandig rechtspersoon en zelfstandig drager van rechten en verplichtingen. De B.V. is aansprakelijk voor haar schulden en schernt zo de aandeelhouder en bestuurder af voor aansprakelijkheid, maar toch zijn er wel wat kanttekeningen te maken bij het ontbreken van aansprakelijkheid voor de aandeelhouder en/of bestuurder. Het is niet zo dat er sprake is van een absolute afgrenzing.

Aandeelhouder

De aandeelhouder van een B.V. is niet persoonlijk aansprakelijk. Een aandeelhouder kan niet, ook niet door wijziging van de statuten, tegen zijn wil enige verplichting boven storting van het nominale bedrag van de aandelen worden opgelegd. De aandeelhouder kan wél verplicht worden zijn aandeel vol te storten. Als aandeelhouder geldt geen aansprakelijkheid. Treedt de aandeelhouder echter naar buiten als bestuurder van de B.V. of kan hij als bestuurder worden aangemerkt, dan geldt ook voor hem uit zijn naam (dus als bestuurder) de hierna te bespreken bestuurdersaansprakelijkheid.

Bestuurder

Iedere bestuurder is naast de B.V. ingevolge de zogenaamde tweede antimisbruikwet (bepaalde premie- en belastingschulden) en de derde antimisbruikwet (in faillissement jegens de boedel) hoofdelijk aansprakelijk als aan de bestuurder enig persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Iedere bestuurder is ten opzichte van de B.V. gehouden tot een behoorlijke vervulling van de aan hem opgedragen taak. Ter zake van tekortkomingen is iedere bestuurder aansprakelijk, tenzij de bestuurder kan aantonen dat de tekortkoming niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de tekortkomingen af te wenden.

Daarnaast heeft de bestuurder er onder de Flex B.V.-wetgeving nog een belangrijke taak bijgekregen; althans hij had deze taak al, maar door de wettelijke verankering is deze taak toch wat meer in de schijnwerpers terechtgekomen. We doelen op het feit dat de bestuurders nu hun goedkeuring aan een (dividend)uitkering moeten geven op straffe van bestuurdersaansprakelijkheid als zij deze toestemming ten onrechte geven.

Fiscale motieven

Een aantal fiscale motieven spelen een rol. Het meest in het oog lopende is het tariefverschil tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting.

Een andere factor, die een rol speelt, is de zogenaamde dubbele heffing: over de door de B.V. gemaakte winsten is de B.V. vennootschapsbelasting verschuldigd en over de aldus uitkeerbare nettowinsten dient de aandeelhouder inkomstenbelasting te betalen bij uitkering van dividend of als er aandelen worden verkocht en hier een AB-winst op gemaakt wordt. Bij een vennootschapsbelastingtarief van 20% is de gecombineerde heffing (20% + (25% van 80%) => 40% en bij een vennootschapsbelastingtarief van 25% is de gecombineerde heffing (25% + (25% van 75%) => 43,75%. Het hoogste marginale inkomstenbelastingtarief is momenteel 52%. Dat scheelt dus aardig wat. Valt men in de inkomstenbelasting in het 42% tarief, dan is er sprake van een globaal evenwicht en valt men in de lagere schijven dan is de inkomstenbelasting weer voordeliger.

Daarnaast komt de ondernemer in een zogenaamde aanmerkelijkbelangpositie te verkeren. Verder dient de ondernemer te beseffen dat hij als directeur-grotaandeelhouder (DGA) in fiscale zin werknemer is. Als DGA verliest hij de ondernemersaftrek en de MKB-winstvrijstelling. Zeker bij lagere omzetten c.q. winsten kunnen deze faciliteiten aardig doortikken, zoals het onderstaande voorbeeld laat zien.

IB-ondernemerschap versus B.V.

Bij de fiscale afweging wat voordeliger is, spelen de belastingdruk via de B.V. of direct in privé een rol. Eerst bij hogere omzetten en winsten wordt de B.V. voordeliger, mede omdat dan het gemis van de ondernemersaftrekken (als zelfstandigenaftrek) en de MKB-winstvrijstelling van nu 14% zich minder laat voelen. Een rol speelt ook de hoogte van het benodigde besteedbaar inkomen. Een B.V. is dan voordelig als men ook in staat is er winstreserves in op te bouwen. Het omslagpunt zal, gezien de hiervoor genoemde elementen, die een rol spelen bij de afweging, voor iedereen verschillend zijn.

Een eenvoudig voorbeeld kan het één en ander inzichtelijk maken.

Voorbeeld:

Stel we hebben een ondernemer, die een winst behaalt van € 80.000. We zetten naast elkaar wat de gevolgen zijn als hij zijn onderneming drijft als eenmanszaak, dus direct in de inkomstenbelasting belast wordt voor winst uit de onderneming, of via een B.V. We gaan ervan uit dat hij in de inkomstenbelasting een FOR opbouwt en in de B.V. een pensioen in eigen beheer. Het salaris via de B.V. is € 55.000.

Eenmanszaak

Winst	80.000
Af: Zelfstandigenaftrek	7.280
Toevoeging FOR	<u>8.720</u>
	16.000
Winst na ondernemersaftrek en FOR	64.000
Af: MKB-winstvrijstelling (14%)	<u>-8.960</u>
Belastbare winst uit onderneming	<u>55.040</u>

Verschuldigde inkomstenbelasting 21.525

Voor een goede vergelijking moet hierbij opgeteld worden de contante waarde van de FOR-claim, stel 20% van 8.720 1.744

Totale belastingdruk 23.269

Nadeel B.V. ten opzichte van eenmanszaak 2.933

B.V.

Winst	80.000
Salaris	55.000 te betalen IB: 20.362
Pensioendotatie (stel)	<u>4.000</u>
	-59.000
Winst na salaris en pensioen	21.000
Verschuldigde Vpb (20%)	<u>4.200</u>
Te betalen IB + Vpb	24.562

Voor een goede vergelijking moet hierbij opgeteld worden: Contante waarde IB-claim over pensioenuitkering stel 20% van 4.000 800

Contante waarde AB-claim over reserves stel 5% over (21.000 -/- 4.200) 840

Totale belastingdruk 26.202

Stel dat de B.V. de winst ook direct als dividend uitkeert. De heffing wordt dan:

AB-heffing 25% over 16.800 (21.000 -/- 4.200)	4.200
De AB-latentie komt dan te vervallen,	<u>-840</u>
zodat de belastingdruk in dat geval stijgt met	<u>3.360</u>

De totale belastingdruk in de B.V.-variant wordt dan 29.562

2 Waaron uitstel van belastingheffing?

2.1 Inleiding

Dat afstel van belastingheffing interessant is voor ondernemers behoeft weinig betoog. Een kostenpost van het bedrijf wordt verminderd tot het absolute minimum. Over uitstel van heffing zijn de meningen duidelijk meer verdeeld, maar toch kan ook uitstel tot voordeel leiden.

2.2 De voordelen van uitstel

Uitstel van heffing is om twee redenen interessant voor ondernemers.

Liquiditeit

De eerste reden is dat er een liquiditeitsvoordeel wordt behaald. Zelfs als de contante waarde van de fiscale last in de toekomst gelijk is aan de heffing, die in het geval van geen uitstel zou optreden, heeft de onderneming een liquiditeitsvoordeel bereikt. Dit kan onder omstandigheden van belang zijn, omdat het een financiering door de fiscus betreft, waar geen zekerheden voor hoeven te worden gegeven of provisies voor hoeven te worden betaald. Het vergroot bovendien de mogelijkheid financiële middelen uit andere bronnen aan te trekken, zodat het bedrijf door de uitstelmogelijkheid belangrijk gezonder kan worden voor de toekomst.

Ook voor bedrijven in beperkte moeilijkheden kan de liquiditeitsverruiming van belang zijn. Uitstel van heffing betekent immers wederom een grotere mogelijkheid financieringen aan te trekken. Komt het bedrijf er bovenop, dan heeft het realiseren van de mogelijkheid niets gekost. Komt het bedrijf er onverhoopt niet bovenop dan is er door het uitstel eveneens geen schade, omdat het is omgeslagen in afstel.

Lagere heffing

De tweede reden speelt voor ieder bedrijf en deze geldt als de contante waarde van de toekomstige heffing lager is dan de heffing, die direct had plaatsgevonden, zonder realisatie van uitstel.

2.3 Voordeel van uitstel van dividend afhankelijk van het nettorendement

Een vraag, die vaak gesteld wordt, is of het nu fiscaal interessant is dividend direct uit te keren of uitkering uit te stellen. Of het uitkeren van dividend fiscaal interessant is, hangt af van het te behalen nettorendement. Als de (netto)rendementen, die via de B.V. behaald kunnen worden, hoger zijn dan de (netto)rendementen, die direct in privé gehaald kunnen worden, is het niet uitkeren van dividend interessanter.

Omslagpunt

Het omslagpunt bij welk rendementspercentage het voordelig is te beleggen via de B.V. of in privé laat zich wiskundig vaststellen. Dit is namelijk het Box 3-percentages gedeeld door het vennootschapsbelastingtarief. Je moet immers tenminste dat rendement hebben, wil beleggen in privé net zo rendabel zijn als beleggen via de B.V. Bij een vennootschapsbelastingtarief van 20% is het omslagpunt dan $(1,2\%/20\%)$ is 6% en bij een vennootschapsbelastingtarief van 25% is het omslagpunt $(1,2\%/25\%)$ is 4,8%.

Dit laat zich met een eenvoudig voorbeeld illustreren:

Vpb-heffing 20% Box 3-heffing 1,2%		Beleggen in privé na 1 jaar	
Beleggen in B.V. na 1 jaar uitkeren			
Winst na Vpb	100.000	Dividend	100.000
Rente 6,0%	6.000	AB-heffing 25%	<u>-25.000</u>
Vpb 20%	<u>-1.200</u>	Te beleggen in privé	75.000
	4.800	Renteopbrengst 6,0% van 75.000	4.500
Uit te keren	104.800	Box 3-heffing 1,2% van 75.000	-900
AB-heffing 25%	<u>-26.200</u>		<u>3.600</u>
Netto in privé	<u>78.600</u>	Netto in privé	<u>78.600</u>

Vpb-heffing 25% Box 3-heffing 1,2%		Beleggen in privé na 1 jaar	
Beleggen in B.V. na 1 jaar uitkeren			
Winst na Vpb	100.000	Dividend	100.000
Rente 4,8%	4.800	AB-heffing 25%	<u>-25.000</u>
Vpb 25%	<u>-1.200</u>	Te beleggen in privé	75.000
	3.600	Renteopbrengst 4,8% van 75.000	3.600
Uit te keren	103.600	Box 3-heffing 1,2% van 75.000	-900
AB-heffing 25%	<u>-25.900</u>		<u>2.700</u>
Netto in privé	<u>77.700</u>	Netto in privé	<u>77.700</u>

Bedenk dat het evenwel anders is als het vermogen in Box 3 een fors negatief vermogen is, bijvoorbeeld door schulden. Zolang het positief vermogen kleiner is dan deze schulden, wordt er effectief geen Box 3-heffing betaald en is het rendement, dat op dat vermogen genoten wordt, dus effectief belastingvrij.

Ook gaan we er hiervan uit dat er op de B.V. geen bijzonder regime van toepassing is, maar dat over de resultaten gewoon vennootschapsbelasting betaald wordt. Dit kan bijvoorbeeld anders zijn als het regime van de Fiscale Beleggingsinstelling ("FBI") of de Vrijgestelde Beleggingsinstelling ("VBI") van toepassing is.

Dividend uitkeren onder de Flex B.V.-wetgeving

Naast de vraag of het fiscaal verstandig is om dividend uit te keren, speelt bij dividenduitkering tegenwoordig ook een belangrijke andere vraag. Die vraag speelde voorheen eigenlijk ook wel, maar hij staat nu toch iets meer in de schijnwerpers, omdat het met de komst van de Flex B.V.-wetgeving een wettelijke verankering heeft gekregen.

We doelen op het feit dat de bestuurders nu hun goedkeuring aan een dividenduitkering moeten geven op straffe van bestuurdersaansprakelijkheid als zij deze toestemming ten onrechte geven. Met de komst van de Flex B.V.-wetgeving is ook het voormalige stelsel van kapitaal- en vermogensbescherming (en daarmee crediteurenbescherming) wezenlijk gewijzigd. In het voormalige stelsel van kapitaal- en vermogensbescherming nam de zogenaamde balans-test een belangrijke plaats in. Deze balans-test was erop gebaseerd dat er geen uitkering kon plaatsvinden¹, als het eigen vermogen lager is, of als gevolg van de uitkering zal worden, dan het bedrag van het opgevraagde en gestorte kapitaal, vermeerderd met de wettelijke en statutaire reserves. Onder het huidige, nieuwe regime is hiervoor een op bestuurdersaansprakelijkheid gerichte beschermingsregeling in de plaats gekomen.

Het nieuwe regime is gebaseerd op de onderliggende gedachte dat het opgevraagde en gestorte kapitaal geen rol van betekenis heeft bij de bescherming van crediteuren. Dat laat echter onverlet dat de regel gehandhaafd blijft dat dividenduitkeringen alleen mogelijk zijn als en voor zover er vrije reserves zijn. Deze regeling is gebaseerd op een dwingendrechtelijke Europese richtlijn en kon dus niet in de nieuwe wet buiten werking gesteld worden. Onder het nieuwe regime wordt deze bescherming echter niet primair gezocht in en gebaseerd op de bescherming van het eigen vermogen, maar op een op bestuurdersaansprakelijkheid gerichte beschermingsregeling. Een dividenduitkering, waartoe door de algemene vergadering is besloten, heeft geen effect zonder goedkeuring van het bestuur. Dit toestemmingsvereiste van de directie is wel een geclausuleerde. De wet zegt namelijk dat "*het bestuur zijn goedkeuring moet verlenen tenzij, ...*". De wettelijke regels zeggen dat het bestuur zijn goedkeuring alleen kan onthouden, als de B.V. naar verwachting niet kan "*... blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden ...*". Fijn, maar het bestuur moet wel toestemming geven en aan een onterechte toestemming zitten vervelende gevolgen. Voor het bestuur wordt het van belang dat zij hun goedkeuringen (of afkeuring) aan uitkeringen staven met een prognose. In beginsel is deze prognose gebaseerd op cashflowstromen. Deze prognose moet worden gemaakt door het bestuur. Echter, er bestaan geen objectieve maatstaven waarop de prognose moet worden gebaseerd. De praktijk en nadere jurisprudentie zal moeten leren hoe hiermee om moet worden gegaan.

Het voert, in het kader van het onderwerp van deze uitgave, te ver nader in te gaan op de boeiende materie van dividenduitkering onder de Flex B.V. Wilt u meer weten, dan verwijzen wij u graag naar onze uitgave "De Flex B.V."

¹ Of inkoop of terugbetaling van kapitaal en leningen ter verkrijging van de eigen aandelen.

3 Mogelijkheden voor fiscale optimalisatie in de IB

3.1 Fiscale voorzieningen en reserves

Volgens de belastingwetgeving is het mogelijk, als de ondernemer regelmatig boekhoudt met geregelde jaarlijkse afsluitingen, om een aantal fiscale reserves te vormen. Bij het vormen van een fiscale reserve wordt de belastingheffing over de winst (deels) uitgesteld.

Er zijn fiscale reserves zoals de herinvesteringsreserve, de oudedagsreserve en de kostenegaliseringsreserve. Daarnaast zijn er ook fiscale voorzieningen, zoals voorziening groot onderhoud, voorziening voor dubieuze debiteuren en voorziening voor verliezen op onderhanden werken. De werking en het onderscheid worden hierna behandeld.

3.2 Optimalisatie van voorzieningen

Bij de bepaling van de winst voor een zeker jaar in verband met toekomstige uitgaven mag een passiefpost (een voorziening) worden gevormd, als:

1. de uitgaven hun oorsprong vinden in feiten en omstandigheden, die zich in de periode voorafgaand aan de balansdatum hebben voorgedaan.
2. er een redelijke mate van zekerheid bestaat dat de uitgaven zich zullen voordoen.
3. de uitgaven aan die periode kunnen worden toegerekend (niet toe te rekenen aan toekomstige voordelen en geen kosten van toekomstige jaren).

Een voorziening wordt gevormd voor de contante waarde van de te verwachten toekomstige verplichtingen.

Voorbeeld berekening fiscale voorziening:

Als in jaar 10 door de belastingplichtige € 100.000 kosten worden verwacht, en er wordt een voorziening gevormd voor deze kostenpost (of een verplichting opgenomen), dan zal de voorziening in jaar 1 bij een rentestand van 5% worden gevormd tot een bedrag van $€ 100.000/1,05^{10} = € 61.300$.

In de inkomstenbelasting kan men bij een voorziening denken aan een voorziening voor groot onderhoud, voor dubieuze debiteuren of voor verliezen op onderhanden werken. Toch kan er nog verschil zijn in de wijze van berekening van de voorziening.

Een voorziening voor dubieuze debiteuren zal veelal worden opgenomen voor het oninbare bedrag (indien belastingplichtig, exclusief omzetbelasting), dit is de statische methode. Het betreft namelijk eenmalige kosten of lasten en het doel is niet om de kosten of lasten gelijkmatig te verdelen in de komende jaren. De ondernemer zal wel de nodige actie ondernemen moeten hebben om de voorziening te kunnen verantwoorden. Fiscaal is ook de dynamische methode mogelijk (zie hoofdstuk 5).

Voor bijvoorbeeld de kosten voor groot onderhoud van onroerende zaken of machines wil ook wel eens een kostenegaliseringsreserve worden gevormd. Fiscaal zal een belastingplichtige altijd liever een voorziening willen vormen of een verplichting willen opnemen (als de verplichtingen vaststaan), dan een kostenegaliseringsreserve. Dit heeft met name te maken met het (rente-)voordeel dat wordt behaald bij een voorziening ten opzichte van de egaliseringsreserve. Het bedrag, dat in bovengenoemd voorbeeld ten laste van het resultaat mag worden gebracht, is jaarlijks hetzelfde, namelijk $€ 100.000/10 = € 10.000$ per jaar.

3.3 Optimalisatie van reserves

Zoals genoemd, zijn er verschillende fiscale reserves, die hieronder worden beschreven.

3.3.1 Herinvesteringsreserve

Als een bedrijfsmiddel van de ondernemer uit de onderneming verdwijnt door bijvoorbeeld verkoop, ongeval, brand of onteigening, dan kan het zijn dat de opbrengst bij verkoop, vernietiging c.q. realisatie groter is dan de fiscale boekwaarde van het bedrijfsmiddel. Door de herinvesteringsreserve kunnen gerealiseerde winsten worden doorgeschoven naar de toekomst, wat de continuïteit en flexibiliteit van de onderneming versterkt, doordat de reserve een mogelijkheid biedt voor vervangingsinvesteringen.

De vrijgevallen winst kan worden omgezet in een herinvesteringsreserve als de onderneming aan een aantal voorwaarden voldoet.

Voornemen om te herinvesteren

Er moet een voornemen zijn om te herinvesteren. Dit moet de ondernemer aannemelijk maken, door middel van vastlegging in een (directie)besluit en/of notulen. Het voornemen moet kunnen worden onderbouwd door bescheiden, die het voornemen kunnen bekrachtigen.

Economische functie

Een bedrijfsmiddel dat in meer dan tien jaar wordt afgeschreven, moet worden vervangen door een bedrijfsmiddel met dezelfde economische functie (uitzondering overheidsingrijpen). Een bedrijfspand in eigen gebruik vervangen door een bedrijfspand dat aan derden wordt verhuurd, is niet toegestaan. Voor bedrijfsmiddelen, die gedurende minder dan tien jaar worden afgeschreven, geldt deze voorwaarde niet. Een boekwinst op een machine kan dus worden gebruikt om te herinvesteren in een aanhanger of auto.

Boekwaarde

De boekwaarde van het nieuwe bedrijfsmiddel mag, na afboeking van de herinvesteringsreserve, niet lager zijn dan de boekwaarde van het verkochte/vervangen bedrijfsmiddel.

Investeren binnen drie jaar

Als de herinvestering niet binnen 3 jaar plaatsvindt, moet de reserve belast vrijvallen. Een termijnverlenging is bij bijzondere omstandigheden mogelijk.

Als voldaan wordt aan het urencriterium en aan het begin van het kalenderjaar de AOW-leeftijd (in 2014: 65 jaar en 2 maanden) nog niet is bereikt, dan kan een deel van de (in een kalenderjaar) behaalde winst toegevoegd worden aan de oudedagsreserve.

Een Fiscale Oudedagsreserve of FOR, die gevormd kan worden door natuurlijke personen/ ondernemers, is een fiscale aftrekpost voor de te betalen inkomstenbelasting.

De toevoeging aan de oudedagsreserve over het kalenderjaar 2014 is 10,9% van de winst met een maximum (2014: € 9.542). De toevoeging wordt verminderd met de pensioenpremie, die van de winst is afgetrokken.

De toevoeging mag niet meer zijn dan het bedrag waarmee het ondernemingsvermogen aan het einde van het kalenderjaar uitkomt boven de oudedagsreserve aan het begin van het kalenderjaar.

Zie paragraaf 4.1 voor een meer uitgebreidere behandeling van de herinvesteringsreserve.

3.3.2 De kostenegalisatiereserve

Door het vormen van een kostenegalisatiereserve worden kosten ten laste van een jaar gebracht, waarin ze nog niet tot uitgaven hebben geleid. De vorming van een dergelijke reserve moet geschieden volgens een bestendige gedragslijn, dus ook in verliesjaren moet men toevoegen. Ook aan het vormen van een kostenegalisatiereserve zijn voorwaarden gesteld.

1. De uitgaven zijn ongelijkmatig over de jaren verdeeld.
2. De toekomstige uitgaven moeten voortvloeien uit de ondernemingsuitoefening van een eerder jaar.

De kosten moeten toe te rekenen zijn aan het jaar waarin men de kostenegalisatiereserve wil opbouwen.

Voor toekomstige kosten, die ook pas ontstaan in de toekomst, mag men geen kostenegalisatiereserve vormen (bijvoorbeeld voor een groot personeelsfeest).

Vast moet staan dat de toekomstige verplichting een gevolg is van de bedrijfsuitoefening van het jaar waarin men de reserve wil vormen.

Er moet sprake zijn van regelmatig boekhouden met geregelde jaarlijkse afsluitingen.

Aan de reserve mag jaarlijks het geschatte bedrag van de uitgaven worden toegevoegd dat toe te rekenen is aan dat jaar.

Als men iedere vier jaar een grote uitgave doet van € 10.000, dan voegt men ieder jaar € 2.500 toe aan de reserve.

Als in jaar 2 de prijs gestegen blijkt te zijn tot € 15.000, dan voegt men in dat jaar $\frac{1}{4} \times € 15.000 + \frac{1}{4} \times € 5.000 = € 5.000$ toe. Het tweede deel van de berekening omvat de inhaaltoevoeging van jaar 1.

In jaar 3 en 4 voegt men toe $\frac{1}{4} \times € 15.000 = € 3.750$.

De totale reserve omvat na vier jaar (de totale verwachte uitgave):

Jaar 1	€	2.500
Jaar 2	€	5.000
Jaar 3	€	3.750
Jaar 4	€	<u>3.750</u>
Totaal	€	<u>15.000</u>

Een voorbeeld is de kostenegalisatiereserve in verband met het stellige voornemen pensioen uit te keren aan personeel. De kosten, die in verband hiermee worden verwacht, mogen door middel van het vormen van deze reserve jaarlijks ten laste van de winst worden gebracht. Jaarlijks wordt een bepaald bedrag ten laste van de winst in de kostenegalisatiereserve gestopt. Uit deze pot wordt dan het toekomstige pensioen betaald. Als men een vergoeding ontvangt voor toekomstige extra pensioenlasten (overname van een stellig voornemen) kan men ook deze vergoeding in een reserve opnemen.

Iedere kostenegalisatiereserve valt vrij bij:

- het staken van de onderneming
- de emigratie met medeneming van de onderneming
- het niet meer voeren van een regelmatige boekhouding met geregelde jaarlijkse afsluitingen
- het niet meer nodig hebben van de reserves.

4 Mogelijkheden voor fiscale optimalisatie in de Vpb

4.1 Inleiding

Er zijn vele mogelijkheden voor fiscale optimalisatie in de vennootschapsbelasting. Gezien de omvang van deze uitgave behandelen we er hier twee:

1. de herinvesteringsreserve
2. de fiscale eenheid.

4.2 De herinvesteringsreserve

De vorming van de herinvesteringsreserve ("HIR") is naar keuze van de ondernemer.

De HIR kan naar vrije keuze van de ondernemer worden gevormd, tenzij een herinvesteringsvoornemen aanwezig is. De keuze kan worden gemaakt per vervreemd bedrijfsmiddel. Grond en opstallen zullen veelal één bedrijfsmiddel vormen.

Eventuele boekverliezen bij vervreemding van andere bedrijfsmiddelen komen niet in mindering op een gevormde HIR, maar vormen een negatieve winstcomponent van het vervreemdingsjaar.

Overwegingen om geen HIR te vormen kunnen onder andere de volgende zijn:

- Verhoging van de winst om compensabele verliezen te verrekenen. Dit kan bijzondere betekenis krijgen, als de aangekondigde beperking van de verliescompensatie tot wet wordt verheven. Een bijzondere post in deze kunnen zijn voorvoegingsverliezen bij een fiscale eenheid.
- Een toekomstig hoger winstbelastingtarief.
- Een betere vermogensstructuur voor de thincapregeling in de vennootschapsbelasting.
- Een hoger fiscaal vermogen voor de inkomstenbelasting ten behoeve van de FOR.
- De betere mogelijkheid tot aanwending van een herinvestering.

Bedrijfsmiddelen

De HIR-regeling is van toepassing op bedrijfsmiddelen. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen lichamelijke bedrijfsmiddelen en onlichamelijke bedrijfsmiddelen (bijvoorbeeld vergunningen en goodwill).

Uitgesloten bedrijfsmiddelen

Niet als toegestaan bedrijfsmiddel voor de HIR worden aangemerkt:

- Vermogensrechten ter belegging (effecten).
- Voorwerpen van geringe waarde, die direct ten laste van het resultaat worden gebracht. deze voldoen niet aan de criteria voor bedrijfsmiddel.
- Bedrijfsmiddelen, die onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

De essentie van de definitie kan als volgt worden weergegeven: "Als bedrijfsmiddelen worden aangemerkt goederen, die behoren tot het ondernemingsvermogen en die niet uitsluitend zijn bestemd voor de omzet."

Lange en korte bedrijfsmiddelen

In de regeling wordt een onderscheid gemaakt tussen:

1. Lange bedrijfsmiddelen. Hierop wordt niet of in meer dan 10 jaar afgeschreven (grond, gebouwen, en dergelijke).
2. Korte bedrijfsmiddelen. Hierop wordt gedurende 10 jaar of korter afgeschreven.

Voor de indeling in "lang" en "kort" gaat het niet om de afschrijvingstermijn bij belastingplichtige, maar om een objectivering ("plegen"), uitgaande van het nieuw zijn van het bedrijfsmiddel. Dit is anders voor tweedehands bedrijfsmiddelen waarvoor een markt is, bijvoorbeeld gereviseerde machines.

Herinvesteringsreserves wegens korte bedrijfsmiddelen kunnen uitsluitend worden afgeboekt op investeringen in korte bedrijfsmiddelen.

Herinvesteringsreserves, ontstaan op lange bedrijfsmiddelen, mogen naar keuze van de ondernemer worden afgeboekt op:

- investeringen in korte bedrijfsmiddelen
- vervangende lange bedrijfsmiddelen, die eenzelfde economische functie hebben in de onderneming.

Vervreemdingswinsten

Een HIR kan worden gevormd voor boekwinsten bij vervreemding van bedrijfsmiddelen. Een vervreemding kan voortvloeien uit een overeenkomst van ruil of koop of welke andere rechtshandeling die ten doel heeft het bedrijfsmiddel in andere handen te brengen. Het jaar van vervreemding hoeft niet het jaar van winstrealisatie te zijn.

Het herinvesteringsvoornemen

Voorwaarde voor het vormen van een HIR is dat bij belastingplichtige op balansdatum van het jaar, waarin de vervreemding plaatsvond, een herinvesteringsvoornemen aanwezig is. In het geval van een lichaam houdt dit in dat het bestuur van het lichaam dit voornemen op dat tijdstip moet hebben. Een herinvesteringsvoornemen bij de algemene vergadering kwalificeert niet.

De bewijslast voor het voornemen ligt bij belastingplichtige. In het algemeen volstaat een enkele verklaring van de ondernemer of directie. Slechts in bijzondere gevallen zal een dergelijke verklaring niet voldoen.

Hierbij valt te denken aan de volgende situaties:

- Als moet worden aangenomen dat de (IB-)onderneming is/wordt gestaakt.
- Als uit feiten en omstandigheden moet worden geconcludeerd dat een beleggingsmaatschappij overstapt van belegging in onroerende zaken op belegging in effecten (uitgesloten herinvesteringsvoornemen).
- Uitkering van de boekwinsten aan aandeelhouders kan een aanwijzing vormen dat geen herinvesteringsvoornemen (meer) aanwezig is.
- De boekwaarde-eis ligt zodanig hoog, dat aanwending van de HIR hoogst onwaarschijnlijk is. Belastingplichtige moet het voornemen hebben tot herinvestering in één of meerdere bedrijfsmiddelen waarop deze reserve ook kan worden afgeboekt.

Als de Inspecteur de HIR na de rechtmatige vorming wil laten vrijvallen, moet hij aannemelijk maken dat een herinvesteringsvoornemen op een latere balansdatum niet meer aanwezig is.

Uit de wettekst kan worden afgeleid dat bij het vervallen van het voornemen tot herinvestering op enig moment na rechtmatige vorming van de reserve een vrijval zou moeten volgen, ook als een herinvesteringsvoornemen aan het einde van het boekjaar wel weer aanwezig is. De HIR kan gereserveerd blijven als en *zolang* het voornemen tot herinvestering bestaat.

Een tijdelijk stilleggen van de ondernemingsactiviteiten staat de vorming en handhaving van een HIR niet in de weg.

Volledige boekwinst naar de HIR?

Op grond van de letterlijke wettekst kan een HIR voor de boekwinst slechts gevormd worden als er een voornemen is om de *gehele* opbrengst te herinvesteren. Op grond van aanvullende besluiten kan echter ook slechts voor het deel van de verkoopwinst, dat wel wordt geherinvesteerd, een HIR gevormd worden. Het belang van een gedeeltelijke vorming van een HIR kan zijn, dat daarmee een gedeelte van de boekwinst in de fiscale winst valt, die juist groot genoeg is om een bestaand saldo compensabele verliezen aan te zuiveren.

Aanwending van de HIR

De HIR wordt afgeboekt op de kostprijs van de herinvesteringen in het jaar van vervreemding of de drie daaropvolgende jaren. Voor lange bedrijfsmiddelen geldt dat de vervanging ook al eerder mag hebben plaatsgehad (artikel 3.54, lid 11).

Eenzelfde economische functie

De eis van eenzelfde economische functie voor het vervangende bedrijfsmiddel geldt alleen voor afboekingen van herinvesteringsreserves op vervangende lange bedrijfsmiddelen, als deze HIR is gevormd voor boekwinsten op dergelijke lange bedrijfsmiddelen.

Een *algemeen criterium* voor economische vervanging lijkt te zijn: ongeveer in dezelfde mate zich lenend voor exploitatie en beheer, zoals belanghebbende die nastreeft. In de praktijk zal de problematiek, inzake economische vervanging veelal gaan om onroerende zaken.

Grenzen en mogelijkheden kunnen hierbij onder andere zijn:

- Vervanging van een groter object door verschillende kleinere of omgekeerd is mogelijk.
- Een capaciteitsuitbreiding is geen bezwaar (een pand vervangen door een groter pand), een eis is wél dat evenredig wordt afgeboekt, rekening houdend met de boekwaarde-eis.
- Een pand in eigen gebruik kan niet worden vervangen door een verhuurd pand.
- Een pand in aanbouw kan worden vervangen door een afgebouwd pand.
- Een perceel grond met de enkele bouwbestemming voor een bedrijfspand, dat wordt verkocht voordat met de bouw wordt begonnen, kan echter niet worden vervangen door een bouwperceel met daarop een gebouwd bedrijfspand.
- Een pand in mede-eigendom kan worden vervangen door een pand in volledige eigendom.
- Volgens de Staatssecretaris van Financiën zijn eigendom en gerechtigheid tot een personenvennootschap niet uitwisselbaar.
- Erfpacht is uitwisselbaar met eigendom, als de erfpacht sterke verwantschap vertoont met het recht van eigendom.
- Een opstalrecht kan worden uitgeruild met eigendom.
- Bij vervanging van beleggingsvastgoed zijn criteria voor de beoordeling van de economische functie onder andere (verschillen in):
 - rendement
 - courantheid
 - inflatiebestendigheid
 - liquideerbaarheid
 - realiseerbaarheid

- Een waardeverschil tussen de vervreemde en de gekochte objecten behoeft geen belemmering te zijn, als het gaat om gelijksoortige verhuurobjecten in het kader van een onderneming tot exploitatie van onroerend goed.

De boekwaarde-eis

De boekwaarde-eis houdt in, dat afboeking van de HIR pas mogelijk is als de (som van) de vervangingsinvestering(en) de boekwaarde van de vervreemde bedrijfsmiddelen overtreft. Investerings, die niet als vervanging dienen, tellen niet mee.

Volgorde van afboeking van HIR

De volgorde van afboeking van de HIR is als volgt:

- Herinvesteringsreserves op korte bedrijfsmiddelen moeten worden afgeboekt op investeringen in korte bedrijfsmiddelen, als dit mogelijk is.
- Voor herinvesteringsreserves wegens boekwinsten op lange bedrijfsmiddelen geldt dat afboeking op korte bedrijfsmiddelen toegestaan is, maar niet verplicht is. Afboeking is wél verplicht, als dat mogelijk is op een vervangend bedrijfsmiddel met dezelfde economische functie.

De wetgever heeft geen bepaling opgenomen, inzake de volgorde, waarin een HIR moet worden afgewikkeld binnen een boekjaar. Aangenomen wordt dat de ondernemer hierin keuzevrijheid heeft.

Boekjaarwijziging

Interessant is dat de wetgever spreekt van het boekjaar van vervreemding + de drie boekjaren erop volgend als mogelijke data voor herinvestering. Als derhalve een herinvesteringsreserve dreigt te “verdampen”, is het bijvoorbeeld in het geval van een boekjaar gelijk aan het kalenderjaar eenvoudig om het lopende boekjaar te verlengen, bijvoorbeeld tot 30 12 2... , zodat er 11 maanden en 30 dagen langer de tijd is om te herinvesteren.

4.3 De fiscale eenheid

4.3.1 Inleiding

Een belangrijke regeling in de vennootschapsbelasting is de fiscale eenheid. Deze paragraaf gaat kort in op de eisen voor het aangaan van een fiscale eenheid en de voor- en nadelen van een fiscale eenheid. Merk op dat de fiscale eenheid vennootschapsbelasting alleen werking heeft voor de vennootschapsbelasting en dat de fiscale eenheid voor de BTW een andere regeling betreft.

De fiscale eenheid zorgt ervoor dat een moeder-B.V. en één of meerdere dochters worden behandeld alsof zij één belastingplichtige zijn voor de vennootschapsbelasting. Na het ontstaan van de fiscale eenheid wordt vennootschapsbelasting geheven bij de moeder-B.V. In het fiscale jargon heet dit dat de dochter-B.V.'s voor de vennootschapsbelasting zijn opgaan in de moeder-B.V. Voor het aangaan van een fiscale eenheid bestaat een groot aantal eisen.

4.3.2 De eisen voor het aangaan van een fiscale eenheid

De belangrijkste eisen voor het aangaan van een fiscale eenheid zijn:

- De moeder-B.V. moet minimaal 95% van de aandelen van de dochter-B.V. in handen hebben. Vereist is zowel het juridische eigendom van de aandelen (de zeggenschap) als het economische eigendom (het financiële belang).
- De boekjaren van de deelnemende B.V.'s moeten samenvallen. Er bestaat een uitzonderingsbepaling voor B.V.'s, die in de loop van een jaar worden opgericht en daardoor een afwijkend boekjaar hebben.

- Alle B.V.'s moeten hetzelfde winstregime hebben. Zo mag een B.V., die de fiscale winst bepaalt aan de hand van speciale regels in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969, geen fiscale eenheid aangaan met een 'normale' B.V. Met deze voorwaarde wil de wetgever voorkomen dat winsten van een 'normale' B.V. via het aangaan van een fiscale eenheid lager belast worden. Let op: Het is niet nodig dat de B.V.'s, die een fiscale eenheid vormen, op exact dezelfde manier hun winst berekenen. Verschillen - bijvoorbeeld bij het waarderen van de voorraad goederen - zijn toegestaan.
- De B.V.'s die een fiscale eenheid willen vormen, moeten samen een verzoek hiertoe indienen bij de Inspecteur van de Belastingdienst. Het verzoek moet worden gedaan bij de Inspecteur, die zich bezighoudt met de aanslagregeling van de moeder-B.V. Het verzoek heeft maximaal drie maanden terugwerkende kracht. De Inspecteur beslist - doorgaans binnen acht weken - op het verzoek van de B.V.'s. Tegen deze beslissing kunnen de B.V.'s zondig binnen zes weken bezwaar maken. Volgt in de bezwaarfase een afwijzende beslissing, dan kan beroep worden ingesteld bij de Belastingrechter.

4.3.3 Wanneer eindigt een fiscale eenheid?

Een fiscale eenheid eindigt wanneer niet langer aan de voorwaarden wordt voldaan. Verder kunnen de deelnemende B.V.'s een gezamenlijk verzoek doen tot beëindiging van de fiscale eenheid.

4.3.4 De voordelen van een fiscale eenheid

De fiscale eenheid heeft onder meer de volgende voordelen:

- De verliezen van de ene B.V., die deel uitmaakt van de fiscale eenheid, kunnen hetzelfde jaar worden verrekend met winsten van een andere B.V., die deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Dit heet horizontale verliescompensatie. De deelnemende B.V.'s kunnen verliezen en winsten onderling compenseren. Zonder het bestaan van een fiscale eenheid kan een moeder-B.V. pas na een faillissement van de dochter-B.V. een verlies in aanmerking nemen.

Voorbeeld:

Karel bezit 100% van de aandelen in de Holding B.V., die op haar beurt alle aandelen bezit van Café B.V. en Bistro B.V. Café B.V. heeft nog nooit winst gemaakt en lijdt dit jaar een verlies van € 250.000. Bistro B.V. maakt € 200.000 winst. De Holding B.V. geniet een bescheiden winst van € 50.000. Door de werking van de fiscale eenheid is er per saldo geen winst ($/ € 250.000 + € 200.000 + € 50.000$) en hoeft er geen vennootschapsbelasting te worden betaald. Zonder een fiscale eenheid zouden Holding B.V. en Bistro B.V. vennootschapsbelasting hebben moeten betalen, terwijl Café B.V. de verliezen in dit jaar niet had kunnen compenseren. Café B.V. zou de verliezen kunnen verrekenen met eventuele winsten in de komende negen jaar.

- De B.V.'s hoeven de winst, die zij maken bij interne leveringen van goederen en diensten (de zogeheten intercompanywinsten), niet te verantwoorden. Er ontstaat fiscaal pas een winst als de producten of diensten worden doorverkocht aan een derde. De Belastingdienst controleert minder streng op onderlinge leveranties. Rente (ontvangen of betaald) op schulden/ vorderingen binnen de fiscale eenheid leidt evenmin tot winst.
- De B.V.'s kunnen binnen een fiscale eenheid schuiven met bezittingen en schulden zonder dat er met de Belastingdienst afgerekend hoeft te worden. De interne organisatie van een concern kan zonder belastingheffing worden veranderd. Denk hierbij aan het opzetten van een holdingstructuur. Er bestaat wel een aantal antimisbruikbepalingen om oneigenlijk gebruik tegen te gaan.
- Er hoeft slechts één aangifte vennootschapsbelasting te worden opgesteld en ingediend bij de Belastingdienst.

Met de komst van de verplichting tot het doen van afzonderlijke winstaangiftes per vennootschap, die tot de fiscale eenheid behoren, wordt dit voordeel evenwel steeds minder zwaarwegend.

4.3.5 De nadelen van een fiscale eenheid

De nadelen van de fiscale eenheid zijn:

- De verliezen van een B.V. uit de jaren vóór het aangaan van de fiscale eenheid (de voorvoegingsverliezen) kunnen moeilijker worden verrekend met winsten van dezelfde B.V. na totstandkoming van de fiscale eenheid.
- Na verbreking van de fiscale eenheid, kan de moeder-B.V. in bepaalde gevallen bij liquidatie van de dochter een lager liquidatieverlies in aftrek brengen.
- De B.V.'s, die deel uitmaken van de fiscale eenheid, kunnen niet ieder afzonderlijk gebruikmaken van de lagere tarieven vennootschapsbelasting over de eerste € 200.000 winst (2014).
Door de tariefschijven van de vennootschapsbelasting (20% over de eerste € 200.000 belastbare winst en 25% over het meerdere boven de € 200.000 (2014)) bedraagt dit nadeel bij een dochter, die € 200.000 of meer belastbare winst maakt, € 10.000.
- De investeringsaftrek wordt beperkt, doordat de investeringen van alle deelnemende B.V.'s bij elkaar worden opgeteld.
- Door de bezitsei van 95% van de aandelen is er slechts een beperkte mogelijkheid om derden (zoals werknemers) een belang in de B.V. te geven.
- Alle dochter-B.V.'s zijn tijdens het bestaan van een fiscale eenheid aansprakelijk voor de vennootschapsbelasting, die de moeder-B.V. moet betalen. De Belastingdienst mag belastingschulden van de ene B.V. verrekenen met belastingvorderingen van de andere B.V.

5 Fiscale gevolgen nieuw B.V.-recht in hoofdlijnen

5.1 Inleiding

In deze paragraaf zullen we beknopt en in algemene termen enige fiscale gevolgen van het nieuwe B.V. recht de revue laten passeren.

De fiscale gevolgen van het nieuwe B.V.-recht worden onder andere behandeld in de 'Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering B.V.-recht'. In deze paragraaf zullen we kort behandelen wat deze wet in het kader van de flexibilisering van het B.V.-recht zegt over de gevolgen voor de vennootschapsbelasting, de inkomstenbelasting, de dienstbetrekking van bestuurders en commissarissen in het licht van de loonbelasting en tenslotte de overdrachtsbelasting.

5.2 Vennootschapsbelasting

B.V.'s zijn en blijven onderworpen aan de vennootschapsbelasting. De nieuwe wet verandert hier niets aan. Vanuit de optiek van de vennootschapsbelasting worden er geen essentiële wijzigingen aangebracht, die maken dat deze rechtsvorm voor de vennootschapsbelasting anders behandeld zou moeten gaan worden. Immers:

- De B.V. blijft een door het rechtspersonenrecht geregelde vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal.
- Het blijft een rechtsvorm, waarbij de aandeelhouders niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor hetgeen in de naam van de B.V. wordt verricht.
- In de voorgestelde regeling, voor wat betreft de uitkeringen, blijft een besluit van de algemene vergadering een vereiste.

5.3 Stemrechtloze en winstrechtloze aandelen

5.3.1 Inleiding

In het nieuwe B.V.-recht wordt relatief veel ruimte geboden voor het maken van eigen afspraken over de inrichting van de vennootschap. Denk hierbij aan de mogelijkheid voor het creëren van stemrechtloze of winstrechtloze aandelen. We zullen door deze ruimere mogelijkheden met betrekking tot de inrichting van de B.V. ook verschillende B.V.'s gaan krijgen. De Minister gaat in op wat dit zal gaan betekenen voor een aantal begrippen, zoals we die in de fiscale wetgeving kennen.

5.3.2 “Verbonden lichaam”

De Wet op de Vennootschapsbelasting kent het begrip “verbonden lichaam” en “verbonden persoon”. Kort gezegd gaat het bij deze begrippen om een belang van tenminste één derde in een (andere) vennootschap. Naast het financiële belang kunnen ook het stemrecht en de aard van de aandelen een rol spelen. De begrippen omvatten zowel directe als indirecte relaties.

5.3.3 Het begrip “belang”

Het fiscale begrip “belang” was al een boeiend begrip. Met de flexibilisering van het B.V.-recht zal dit begrip nog boeiender worden. Door de flexibilisering van het B.V.-recht zullen er qua inrichting een scala van B.V.'s gaan ontstaan, althans dat is wel de verwachting.

Voorlopig wordt ervan uitgegaan dat het begrip “belang” ook onder het nieuwe B.V.-recht voldoende ruimte biedt om bij de invulling ervan op goede wijze rekening te kunnen houden met de verruimde mogelijkheden. Het begrip “belang” biedt ruimte om naast het aandeel in het nominaal gestorte kapitaal in voorkomende gevallen ook rekening te houden met verschillen in zeggenschap, winstgerechtigdheid en de gerechtigdheid tot het liquidatiesaldo van de verschillende soorten aandelen.

5.4 Deelnemingsvrijstelling

Bij de deelnemingsvrijstelling geldt nu een harde formele eis van 5% van het nominaal gestorte kapitaal. Aangegeven wordt dat het kabinet geen reden ziet om deze formele eis door de flexibilisering van het B.V.-recht straks aan te passen. Zowel winstrechtloze als stemrechtloze aandelen kunnen straks onder de deelnemingsvrijstelling vallen en beide tellen mee voor de bepaling van het totale nominaal gestorte kapitaal en voor de 5% grens.

5.5 Bedrijfsfusie

De Wet op de Vennootschapsbelasting (“Wet Vpb”) kent de mogelijkheid van een geruisloze (is zonder fiscale afrekening) bedrijfsfusie. Van een bedrijfsfusie is er sprake als een belastingplichtige een onderneming (of een zelfstandig deel van een onderneming) aan een ander lichaam overdraagt tegen uitreiking van aandelen van dat lichaam. Er worden door de Wet Vpb geen expliciete eisen gesteld aan de soort uit te reiken aandelen. Wél stelt de Wet Vpb onder meer winstbewijzen gelijk met aandelen. Een andere eis is dat de overdrager een adequate tegenprestatie (in de vorm van aandelen in de overnemer) moet ontvangen voor zijn overgedragen onderneming. Deze adequate tegenprestatie is voorlopig, zo is de overweging van de minister, in de standaardvoorwaarden bij de bedrijfsfusie voldoende flexibel om met de nieuwe mogelijkheden, zoals de mogelijkheden van het uitgeven van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen, om te gaan. Een wetsaanpassing acht hij niet nodig. Wél zouden de standaardvoorwaarden op termijn aanpassing kunnen behoeven.

5.6 Fiscale eenheid

Voor het aangaan van een fiscale eenheid is vereist dat de moedermaatschappij “*de juridische en economische eigendom bezit van tenminste 95% van de aandelen in het nominale gestorte kapitaal*” van de dochtermaatschappij. Hierbij telt alleen het daadwerkelijk gestorte kapitaal mee. Als een dochtermaatschappij verschillende soorten aandelen heeft, moeten de aandelen, waarvan de moedermaatschappij de juridische en economische eigendom bezit, gezamenlijk recht geven op tenminste 95% van de winst en het vermogen van de dochtermaatschappij. Uit de wetgeschiedenis valt af te leiden dat de wetgever ervan uitgaat dat de moedermaatschappij ook 95% van de zeggenschapsrechten van de dochtermaatschappij in handen heeft.

Bij de fiscale eenheid zal wel het één en ander aangepast moeten worden met de invoering van het nieuwe B.V.-recht. Na de invoering van het nieuwe B.V.-recht kan zich de situatie voordoen dat een belastingplichtige wel de juridische en economische eigendom van (gewone) aandelen bezit, maar dat aan deze aandelen geen stemrechten zijn verbonden. Onder het nieuwe recht kunnen winstrechten en stemrechten immers over verschillende aandelen verdeeld worden.

Om er nu zeker van te zijn dat een fiscale eenheid alleen mogelijk is als de moedermaatschappij ook de zeggenschap in de dochtermaatschappij heeft, zal artikel 2 van het Besluit Fiscale Eenheid 2003 worden aangepast. In dit artikel zal dan uitdrukkelijk tot uitdrukking worden gebracht dat de moedermaatschappij ook 95% van de stemrechten in de dochtermaatschappij moet bezitten. Er zal nog worden bezien welke verdere wijzigingen het voornoemde Besluit nog behoeft in het licht van het nieuwe B.V.-recht.

5.7 Aanmerkelijk belang

5.7.1 Inleiding

De nieuwe soort aandelen hebben ook gevolgen voor het aanmerkelijk belang. We gaan hier in de volgende paragraaf wat uitgebreider op in.

Van een aanmerkelijk belang is kort gezegd sprake als een natuurlijk persoon al dan niet samen met zijn partner voor tenminste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal aandeelhouder is van een B.V. of N.V. Alle voordelen, onder aftrek van kosten, worden belast in Box 2 tegen een tarief van 25%. Dit geldt zowel voor reguliere voordelen, zoals dividenden, als voor vervreemdingsvoordelen, zoals bij verkoop.

5.7.2 Soort aandelen

Gezien het belang van het onderwerp wordt eerst even kort ingegaan op de theorie achter de soort aandelen. Als een vennootschap verschillende soorten aandelen heeft, kan de belastingplichtige ook een aanmerkelijk belang hebben als hij, al dan niet samen met zijn partner, direct of indirect voor tenminste 5% van het geplaatste kapitaal van een soort aandelen aandeelhouder is. Aandelen behoren tot een aparte soort aandelen als zij op enigerlei wijze van elkaar verschillen en daardoor niet dooreen leverbaar zijn. Een uitzondering op deze hoofdregel geldt voor aandelen, die zich uitsluitend van andere aandelen onderscheiden, doordat daaraan een benoemingsrecht is verbonden, of doordat voor die aandelen een bijzondere aanbiedingsregeling of een daarmee vergelijkbare regeling geldt. Deze aandelen worden niet als afzonderlijke soort aangemerkt.

Van aparte soorten aandelen is in ieder geval sprake in de volgende gevallen:

- Het aandelenkapitaal bestaat uit aandelen met verschillende letters en eigen winstreserves; de aandelen, verschillen in nominale waarde, tenzij de aandelen - in verhouding tot het nominale bedrag - in dezelfde mate delen in de winstreserves en de aan de aandelen verbonden rechten overigens identiek zijn.
- Aan de aandelen zijn verschillende stemrechten verbonden.
- De aandelen kennen verschillende preferenties (bijvoorbeeld bij dividenduitkering of bij liquidatie).
- Aan de aandelen zijn speciale rechten toegekend om belangrijke economische beslissingen over de (onderneming van de) vennootschap te nemen, zoals over fusie, splitsing, consolidatie, verkoop of afstoting van activa of wijzigingen in de aard van de onderneming. Deze rechten zijn essentieel en ingrijpend van betekenis dan de benoemingsrechten en het recht om de naam van de vennootschap te wijzigen.

5.7.3 Aandelen zonder stemrecht

Het nieuwe B.V.-recht creëert de mogelijkheid van aandelen zonder stemrecht, of aandelen met een beperkt stemrecht en winstrecht. Voor het aanmerkelijk belang zullen deze aandelen als een aparte soort moeten worden beschouwd. Voor zover er sprake is van aandelen met bijzondere rechten, dan geldt dat deze aandelen niet worden beschouwd als een aparte soort.

Door middel van de uitgifte van aandelen zonder stemrecht of winstrecht zal een aanmerkelijkbelangpositie gebaseerd op “gewone aandelen” niet wijzigen. Een pakket aandelen zonder stemrecht, of met een beperkt stemrecht en winstrecht kan wel op zichzelf een aanmerkelijk belang gaan vormen, op grond van de soortregeling. Verder is het denkbaar dat aandelen van een bepaalde soort worden omgezet naar aandelen van een andere soort. Hierbij kan dan de vraag opkomen of er sprake is van een vervreemding in de zin van de aanmerkelijkbelangregeling.

Nu spelen deze vragen al bij omzettingen van aandelen naar preferente aandelen of letteraandelen. In het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 23 november 2006, nummer CPP2006/2674M, wordt al dieper ingegaan op de fiscale consequenties van het omzetten van aandelen. De Minister geeft aan dat bij een omvorming van aandelen in aandelen zonder stemrecht de in dat Besluit opgenomen voorwaarden voor de certificering van aandelen van overeenkomstige toepassing zijn.

5.7.4 Gevolgen aanmerkelijk belang

Het verkrijgen van een (soort)aanmerkelijk belang door de verwerving van nieuwe soorten aandelen onder het nieuwe B.V.-recht kan ook betekenen dat andere regelingen van toepassing worden, zoals de terbeschikking-stellingsregeling, de gebruikelijkloonregeling en voor de Successiewet bijvoorbeeld de bedrijfsopvolgingsregeling.

5.8 Dienstbetrekking van bestuurder en commissaris

Het nieuwe B.V.-recht leidt niet tot aanpassing van de in de Wet op de Loonbelasting opgenomen bepalingen over de dienstbetrekking van bestuurders en commissarissen bij B.V.'s.

De bestuurders van B.V.'s zijn en blijven werkzaam in privaatrechtelijke dienstbetrekking. In die optiek wijzigt er niets, dus hoeft er ook niets gewijzigd te worden in de loonbelasting.

De arbeidsverhouding van commissarissen valt niet aan te merken als privaatrechtelijke dienstbetrekking. Om de commissarisvergoeding onder de werking van de loonbelasting te brengen, wordt in de Wet op de Loonbelasting de arbeidsverhouding van een commissaris bij fictie beschouwd als dienstbetrekking. Door het nieuwe B.V.-recht verandert de positie van de commissaris als onafhankelijke toezichthouder - en daarmee het karakter van de arbeidsverhouding van de commissaris - niet. Wél ontstaat de mogelijkheid dat één of meer aandeelhouders een eigen commissaris benoemen.

5.9 Overdrachtsbelasting

Het nieuwe B.V.-recht heeft beperkte gevolgen voor de overdrachtsbelasting. Recentelijk is er bij de bepaling van het belastbaar feit over de verkrijging van aandelen in een onroerendezaaklichaam voor gekozen om slechts die aandelen in de heffing van overdrachtsbelasting te betrekken, die een “belang” in het onroerendezaaklichaam vertegenwoordigen. In paragraaf 6.3 hebben we bij de vennootschapsbelasting al gezien dat de Minister van oordeel is dat het begrip “belang” ruim genoeg is.

Ook bij de overdrachtsbelasting overweegt hij dat de term “belang” een open norm betreft, waarvan de invulling afhankelijk is van feiten en omstandigheden en uiteindelijk plaatsvindt door de praktijk en jurisprudentie. Het nieuwe B.V.-recht is vooralsnog geen reden om de Wet op Belastingen van Rechtsverkeer op dat punt te wijzigen.

6 Innovatiebox

6.1 Inleiding

De innovatiebox is ingevoerd om innovatief onderzoek door ondernemers fiscaal te stimuleren. Alle winsten, die de vennootschap behaalt met innovatieve activiteiten, vallen in deze box.

Voor winsten en verliezen uit immateriële activa, waarvoor een octrooi of een buitenlands patent is verkregen, of waarvoor een S&O-verklaring is verkregen, geldt op verzoek een vrijstelling van 80% van de vennootschapsbelasting, zodat de effectieve heffing uitkomt op 4% 5%. De innovatiebox geldt niet voor merken, logo's, en dergelijke.

Voor toepassing van de innovatiebox moet de vennootschap voldoen aan de volgende voorwaarden:

- De vennootschap ontwikkelt het immateriële activum zelf en heeft hiervoor een octrooi gekregen, of er is een S&O-verklaring voor afgegeven.
- Het inkomen dat de vennootschap met het activum behaalt, moet voor tenminste 30% het directe gevolg zijn van de innovatieve werkzaamheden.

De voordelen moeten groter zijn dan de voortbrengingskosten, die zijn afgetrokken. Dit is de zogeheten “boxdrempel”. De boxdrempel is de som van de voortbrengingskosten in het boekjaar en het saldo van “in te lopen voortbrengingskosten”.

“Innovatieverliezen” vallen niet onder de heffing van 5%. Deze mogen worden verrekend met belastbare winsten van het voorgaande jaar en komende jaren.

6.2 Keuze voor een vast bedrag

Vanaf 2013 kan gekozen worden voor een vast bedrag (forfait) waarop de innovatiebox wordt toegepast. Voor kleinere bedrijven kan dit interessant zijn. Het vaste bedrag is 25% van de totale winst. De ondernemer hoeft dus niet uit te rekenen hoeveel winst er precies toegerekend moet worden aan een immaterieel activum dat is voortgebracht.

De vennootschap mag elk jaar kiezen of het vaste bedrag wel of niet wordt toegepast. Het maximale bedrag waarop de innovatiebox mag worden toegepast, op basis van het forfait, is € 25.000. Het forfait van 25% van de winst, met een maximum van € 25.000, mag worden toegepast in het jaar waarin het immateriële activum is voortgebracht en in de daarop volgende twee jaren.

Het voordeel is beperkt: 80% van 20% vennootschapsbelasting over maximaal € 25.000 = € 4.000 maal 3 jaar = € 12.000, maar goed er zijn dan ook geen verdere kosten aan verbonden.

6.3 Boxdrempel

Er is een ingroeieregeling voor de verlaagde belastingheffing op de voordelen. Dit betekent dat de voortbrengingskosten van immateriële activa niet hoeven te worden geactiveerd om de innovatiebox te kunnen gebruiken. De voordelen, die met die activa zijn behaald, komen echter pas in de innovatiebox als ze uitkomen boven de drempel van de totale voortbrengingskosten van die activa.

De drempel wordt als volgt berekend:

Saldo in te lopen voortbrengingskosten + voortbrengingskosten in het boekjaar = in te lopen voortbrengingskosten.

Als de voordelen in een boekjaar lager zijn dan de in te lopen voortbrengingskosten, wordt het resterende bedrag (het saldo in te lopen voortbrengingskosten aan het einde van het boekjaar) meegenomen naar het volgende boekjaar. Alleen het deel van de voordelen, dat uitkomt boven de in te lopen voortbrengingskosten in het boekjaar (de drempel), valt onder de effectieve heffing van 5%.

De in te lopen voortbrengingskosten worden tegelijk met de aanslag definitief vastgesteld met een beschikking.

6.4 Modellen voor berekening van het innovatieboxvoordeel

De Belastingdienst heeft modellen ontwikkeld om het innovatieboxvoordeel te berekenen. Deze berekeningen worden vervolgens afgestemd met binnen de Belastingdienst opererende specialisten op het gebied van de innovatiebox, waarna in onderling overleg het voordeel wordt vastgesteld. Dat kan voor één jaar, maar gezien de complexe berekeningen en de eenmalige kosten, die een dergelijke exercitie met zich meebrengt, is het aan te raden een dergelijke afspraak doorlopend te maken. De Belastingdienst maakt afspraken voor minimaal vier jaar, waarbij de afspraak kan worden gemaakt dat dergelijke afspraken doorrollen, als de omstandigheden niet gewijzigd zijn. De vennootschap is uiteraard bij dit model wél verplicht gewijzigde omstandigheden te melden en de invloed op de boxtoepassing af te stemmen, overigens niet alleen na vier jaar, maar doorlopend. Het verloop van de vierjaarsperiode kan voor de Belastingdienst een reden zijn om opnieuw in gesprek te gaan over de vraag of de omstandigheden inderdaad ongewijzigd zijn.

De modellen zijn complex, maar geven wel het beste inzicht in hoe tot een voordeeltberekening kan worden gekomen. De modellen zijn op 10 februari 2011 gepubliceerd in Vakstudienieuws en zijn hierna opgenomen met een toelichting.

Jaarrekening	2007	2008	2009	2010	2011	
Omzet	150.000	160.000	150.000	175.000	190.000	
Af: COGS	-60.000	-70.000	-60.000	-70.000	-75.000	Cost of goods sold (inkoop)
Gross Margin	90.000	90.000	90.000	105.000	115.000	Brutomarge
Af: R&D-kosten	-25.000	-30.000	-30.000	-35.000	-37.000	
Af: Sales kosten	-25.000	-30.000	-25.000	-30.000	-32.000	
Af: Overhead/ HQ/ G&A	-10.000	-10.000	-7.000	-10.000	-10.000	
EBIT	30.000	20.000	28.000	30.000	36.000	

Splitsing EBIT (aan de hand van de werkelijk behaalde omzet):

Beloning productie	6.000	7.000	6.000	7.000	7.500	Beloning productiefunctie stel: oB.V. CP+10%
R&D-kosten (niet leidend tot IVA)	25,0%	25,0%	25,0%	25,0%	25,0%	Fundamentele research, R&D, die niet leidt tot een IVA, mislukkingen, et cetera
Routinematige R&D- beloning	625	750	750	875	925	Beloning functie oB.V. CP+10%
Te verdelen over kernfuncties	23.375	12.250	21.250	22.125	27.575	Splitsing oB.V. relatieve verdeling OPEX
Entrepreneursfunctie	20,0%	20,0%	20,0%	20,0%	20,0%	Normaal belast
Sales	40,0%	40,0%	40,0%	40,0%	40,0%	Normaal belast
Toerekenbaar aan R&D	40,0%	40,0%	40,0%	40,0%	40,0%	Berekeningsbasis 12b
In omzet begrepen IP						
vóór 1-1-2007	75,0%	50,0%	25,0%	0,0%	0,0%	Stel: ingroei in 4 jaar
Omzet IP na 1-1-2007	25,0%	50,0%	75,0%	100,0%	100,0%	

Vertaling naar EBIT-splitsing:

IP vóór 1-1-2007	30,0%	20,0%	10,0%	0,0%	0,0%	Normaal belast ("ingroei" o.b.v. werkelijk behaalde omzet)
IP na 1-1-2007	10,0%	20,0%	30,0%	40,0%	40,0%	Art. 12b Vpb ("ingroei" o.b.v. werkelijk behaalde omzet)

Splitsing in bedragen:

Entrepreneursfunctie	4.675	2.450	4.250	4.425	5.515	Normaal belast
Sales	9.350	4.900	8.500	8.850	11.030	Normaal belast
IP vóór 1-1-2007	7.013	2.450	2.125	0	0	Normaal belast ("ingroei")
IP na 1-1-2007	2.338	2.450	6.375	8.850	11.030	Art. 12b Vpb ("ingroei")

Drempelberekening:						
Winst IP na 1-1-2007	2.338	2.450	6.375	8.850	11.030	
Relevante R&D kn.	4.688	10.313	15.938	22.500	24.750	Bijtelling de facto ingelopen voortbrengingskosten (+A -A)
Bruto-opbrengst nieuwe IP	7.025	12.763	22.313	31.350	35.780	Brutovoordeel t.b.v. drempelberekening
Af: Voortbrengingskosten/ ingroeimodel					Stel: ingroei in 4 jaar	
2007	4.688	4.688	4.688	4.688		18.750
2008		5.625	5.625	5.625	5.625	22.500
2009			5.625	5.625	5.625	Ultimo 2011 resteert: 25% van R&D-kosten 2009
2010				6.563	6.563	Ultimo 2011 resteert: 50% van R&D-kosten 2009
2011					6.938	Ultimo 2011 resteert: 75% van R&D-kosten 2009
Totaal	4.688	10.313	15.938	22.500	24.750	
Drempel 1/1	4.688	10.313	15.938	22.500	24.750	
Bij: Restant vorig jaar		0	0	0	0	
Drempel 1/1 totaal	4.688	10.313	15.938	22.500	24.750	
Af: Bruto-opbrengst	-7.991	-12.920	-24.731	-34.313	-40.063	
Drempel 31/12	-3.303	-2.608	-8.794	-11.813	-15.313	Drempelbedrag is puur cijfermatig, een drempel kan eigenlijk niet negatief zijn
	<0	<0	<0	<0	<0	< 0: drempel niet ingelopen/
< 0: drempel wél ingelopen						
Max. boxwinstruimte	3.303	2.608	8.794	11.813	15.313	
Octrooiboxwinst	3.303	2.608	8.794	11.813	15.313	
Boxruimte	18.750	56.697	117.839			M.i.v. 2010 vervalt boxruimte-beperving
Af: Gebruikt	-3.303	-2.608	-8.794			
Resteert	15.447	54.089	109.046			

Recap						
Belast volgens Art. 12b	3.303	2.608	8.794	11.813	15.313	
Af: Grondslag-vermindering	-2.008	-1.585	-5.345	-9.496	-12.310	2008/2009: $x - (15,5/25,5\%)/$ 2010 e.v. $'x - (20,5/25,5\%)$
Herrekenende belastbare winst	1.295	1.023	3.449	2.316	3.002	= $(10\%/25,5\%) \times$ belast volgens Art. 12b
Bij: Normaal belast	26.697	17.393	19.206	18.188	20.688	
Totale belastbare winst	27.992	18.415	22.655	20.504	23.690	
Te betalen belasting	7.138	4.696	5.777	5.228	6.041	
Voordeel belastbare winst	2.008	1.585	5.345	9.496	12.310	
Voordeel in belasting EUR	512	404	1.363	2.422	3.139	
Totaal					7.328	
ETR	23,8%	23,5%	20,6%	17,4%	16,8%	

AANNAMES

1. Alle aannames moeten onderbouwd kunnen worden; het verkrijgen van wederzijds "comfort" is leidend!
2. Alle IP is gepatenteerd; octrooi is aangevraagd en verkregen na 1 januari 2007.
3. Patenten relevante IP zijn verkregen vóór einde boekjaar -> zo niet dan doorontwikkeling, tenzij te onderbouwen.
4. Consequentie doorontwikkeling: reële beloning oude IP.
5. Sales, R&D en entrepreneursfunctie zijn kernfuncties, productie is routinematige functie (blijkt bijvoorbeeld uit bestaande TP Study).
6. Geen post-EBIT aan Art. 12b IP toerekenbare baten/ lasten.
7. Bepaling voortbrengingskosten en ingroeieregeling oB.V. vooroverleg.
8. Sanity check: Profit Split B.V. OPEX-verhoudingsgetallen:

R&D	25.000	42,0%
Sales	25.000	42,0%
SG&A	10.000	17,0%
-	<u>60.000</u>	Totaal

WIJZIGINGEN

1. Cost-plus beloning voor R&D, die niet leidt tot IVA.
2. In de "bruteringsberekening" worden alleen de jaarlijks ingelopen voortbrengingskosten bijgeplust (" +A -A").
3. De voortbrengingskosten worden eveneens via een ingroei-model behandeld, indien mogelijk parallel lopend met de ingroei in voordelen.
4. Voorgestelde wetwijzigingen met ingang van 2010 verwerkt (tarief, boxruimte).

Jaarrekening	2007	2008	2009	2010	2011	
Omzet	150.000	160.000	150.000	175.000	190.000	
Af: COGS	-60.000	-70.000	-60.000	-70.000	-75.000	Cost of goods sold (inkoop)
Gross Margin	90.000	90.000	90.000	105.000	115.000	Brutomarge
Af: R&D-kosten	-25.000	-30.000	-30.000	-35.000	-37.000	
Af: Sales kosten	-25.000	-30.000	-25.000	-30.000	-32.000	
Af: Overhead/ HQ/ G&A	-10.000	-10.000	-7.000	-10.000	-10.000	
EBIT	30.000	20.000	28.000	30.000	36.000	
Splitsing EBIT (aan de hand van de werkelijk behaalde omzet):						
Beloning productie	6.000	7.000	6.000	7.000	7.500	Beloning productiefunctie stel: o.B.V. CP+10%
Beloning sales	4.500	4.800	4.500	5.250	5.700	Resale minus 3%
R&D-kosten (niet leidend tot IVA)	25,0%	25,0%	25,0%	25,0%	25,0%	Fundamentele research, R&D die niet leidt tot een IVA, mislukkingen et cetera
Routinematige R&D beloning	625	750	750	875	925	Beloning functie o.B.V. CP+10%
Te verdelen over kernfuncties	18.875	7.450	16.750	16.875	21.875	Splitsing o.B.V. relatieve verdeling OPEX normaal belast
Entrepreneursfunctie	30,0%	30,0%	30,0%	30,0%	30,0%	Normaal belast
Toerekenbaar aan R&D	70,0%	70,0%	70,0%	70,0%	70,0%	Berekeningsbasis Art. 12b
In omzet begrepen IP vóór 1-1-2007	75,0%	50,0%	25,0%	0,0%	0,0%	Stel: ingroei in 4 jaar
Omzet IP na 1-1-2007	25,0%	50,0%	75,0%	100,0%	100,0%	
"Vertaling" naar EBIT-splitsing:						
IP vóór 1-1-2007	53,0%	35,0%	18,0%	0,0%	0,0%	Normaal belast ("ingroei" o.b.v. werkelijk behaalde omzet)
IP na 1-1-2007	18,0%	35,0%	53,0%	70,0%	70,0%	Art. 12b Vpb ("ingroei" o.b.v. werkelijk behaalde omzet)
Splitsing in bedragen:						
Entrepreneursfunctie	5.663	2.235	5.025	5.063	6.563	Normaal belast
IP vóór 1-1-2007	9.909	2.608	2.931	0	0	Normaal belast ("ingroei")
IP na 1-1-2007	3.303	2.608	8.794	11.813	15.313	Art. 12b Vpb ("ingroei")

Drempelberekening:						
Winst IP na 1-1-2007	3.303	2.608	8.794	11.813	15.313	
Relevante R&D kn.	4.688	10.313	15.938	22.500	24.750	Bijtelling de facto ingelopen voortbrengingskosten (+A A)
Bruto-opbrengst nieuwe IP	7.991	12.920	24.731	34.313	40.063	Brutovoordeel t.b.v. drempelberekening
Af: Voortbrengingskosten/ ingroeimodel					Stel: ingroei in 4 jaar	
2007	4.688	4.688	4.688	4.688		18.750
2008		5.625	5.625	5.625	5.625	22.500
2009			5.625	5.625	5.625	Ultimo 2011 resteert: 25% van R&D-kosten 2009
2010				6.563	6.563	Ultimo 2011 resteert: 50% van R&D-kosten 2009
2011					6.938	Ultimo 2011 resteert: 75% van R&D-kosten 2009
Totaal	4.688	10.313	15.938	22.500	24.750	
Drempel 1/1						
Drempel 1/1	4.688	10.313	15.938	22.500	24.750	
Bij: Restant vorig jaar		0	0	0	0	
Drempel 1/1 totaal	4.688	10.313	15.938	22.500	24.750	
Af: Bruto-opbrengst	-7.991	-12.920	-24.731	-34.313	-40.063	
Drempel 31/12	-3.303	-2.608	-8.794	-11.813	-15.313	Drempelbedrag is puur cijfermatig, een drempel kan eigenlijk niet negatief zijn
	<0	<0	<0	<0	<0	< 0: drempel niet ingelopen / < 0: drempel wél ingelopen
Max. boxwinstruimte	3.303	2.608	8.794	11.813	15.313	
Octrooiboxwinst	3.303	2.608	8.794	11.813	15.313	
Boxruimte						
Boxruimte	18.750	56.697	117.839			M.i.v. 2010 vervalt boxruimtebeperking
Af: Gebruikt	-3.303	-2.608	-8.794			
Resteert	15.447	54.089	109.046			
Recap						
Belast volgens Art.12b	3.303	2.608	8.794	11.813	15.313	
Af: Grondslagvermindering	-2.008	-1.585	-5.345	-9.496	-12.310	2008/2009: $x - (15,5/25,5\%) / 2010$ e.v. ' $x - (20,5/25,5\%)$
Herrekenende belastbare winst	1.295	1.023	3.449	2.316	3.002	= $(10\%/25,5\%) \times$ belast volgens Art. 12b
Bij: Normaal belast	26.697	17.393	19.206	18.188	20.688	
Totale belastbare winst	27.992	18.415	22.655	20.504	23.690	
Te betalen belasting	7.138	4.696	5.777	5.228	6.041	

Voordeel belastbare winst	2.008	1.585	5.345	9.496	12.310	
Voordeel in belasting EUR	512	404	1.363	2.422	3.139	
Totaal					7.328	
ETR	23,8%	23,5%	20,6%	17,4%	16,8%	

AANNAMES

1. Alle aannames moeten onderbouwd kunnen worden; het verkrijgen van wederzijds "comfort" is leidend!
2. Alle IP is gepatenteerd; octrooi is aangevraagd en verkregen na 1 januari 2007.
3. Patenten relevante IP zijn verkregen vóór einde boekjaar -> zo niet, dan doorontwikkeling, tenzij te onderbouwen.
4. Consequentie doorontwikkeling: reële beloning oude IP.
5. Sales, R&D en entrepreneursfunctie zijn kernfuncties, productie is routinematige functie (blijkt bijvoorbeeld uit bestaande TP Study).
6. Geen post-EBIT aan Art. 12b IP toerekenbare baten/lasten.
7. Bepaling voortbrengingskosten en ingroeieregeling oB.V. vooroverleg.
8. Sanity check: Profit Split B.V. OPEX-verhoudingsgetallen:

R&D	25.000	42%
Sales	25.000	42%
SG&A	10.000	17%
	<u>60.000</u>	Totaal

WIJZIGINGEN

1. Cost-plus beloning voor R&D, die niet leidt tot IVA.
2. In de "bruteringsberekening" worden alleen de jaarlijks ingelopen voortbrengingskosten bijgeplust (" +A -A").
3. De voortbrengingskosten worden eveneens via een ingroei-model behandeld, als mogelijk parallel lopend met de groei in voordelen.
4. Voorgestelde wetswijzigingen met ingang van 2010 verwerkt (tarief, boxruimte).

De modellen laten zien hoe de regeling van de innovatiebox praktisch uitwerkt. De modellen stammen overigens nog uit 2010 en zijn derhalve nog niet aangepast aan de nieuwe (vennootschapsbelasting) percentages, die in 2011 gelden. In het eerste model is de 'sales' geen kernfunctie van de onderneming, in het tweede model wel. Wij komen verderop in deze aantekening op dit onderscheid terug.

Methoden voor het bepalen van de voortbrengingskosten

Er zijn twee, gebruikelijke manieren om de voortbrengingskosten (zoals loonkosten, octrooikosten, testkosten, managementkosten, verkoopkosten, et cetera) te categoriseren, namelijk:

- de directe methode
- de indirecte methode.

Bij de directe methode worden de directe kosten rechtstreeks toegerekend aan het voortgebrachte activum.

De indirecte kosten worden via een opslag toegerekend aan het voortgebrachte activum.

Bij de indirecte methode worden de voortbrengingskosten naar kostensoort gespecificeerd en vervolgens op basis van een verdeelsleutel aan het voortgebrachte activum gealloceerd. De verdeelsleutel wordt dan vastgesteld aan de hand van de totale loonkosten van het voortgebrachte activum of op basis van de urenadministratie.

Welke voordelen zijn tegen effectief 5% belast?

De voordelen worden pas tegen effectief 5% belast, zodra de voordelen de voortbrengingskosten overtreffen. Als er exploitatieverliezen worden geleden, die tegen het normale vennootschapsbelastingtarief van 20% respectievelijk 25% aftrekbaar zijn, moeten ook deze verliezen op een later moment weer worden ingehaald.

De voordelen of opbrengsten, die met het activum worden behaald (dus ook vervreemdingsvoordelen), moeten worden verdeeld over de verschillende functies binnen de onderneming, zoals ondernemerschap, sales en marketing en research & development (R&D). Als uitgangspunt wordt de EBIT (earnings before interest en tax) gehanteerd.

De EBIT kan op twee manieren aan de innovatiebox worden toegerekend:

- via een percentage van de (EBIT-)marge, of
- via de afpelmethode.

Percentage van de marge

Bij een percentage van de marge wordt een praktische afspraak met de Belastingdienst gemaakt, waarbij tussen 5% en 25% van de marge wordt belast in de innovatiebox. De exacte hoogte van het percentage is afhankelijk van het risico dat wordt gelopen. De praktische afspraken, die met de Belastingdienst worden gemaakt, gelden gemiddeld voor drie à vier jaar.

Afpelmethode

De afpelmethode is een op de 'transfer pricing'-regels geënte wijze van berekenen. Binnen de afpelmethode worden de verschillende functies als volgt gewaardeerd:

- routinefuncties, zoals productie, administratie, et cetera, worden gewaardeerd op basis van cost plus (in het voorbeeld 10%) of resale minus (in casu 3%)
- kernfuncties (ondernemerschap, sales & marketing, et cetera) worden beloond met een percentage van de winst
- het restant wordt toebedeeld aan de R&D, die niet leidt tot investeringsaftrek.

Het gedeelte van de R&D, dat toerekenbaar is aan het ontwikkelde activum, wordt belast in de innovatiebox.

Op dit punt zien we het onderscheid tussen de twee modellen. In het eerste model is de 'sales' een routinematige functie. Dit is doorgaans het geval als de ondernemer uitsluitend business-to-business handelt. Handelt de onderneming ook met consumenten, dan kan 'sales' wel een kerncompetentie van de onderneming zijn. In dat geval gelden er dus zeer waarschijnlijk andere percentages, hetgeen gevolgen heeft voor wat aan de innovatiebox moet worden toegerekend.

Om het onderscheid duidelijk te maken, geven wij van elk een nader, gestileerd voorbeeld:

De EBIT bedraagt	€	1.000
Aan de routinefuncties toegerekend (productie en sales, cost plus 10% respectievelijk resale minus 3%)	€	150 -/-
Resteert	€	850
Ondernemerschap (60% van € 850)	€	510 -/-
Toerekenbaar aan R&D	€	340
Van de R&D is 30% toerekenbaar aan het activum	€	102

Het bedrag van € 102 wordt belast in de innovatiebox tegen effectief 5%.

De EBIT bedraagt	€	1.000
Aan de routinefunctie productie wordt cost plus 10% toegerekend	€	100 -/-
Resteert	€	900
Ondernemerschap (40% van € 900)	€	360 -/-
Sales (20% van € 900)	€	180 -/-
Toerekenbaar aan R&D	€	360
Van de R&D is 30% toerekenbaar aan het activum	€	108

Het bedrag van € 108 wordt belast in de innovatiebox tegen effectief 5%.

Met de Belastingdienst dient bij de afpelmethode dus te worden afgestemd:

- het cost-pluspercentage/ resale minus het percentage van de routinefuncties
- het percentage van de kernfuncties
- de verhouding van de aan het immateriële activum toe te rekenen R&D-kosten in relatie tot de totale omzet.

6.5 Tot slot

Om er zeker van te zijn dat respectievelijk welke voordelen in de innovatiebox zullen worden belast, zal (zullen) de ondernemer (en zijn adviseur) in overleg moeten met de Belastinginspecteur. Het lijkt erop dat de aangewezen contactinspecteurs, door vooraf dergelijke modellen ter beschikking te stellen aan de ondernemer, ook nadrukkelijk de dialoog zoeken. Dat is positief. De algemene modellen laten bij uitstek zien dat de innovatiebox maatwerk is en dat daarbij het freies Ermessen van een Inspecteur een cruciale rol speelt. Wij spreken de wens uit dat zij dat in alle openheid (blijven) doen (Bron: VN10/2/2011,2011/9.11).

7 Fiscaal afwijkende waarderingen

7.1 Inleiding

De commerciële jaarrekening moet voldoen aan het getrouwe beeld. Dit wordt gevormd door de wet, de daaraan gekoppelde richtlijnen voor de jaarverslaggeving en ontwikkelingen in het maatschappelijk verkeer. De fiscale winst wordt bepaald aan de hand van wettelijke regelingen en de daarop gebaseerde rechtspraak. Hierbij geldt als richtsnoer het zogenaamde “goedkoopmansgebruik”. Vaak komen de fiscale regels overeen met de commerciële regels, maar soms wijken zij af. Dan ontstaat er een verschil tussen het fiscale en het commerciële resultaat. Als voorbeelden kunnen worden genoemd:

- fiscaal wordt soms sneller afgeschreven dan commercieel
- bij de verkoop van een bedrijfsmiddel kan voor de boekwinst een herinvesteringsreserve worden gevormd en vervolgens worden afgeboekt op het vervangende bedrijfsmiddel, terwijl commerciële winst wordt gerealiseerd
- aftrek van rente kan fiscaal anders worden beoordeeld.

Het tijdelijke verschil tussen fiscaal en commercieel vermogen leidt tot een belastinglatentie in de commerciële jaarrekening.

7.2 Waardering en afschrijving van materiële vaste activa

De fiscale waardering en afschrijving van materiële vaste activa hoeft niet veel anders te zijn dan op commerciële basis, zij het dat fiscaal slechts waardering op de verkrijgingsprijs minus afschrijvingen is toegestaan.

De meest gebruikelijke commerciële afschrijvingsmethoden zijn:

- Een vast percentage van: aanschaffingsprijs -/ restwaarde.
- Een vast percentage van de boekwaarde, totdat de restwaarde is bereikt. Dit mag alleen als de prestaties van het bedrijfsmiddel in de loop van de tijd afnemen.
- Afschrijving over de aanschaffingsprijs tot de restwaarde.
- Afschrijving naar een afnemend percentage als de bedrijfswaarde in een eerdere periode sneller daalt dan in de volgende periodes.
- De intensiteitsmethode, waarbij afschrijving plaatsvindt naar intensiteit van het gebruik (bijvoorbeeld een afschrijving per kilometer).

7.3 Willekeurige afschrijving

Onder omstandigheden is fiscaal willekeurige afschrijving toegestaan.

Willekeurig afschrijven betekent dat de ondernemer naast de gewone afschrijving zelf bepaalt hoe en wanneer een bedrijfsmiddel wordt afgeschreven. Hierbij mag de boekwaarde van het bedrijfsmiddel niet lager worden dan de restwaarde. Willekeurige afschrijving geldt voor bepaalde bedrijfsmiddelen, zoals milieubedrijfsmiddelen. Er zijn een aantal vormen van willekeurige afschrijving.

Willekeurige afschrijving voor starters

Ondernemers/ natuurlijke personen komen voor de facilititeit in aanmerking, als zij recht hebben op de startersaftrek. De willekeurige afschrijving zal kunnen worden toegepast op bedrijfsmiddelen, die zijn verworven of zijn voortgebracht in een jaar dat de startersaftrek wordt genoten of in het jaar dat daaraan vooraf gaat (aanloopfase). De ondernemer/ natuurlijk persoon, die startersaftrek geniet, kan bedrijfsmiddelen, die in de aanloopfase zijn aangeschaft of voortgebracht, alsnog willekeurig afschrijven voor zover de kosten niet al in aanmerking zijn gekomen.

De regeling geldt niet voor bedrijfsmiddelen, die ter beschikking worden gesteld aan derden, investeringen in gronden, personenauto's, effecten, goodwill, vergunningen en concessies (alleen voor investeringen waarvoor de kleinschaligheidsinvesteringsaftrek kan worden geclaimd).

Investerings in bedrijfsmiddelen zijn gebonden aan een maximum om in aanmerking te komen voor willekeurige afschrijving. Mocht in enig jaar het plafond worden overschreden, dan zal de willekeurige afschrijving slechts op een gedeelte van de investeringen kunnen worden toegepast.

De startende ondernemer kan in dat geval zelf aangeven met betrekking tot welke bedrijfsmiddelen de willekeurige afschrijving wordt toegepast.

VAMIL-regeling (Regeling willekeurige afschrijving milieu-investeringen)

Bedrijfsmiddelen, die van belang zijn voor het milieu, kunnen willekeurig, tenzij vervoegd, worden afgeschreven.

De bedrijfsmiddelen, die hiervoor in aanmerking komen, zijn opgenomen in een milieulijst. De Ministeries van Infrastructuur en Milieu en Financiën zijn verantwoordelijk voor de MIA- en de VAMIL regeling. De Belastingdienst en het Agentschap NL voeren de regelingen uit.

7.4 Waardering van voorraden

Voorraden kunnen worden gewaardeerd op kostprijs of actuele waarde. Als waardering op de kostprijs plaatsvindt, bestaat deze uit de verkrijgings- of vervaardigingsprijs en overige kosten om de voorraden in huidige staat en op de huidige plaats te brengen.

De waardering gelijksoortige bestanddelen van voorraden mag geschieden volgens gewogen gemiddelde prijzen, volgens LIFO of FIFO. LIFO (last in, first out) houdt in dat de laatst aangekochte voorraad wordt geacht als eerste te worden verkocht. FIFO (first in, first out) houdt in dat de eerst ingekochte voorraad geacht wordt als eerste te worden verkocht. FIFO geeft in zijn algemeenheid een beter inzicht in het vermogen, aangezien met LIFO een stille reserve wordt gevormd, uitgaande van stijgende prijzen. Als het verschil met de marktwaarde aanzienlijk is, wordt dit vermeld. Voorraden worden veelal gewaardeerd op de kostprijs, zodat geen verschil met de commerciële jaarrekening bestaat. In de kledingbranche is op grond van de zogenaamde "kledingresolutie" een afwijkende afschrijving van de voorraad toegestaan, welke commercieel niet gevolgd hoeft te worden.

Volgens deze resolutie mag de ondernemer/ detaillist de hierna genoemde groepen van handelsgoederen waarderen op de aanschaffingsprijs, verminderd met bij elke groep vermelde afwaarderingspercentages vanwege geringe verkoopbaarheid, waarvan men veronderstelt door de periode gedurende waarop de goederen op de balansdatum al in voorraad zijn.

Afd.	omschrijving	afwaarderingspercentage maximaal						
		0-3 mnd	3-6 mnd	6-9 mnd	9-12 mnd	12-18 mn	18-24 mnd	meer dan 2 jr
A	Kledingstoffen	10	30	50	60	70	80	80
B	Damesmodeartikelen	10	30	50	60	70	80	80
C	Onder- en nachtkleding	0	15	20	30	40	60	80
D	Kousen en sokken	0	15	20	30	40	60	80
E	Corsetterie	0	15	20	30	40	60	80
F	Babyartikelen	0	15	20	30	40	60	80
G	Strand- en badkleding	10	30	50	60	70	80	80
H	Huishoudgoederen	0	15	20	25	30	50	70
I	Damesschoenen	10	20	30	40	50	60	80
J	Bedrijfskleding en schorten	0	15	20	25	30	50	70
K	Damesbovenkleding	10	30	50	60	70	80	80
L	Meisjes- en kleuterbovenkleding	10	30	50	60	70	80	80
M	Bonneterie	10	30	50	60	70	80	80
N	Heren- en jongens- bovenkleding	10	25	35	45	55	65	80
O	Heren- en jongens- modeartikelen	10	25	35	45	55	65	80
P	Dekens en matrassen	0	15	20	25	30	50	70
Q	Herenschoenen	10	20	25	30	40	55	75
R	Gordijn- en bekledingsstoffen	0	15	20	25	30	50	70
S	Tapijten en vloerbedekking	0	15	20	25	30	50	70
T	Meubelen	0	15	20	25	30	50	70
U	Handbreigarens en handwerken	0	15	20	25	30	50	70
W	Kleinvakartikelen	0	15	20	25	30	50	70
Y	Niet-textiel	0	25	35	45	55	65	80

Deze wijze van voorraadwaardering kan voorlopig worden toegepast, als de volgende beperkingen worden aangebracht:

- De aftrek van 10% voor goederen, die drie maanden of korter in voorraad zijn en behoren tot de groepen A, B, G, I, K, L, M, N, O of Q is slechts toegestaan, als de balansdatum ligt tussen 30 december en 1 februari of tussen 29 juni en 1 augustus.
- De tijd tussen de bestelling door en de levering aan de ondernemer/ detailist telt niet mee bij de bepaling van het aantal maanden of jaren dat een goed op de balansdatum al in voorraad is.
- Het is niet toegestaan het bovengenoemde toe te passen op een deel van de goederen, die tot één van de vermelde artikelgroepen behoren, en voor een ander deel een ander stelsel toe te passen.

Bovenstaande tabel kan alleen worden toegepast op goederen, waarvan de aanschaffingsprijs en het tijdstip van levering bekend zijn. De aanschaffingsprijs van goederen, waarvan de verkoopprijs is bepaald door de aanschaffingsprijs met een zeker brutowinstpercentage te verhogen, kan uiteraard worden vastgesteld door uit de verkoopprijs met behulp van dit percentage de aanschaffingsprijs te berekenen. Van goederen, waarvan de verkoopprijs op een andere wijze tot stand is gekomen, bijvoorbeeld oudere goederen, zal de aanschaffingsprijs dus niet kunnen worden vastgesteld.

De in dit besluit getroffen regeling geldt in beginsel voor onbepaalde tijd. Voor de voorraad, die niet onder de in dit besluit opgenomen regeling te scharen is, gelden de algemene waarderingsregels volgens goed koopmansgebruik. De belastingplichtige kan de voorraad individueel (af)waarderen als daar aanleiding toe is. De individuele afwaardering moet wél aannemelijk worden gemaakt.

Waardering volgens het ijzerenvoorraadstelsel is fiscaal aanvaardbaar, maar commercieel niet. Bij het ijzerenvoorraadstelsel wordt uitgegaan van een "normale", gemiddeld aanwezige voorraad. Deze wordt gewaardeerd op de historische uitgaafprijs. Is de voorraad groter of kleiner dan de normale voorraad, dan wordt het meerdere gewaardeerd op de kostprijs en het verschil, als dit minder is, tegen de marktprijs afgetrokken van de waardering van de ijzeren voorraad. Dit systeem is alleen toepasbaar voor soortgelijke goederen. Commercieel is dit waarderingsstelsel niet aanvaardbaar, gezien het feit dat dit systeem leidt tot een te lage waardering en een te lage winstverantwoording.

7.5 Waardering van onderhanden werk

Bij onderhanden werk gaat het om langlopende projecten en opdrachten, zoals een bouwwerk, waaraan langere tijd wordt gewerkt. In de kostprijs dienen alle direct toerekenbare kosten meegenomen te worden, zoals lonen, materialen, kosten en afschrijving van gebruikte machines, energie en werk door derden. Ook moet het constante deel van de algemene kosten, zoals loonkosten van de algemene leiding en huisvestingskosten, in de waardering opgenomen worden en moet (een evenredig deel van) de winsttopslag geactiveerd worden.

Winstneming gebeurt gedurende het verloop van het project en niet op het moment van gereedkomen. Als een opdracht voor de helft klaar is, dan moet dus de helft van de overeengekomen verwachte marge op dat moment geactiveerd zijn. Dit activeren leidt vervolgens tot winstneming (percentage of completion).

Commercieel mag ook winstneming plaatsvinden bij oplevering dan wel voltooiing van het project; de opbrengsten worden gedurende de looptijd van het project in de winst-en-verliesrekening verwerkt tot het bedrag van de gemaakte projectkosten, dat waarschijnlijk kan worden verhaald. De projectkosten worden verwerkt in de winst-en-verliesrekening in de periode waarin ze worden gemaakt. Deze methode is fiscaal niet toegestaan.

7.6 Statische en dynamische voorziening dubieuze debiteuren

Een voorziening voor dubieuze debiteuren (afnemers, die niet van plan zijn te gaan betalen) kan op twee wijzen worden bepaald. Door middel van de statische methode of door middel van de dynamische methode.

De statische methode is een individuele bepaling van de posten, waarvan men denkt dat deze niet inbaar zijn in de toekomst. Deze wijze van bepalen is onafhankelijk van de omzet. De dynamische methode is een bepaling van deze posten, die gerelateerd (een percentage van) is aan de omzet. Het percentage dat hiervoor gebruikt wordt, wordt gebaseerd op de historie. Bij deze wijze van bepalen wordt niet per debiteur individueel een schatting gemaakt. De statische methode verdient meestal de voorkeur, omdat daarmee een beter inzicht in de balans c.q. jaarrekening wordt gegeven. Een dotatie aan de voorziening dubieuze debiteuren gaat ten laste van het resultaat.

Statische methode

Deze methode is gebaseerd op het voorzichtigheidsbeginsel, verliezen mogen worden genomen op het moment dat deze reëel zijn.

Op basis van de openstaande postenlijst beoordeelt men of er debiteuren bij zijn, die niet meer zullen gaan betalen. Van het openstaande bedrag van deze debiteuren wordt een schatting gemaakt, welk deel niet binnen zal komen, hiervan wordt een voorziening opgenomen. Het bedrag van de voorziening is altijd exclusief omzetbelasting, omdat deze kan worden teruggevorderd van de Belastingdienst als de rekening definitief niet wordt betaald (bijvoorbeeld door faillissement).

Mocht de debiteur toch betalen, dan wordt het bedrag, dat eerder op de voorziening is geboekt, weer afgeboekt ten gunste van het resultaat.

Dynamische methode

Deze methode is gebaseerd op het matchingbeginsel, kosten worden toegerekend aan die periode, waarin met die kosten de opbrengsten worden behaald.

Bij iedere verkoopboeking wordt een percentage ten laste van het resultaat aan de voorziening toegevoegd. Mocht er dan een debiteur zijn, die daadwerkelijk niet gaat betalen, dan wordt de voorziening verminderd met dit bedrag, dit heeft dan geen invloed op het resultaat. Zoals ook geldt bij de statische methode, mochten de afnemers minder betalen (en er dus sprake is van meer afboekingen) dan het voorziene percentage van de omzet, dan heeft de restantafboeking wel negatieve invloed op het resultaat.

Afboeking dubieuze debiteuren

Bij definitieve afboeking van een debiteurenpost kan dit gevolgen hebben voor diverse belastingen. Men kan onder omstandigheden de BTW terugvorderen. Wordt de vordering op de debiteur omgezet in een lening, wordt er rente berekend, dan is de BTW niet meer terug te vorderen (een betalingsregeling is geen lening).

Voor de aftrekbaarheid in de B.V. (vennootschapsbelasting) is in onderstaande overzicht aangegeven wanneer een afboeking wel of niet aftrekbaar is.

Partij	afboeking	af trek in B.V.	
Derde	voldoende actie		ja
	vrijwel geen actie		nee
Gelieerd	zakelijk? zou een derde dit risico hebben genomen?	ja	ja
		nee	nee

Bij de vraag "betreft het een afboeking, een zakelijke vordering?" is eigenlijk de vraag: "Zou een derde dit risico hebben genomen?" Om dat te kunnen beantwoorden, kijkt men of er zekerheden zijn gesteld, of er een (zakelijke) rente is bedongen, wat de (gebruikelijke) betalingscondities zijn, of de solvabiliteit van de onderneming positief is bij levering en hoe deze tussentijds is.

7.7 Waardering van deelnemingen en goodwill

Volgens de fiscale wetgeving is er sprake van een deelneming als er een belang is, waarop de zogenoemde deelnemingsvrijstelling van toepassing kan zijn. Van een deelneming in deze zin is onder meer sprake als een belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting een aandelenbelang heeft in een andere vennootschap, waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld en dat belang tenminste 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal van die andere vennootschap bedraagt.

Deze definitie wijkt af van de definitie in het BW, wat kan leiden tot andere classificatie van kapitaalbelangen.

Deelnemingen worden fiscaal gewaardeerd op de verkrijgingsprijs of lagere bedrijfswaarde. Commercieel worden deelnemingen veelal op nettovermogenswaarde gewaardeerd. De goodwill, die commercieel tot uitdrukking komt, komt fiscaal niet tot uitdrukking. De afschrijving "goodwill" is fiscaal door de werking van de deelnemingsvrijstelling niet aftrekbaar. Als fiscaal al een afwaardering op lagere bedrijfswaarde plaatsvindt, leidt dit door de werking van de deelnemingsvrijstelling niet tot aftrek.

7.8 Pensioenvoorziening

Pensioenvoorzieningen worden gewaardeerd op de contante waarde van de verwachte toekomstige uitkeringen, daarom dient de waarde actuariel te worden bepaald. Hierbij heeft de rechtspersoon relatieve vrijheid in de keuze van het rentepercentage, waarmee contant wordt gemaakt, tenzij een lange termijn zakelijke rente wordt gekozen en ook met de wijze waarop wordt omgegaan met leeftijdsterugstellingen in de berekening van sterftekansen van de verzekerde(n). Commercieel dient de opgenomen verplichting voldoende te zijn om aan de toekomstige verplichtingen te voldoen. Te weinig voorzien leidt tot onzuiverheid en fiscale belastbaarheid van de gehele voorziening in de inkomstenbelasting. Uitzondering is de kleine rechtspersoon, die op fiscale grondslagen mag waarden. Omdat fiscaal andere uitgangspunten mogen c.q. moeten worden gekozen, kan een voorziening voor latente belastingverplichtingen worden opgenomen.

Een kleine rechtspersoon mag op fiscale grondslagen de pensioenvoorziening waarden, het gehanteerde rentepercentage bedraagt dan minimaal 4%. Commerciële waardering geschiedt in de regel op basis van de actuele rentestand (2014: 1,5% à 2%) dan wel het verwachte rendement van de vennootschap. Samen met de verplichtingen bij commerciële waardering, zoals de indexatie van toekomstige uitkeringen (ter dekking van waardevermindering van de pensioentoezegging), de toepassing van leeftijdsterugstellingen (anticiperen op stijgende levensverwachting) en een dekking van het vooroverlijdensrisico bedraagt de commerciële waarde in de regel twee tot drie maal de fiscale waardering.

Het pensioen in eigen beheer vormt een steeds groter probleem. Behalve dat veel B.V.'s op dit moment niet aan de toekomstige pensioenverplichtingen kunnen voldoen, zorgt de zeer lage marktrente ervoor dat de fiscale en de commerciële waarderingsmethodes alsmat verder uit elkaar lopen. Bij een dividenduitkering of wanneer in het geval van een echtscheiding een gedeelte van het opgebouwde pensioen moet worden afgestort, wordt dit goed duidelijk. Bij uitkering van dividend en ook in het geval van echtscheiding moet dan worden uitgegaan van de commerciële waardering van het pensioen in eigen beheer.

De Raad voor de Jaarverslaggeving heeft besloten vanaf het boekjaar 2014 de fiscale grondslagen voor bepaling van de pensioenvoorziening alleen nog toe te staan als dit niet leidt tot een materiële afwijking van een waardering volgens het principe van de 'beste schatting'. Mocht er wel sprake zijn van een materiële afwijking, dan dient de verplichting tegen contante waarde te worden gewaardeerd (de actuele marktrente).

Dividenduitkeringen

Als directeur-grotaandeelhouders besluiten dividend uit te keren, zullen zij zich terdege bewust moeten zijn dat er voldoende vermogen in de vennootschap aanwezig is. Een dividenduitkering kan namelijk leiden tot een belaste afkoop van de pensioenaanspraken. De Belastingdienst stelt zich op het standpunt dat er sprake is van een belaste afkoop als de dividenduitkering ertoe leidt dat het in de B.V. opgebouwde pensioen niet meer volledig uitgekeerd kan worden. De volledige waarde van het opgebouwde pensioen wordt dan direct belast tegen een belastingtarief van maximaal 52%.

Bovendien is er 20% revisierente verschuldigd. Dit staat geheel los van de uitkeringstoets (brengt de dividend-uitkering de B.V. niet binnen 12 maanden in liquiditeitsproblemen).

Echter bij echtscheiding dient men zich er wel van bewust te zijn dat er sprake is van OP (ouderdomspensioen) en NP (nabestaandenpensioen).

Voorbeeld:

Stel dat de waarde van het ouderdomspensioen 70% is van de pensioenvoorziening en dat de commerciële waarde twee maal de fiscale waarde is. De fiscale waarde is 100. De toekomstige ex-partner heeft recht op 50% OP: $2 \times 100 \times 0,70 \times 0,5 = 70$ + 100% NP: $2 \times 100 \times 0,30 \times 1 = 60$, totaal 130.

Om te beoordelen of de B.V. in staat blijft de pensioenaanspraken volledig uit te keren, is de balans van de B.V. het uitgangspunt. Hierbij moeten alle activa en passiva (waaronder de pensioenverplichting) van de B.V. op de werkelijke, commerciële waarde worden gewaardeerd. Zoals gemeld, is de commerciële waarde van een pensioenverplichting vaak veel hoger dan de fiscale waarde op de balans van de B.V. De vennootschap moet in staat zijn om het pensioen op korte en lange termijn volledig te kunnen uitkeren. De waarde voor een pensioenvoorziening dient minimaal gelijk te zijn aan de koopsom, die aan een professionele verzekeringsmaatschappij betaald zou worden voor het onderbrengen van de verplichting.

Activering van indexatielasten

Eén van de afwijkingen tussen fiscale en commerciële pensioenwaarderingen betreft de indexatie van pensioenen. Als een pensioen welvaartsvast is, is de commerciële waarde van de verplichting aanzienlijk hoger dan een niet-welvaartsvast pensioen.

De fiscale wetgeving geeft echter aan dat een indexatielast pas aftrekbaar is als deze zich voordoet, dus vanaf ingang pensioen.

Voor kleine rechtspersonen, die hun pensioenvoorziening op fiscale grondslagen waarderen, doet zich deze afwijking niet voor. Middelgrote en grote rechtspersonen zullen het pensioen commercieel hoger waarderen en een actieve belastinglatentie opnemen.

Het verschil wordt ook voor kleine rechtspersonen duidelijk als het pensioen in eigen beheer wordt overgedragen, bijvoorbeeld aan een pensioen-B.V. van de (ex-)directeur-aandeelhouder.

Het lijkt logisch dat de indexatie overgaat op de nieuwe pensioen-B.V. Dat is ook zo, maar de oude vennootschap dient in haar aangifte nog vele jaren een bijzondere post mee te nemen. dat is erg onpraktisch, maar de Belastingdienst houdt daar stug aan vast.

Op het moment van overdracht wordt de commerciële waarde van de indexatielast vastgesteld. Deze wordt bij de overdragende vennootschap in de aangifte vennootschapsbelasting geactiveerd als overlopend actief en valt vrij naar rato van de voortschrijdende leeftijd van de pensioengerechtigde(n), dan wel definitief bij overlijden. Deze vennootschap neemt dus de fiscale last in de loop van de jaren, zoals ze ook had gedaan als het pensioen niet was overgedragen. De overnemende vennootschap passivert de pensioenindexatie vanaf het moment van overnemen van de verplichting, zodat hier geen fiscale aspecten meer een rol spelen.

7.9 Komt de pensioenreserve (voor de DGA) eraan?

Het pensioen in eigen beheer staat volop in de belangstelling. Eind 2013 heeft de Staatssecretaris van Financiën een uitgebreide schets gegeven van de diverse issues en problemen en een aantal oplossingsrichtingen aangegeven. Uit deze brief viel al een voorkeur af te leiden voor een fiscale reserve voor de directeur-grotaandeelhouder (DGA) en met de brief van 2 juni 2014 aan de Tweede Kamer, waarin de Staatssecretaris aangeeft deze variant momenteel verder uit te werken, lijkt deze variant meer en meer in zicht te komen; de Staatssecretaris geeft in voorafgeleverde brief aan dat de pensioenreservevariant zijn voorkeur geniet.

Pensioen in eigen beheer

Bij de huidige wijze van opbouwen van pensioen in eigen beheer spelen diverse problemen, die om een oplossing vragen. In het bijzonder het verschil tussen de commerciële en fiscale waardering van de pensioenaanspraken leidt tot complexe vraagstukken bij bijvoorbeeld dividenduitkeringen, echtscheidingen, et cetera. Zoals de Staatssecretaris ook in zijn brieven aangeeft, vraagt dit om een oplossing. Zijn gedachten lijken steeds meer uit te gaan naar de variant van de pensioenreserve. In zijn brief van 2 juni 2014 benadrukt de Staatssecretaris dat de pensioenreserve nog op de tekentafel ligt. Veel is momenteel nog onzeker. Aanpassingen hebben naast fiscale gevolgen ook civielrechtelijke gevolgen. De contouren van de pensioenreserve kunnen evenwel al wel geschetst worden.

Pensioenreserve

Als vervanging van het huidige pensioen in eigen beheer geeft de Staatssecretaris als mogelijkheid de pensioenreserve. Deze reserve zou minder gecompliceerd en inzichtelijker zijn. Een belangrijk kenmerk van deze pensioenreservevariant is dat de geldmiddelen binnen de B.V. van de DGA beschikbaar blijven, deze oudedagsvoorziening geen onderdeel meer uitmaakt van een arbeidsovereenkomst en buiten de loonheffingsfeer staat. Het heeft iets FOR-achtigs.

Op basis van de huidige gegevens kunnen de contouren van de pensioenreserve als volgt geschetst worden.

- Elk jaar opnieuw kan de DGA kiezen uit twee alternatieven:
 1. pensioen bij een externe professionele verzekeraar onderbrengen, of
 2. geen pensioenrechten opbouwen, maar een reserve ten laste van de winst voor de oude dag vormen.
- De fiscale reserve kan alleen worden gevormd door de vennootschap waarin de materiële onderneming wordt gedreven of een lichaam dat tot de fiscale eenheid behoort.
- De dotatie is een percentage van de winst met een absoluut maximum.
- De dotatie wordt niet opererend.
- Er moet rekening gehouden worden met eventuele in hetzelfde jaar afgesloten lijfrenten.
- De pensioenreserve is geen pensioenaanspraak in de zin van de loonbelasting.
- De pensioenreserve valt in de navolgende gevallen vrij ten bate van de winst:
 - bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, of
 - op het moment waarop gestopt wordt met werken, of
 - bij overlijden, of
 - als er geen materiële onderneming meer wordt gedreven.
- Op het moment van de vrijval kan belastingheffing worden voorkomen door een lijfrente bij een bank of verzekeraar aan te kopen.
- Als geen lijfrente wordt aangekocht als oudedagsvoorziening van de DGA en/of bij zijn nabestaanden wordt 20% revisierente in rekening gebracht over de opgebouwde pensioenreserve.
- Revisierente wordt niet berekend als er sprake is van bijzondere omstandigheden, zoals ondernemingsverliezen of faillissement.

- Revisierente is wél verschuldigd als het niet kunnen aanwenden van de pensioenreserve voor de aankoop van een lijfrente wordt veroorzaakt door eerdere onttrekkingen uit de vennootschap, zoals dividenduitkeringen.
- Bij verplaatsing van de vennootschap naar het buitenland vindt een exitheffing plaats, waarbij uitstel van betaling wordt verleend.
- De exitheffing vervalt als de pensioenreserve bij een externe verzekeraar wordt ondergebracht.
- Bij echtscheiding kan de echtgenoot geen aanspraak maken op (directe) verdeling van de pensioenreserve.
- Het is uitdrukkelijk de bedoeling dat ook bestaande, nu in eigen beheer opgebouwde, pensioenaanspraken kunnen worden omgezet naar de pensioenreserve. Dit betekent in de kern dat de bestaande loonbelastingclaim op de pensioenaanspraken van de DGA (en eventueel ook het nabestaandenpensioen) eenmalig worden omgezet in een vennootschapsbelastingclaim en een inkomstenbelastingclaim (vanwege het aanmerkelijk belang van de DGA). In zijn brief van 2 juni benadrukt de Staatssecretaris nogmaals dat hij overgangsrecht zal treffen, om ervoor te zorgen dat bestaande pensioenrechten op een zo soepel mogelijke wijze kunnen worden omgezet naar een pensioenreserve.
- Uit eenvoudsoverwegingen wordt overwogen inhaaldotaties niet mogelijk te maken.

Als deze ideeën doorgaan, zal dit voor de DGA betekenen dat zijn pensioen in eigen beheer (op korte) termijn wellicht opnieuw op de schop gaat en hij zich moet beraden wat zijn wensen op dit vlak zijn. Volgens de brief van 2 juni 2014 zullen er diverse elementen komen, die een DGA in de pensioenreservevariant à la carte kan regelen, zoals bijvoorbeeld een nabestaandenvoorziening of een boedelverdeling bij echtscheiding.

8 De werkkamer

8.1 Inleiding

De werkkamer en wat de DGA daar zoal fiscaal mee kan doen, is door de jaren heen ook een interessant onderwerp gebleken. Een recent arrest van de Hoge Raad maakt het in sommige gevallen weer interessant voor de BTW om een werkkamer in de eigen woning te verhuren aan de eigen B.V.

Aan het ter beschikking stellen van een werkkamer zitten ook inkomstenbelastingaspecten en ook staan we kort stil bij mogelijke gevolgen voor de overdrachtsbelasting.

8.2 De werkkamer en BTW

De Hoge Raad heeft recentelijk in zijn arrest van 6 juni 2014² geoordeeld dat een duurzaam tegen een vergoeding aan een vennootschap ter beschikking gestelde werkkamer van de DGA in zijn woonhuis een economische activiteit is in de zin van de BTW-richtlijn. Bij een nieuwbouwhuis kan de aan deze werkkamer toerekenbare BTW onder omstandigheden als BTW-voordruk worden teruggeclaimd.

Voorbeeld:

De heer X is met zijn echtgenote een maatschap aangegaan, welke maatschap een woning bouwt. De zich in de kelder bevindende werkruimte wordt verhuurd aan de Beheer B.V. van heer X. De werkkamer heeft geen eigen ingang, toilet, keuken of dergelijke. De werkkamer is bereikbaar via de voordeur en de hal van de woning. Belanghebbenden hebben gekozen voor belaste verhuur en de BTW op de nieuwbouw (van de kelder) wordt teruggevraagd. Deze teruggaaf wordt in eerste instantie verleend door de Inspecteur en later via een naheffingsaanslag teruggevorderd. Belanghebbenden maken hiertegen bezwaar en vinden uiteindelijk bij de Hoge Raad gehoor.

Overwegingen van de Hoge Raad

De Hoge Raad overwoog dat op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie het (in artikel 9 van de BTW richtlijn 2006 gedefinieerde) begrip "economische activiteiten" een ruime werkingssfeer heeft, als ook een objectief karakter. Dat betekent dat de activiteit op zichzelf moet worden beschouwd, zonder acht te slaan op het oogmerk of het resultaat van de activiteit. Als aannemelijk is dat de terbeschikkingstelling duurzaam geschiedt en de vennootschap in ruil voor het gebruik een vergoeding betaalt, is er sprake van gebruik ten behoeve van een economische activiteit om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Als gevolg hiervan kan in een dergelijk geval recht op aftrek van BTW bestaan.

Belang voor de praktijk

Deze uitspraak van de Hoge Raad, als ook eerdere uitspraken uit oktober 2013³, maken duidelijk dat de verhuur van de werkruimte in de eigen woning, gegeven de omstandigheden, een economische activiteit is. Dit maakt het mogelijk om een gedeelte van de BTW van de bouw- of verbouwkosten in aftrek te brengen. De verhuur moet dan wel BTW belast zijn en deze met BTW belaste verhuur moet ook mogelijk zijn. Denk echter ook aan eventuele loon- en inkomstenbelastingconsequenties.

² Hoge Raad 6 juni 2014, nummer 13/00982, ECLI:NL:HR:2014:1320

³ Hoge Raad 4 oktober 2013 nummer 12/03696 en nummer 12/02177

Uitgebreidere beschouwing

De DGA is als zodanig geen ondernemer voor de BTW (Van der Steen-arrest). Toch kan het zo zijn dat hij voor sommige activiteiten wél als ondernemer voor de BTW wordt aangemerkt en daardoor recht heeft op een daarmee samenhangende BTW-vooraf trek. Zoals blijkt uit de hiervoor genoemde arresten, is dit bijvoorbeeld het geval als de DGA de werkruimte in zijn eigen woning ter beschikking stelt aan zijn B.V.

Voorwaarden zijn:

- Dit moet tegen vergoeding.
- Er dient geopteerd te worden voor een met BTW belaste verhuur (de optie belaste verhuur moet dus mogelijk zijn en aan de voorwaarden moet worden voldaan, 90%-eis, vastlegging in de huurovereenkomst of het optieverzoek).
- De verhuur dient duurzaam te zijn; praktisch gezegd: voor meerdere jaren.
- De werkruimte dient voor de BTW geëtiketteerd te worden als bedrijfsvermogen.

Uit jurisprudentie blijkt dat de DGA ook BTW-ondernemer kan zijn voor het verhuren van parkeerterrein of een garage aan zijn B.V. voor het stallen van de bedrijfsauto.

Bij nieuwbouwwoningen kunnen bovenstaande arresten betekenen dat een DGA een substantieel deel van de BTW, die drukt op de nieuwbouwwoning, in aftrek kan brengen. We schrijven "een substantieel deel", omdat met ingang van 1 januari 2011 de aftrek van BTW-voorbelasting is beperkt tot dat gedeelte van de eigen woning, dat de DGA gebruikt voor belaste handelingen⁴. Het is daarom dus niet meer mogelijk, zoals het vóór 2011 het geval was, alle BTW op een onroerende zaak in aftrek te brengen, die een belastingplichtige gebruikt voor belaste doeleinden en privédoeleinden. Tegenover deze beperking van de aftrek staat dan weer wel dat de belastingplichtige niet meer 10 jaar lang het privégebruik van de woning hoeft te corrigeren in de BTW.

DGA alleen of samen met zijn echtgenote

In zijn arrest van 23 december 1998, nummer 33766 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de verhuur alleen door de DGA van een kantoorruimte en een garage aan zijn B.V. niet kwalificeert als een economische activiteit. De overweging was dat het de DGA aan de vereiste zelfstandigheid ontbrak, aangezien de DGA in dienstbetrekking is bij zijn B.V.

In de hiervoor vermelde arresten van 4 oktober 2013 oordeelde de Hoge Raad dat een DGA, die samen met zijn echtgenote een kantoorruimte aan de B.V. (van de DGA) verhuurt wél over de vereiste zelfstandigheid beschikt om te kunnen kwalificeren als BTW-ondernemer. Op basis van deze arresten lijkt alleen de DGA dan niet te kwalificeren, omdat hij in dienstbetrekking is bij de B.V. en daardoor ten opzichte van de B.V. nooit zelfstandig kan zijn, waar dit samen met zijn vrouw wel kan.

Dit onderscheid (alleen of samen met de echtgenote) lijkt door jurisprudentie na 1998 achterhaald te zijn, als ook door de definitie in de omzetbelasting, die toch bepaalt dat "een ieder" kan kwalificeren als ondernemer voor zover hij zelfstandig een bedrijf uitoefent.

Qua jurisprudentie denken we aan het Heerma-arrest van het Hof van Justitie⁵ als ook aan het Van der Steen arrest⁶. In het Heerma-arrest ging het om de vraag of belanghebbende kwalificeerde als BTW-ondernemer voor de verhuur van een ligboxenstal aan de maatschap, waarvan hij maat is. Het Hof overweegt in deze dat tussen de maatschap en de maat geen sprake is van ondergeschiktheid, aangezien de maat voor de verhuur handelt op eigen naam, voor eigen rekening en onder eigen verantwoordelijkheid. Dat geldt ook in het geval de maat tegelijkertijd de maatschap, die de zaak huurt, beheert, omdat deze verhuur niet onder het beheer of vertegenwoordiging van de maatschap valt. Eenzelfde overweging kan men maken voor onze DGA en zijn B.V.

⁴ Artikel 15, lid 1 Wet OB 1968

⁵ HvJ EG 27 januari 2000, nummer C-23/98

⁶ HvJ EG 18 oktober 2007, nummer C-355/06

Uit het Van der Steen-arrest valt ook a contrario af te leiden dat als de DGA werkzaamheden op eigen naam verricht, hij deze diensten op eigen naam, voor eigen rekening en onder eigen verantwoordelijkheid verricht. In Van der Steen werd namelijk overwogen dat een DGA zelfstandigheid mist als de DGA de door hem uitgevoerde activiteiten verricht op naam van de B.V. en derhalve niet op eigen naam, niet voor eigen rekening en niet voor eigen verantwoordelijkheid, maar dit alles op naam van de B.V.

Het lijkt erop dat op basis van deze arresten een DGA, die een ruimte (in zijn eigen woning) verhuurt, aan zijn eigen B.V. en dit eveneens doet op eigen naam, voor eigen rekening en onder eigen verantwoordelijkheid, de vereiste zelfstandigheid heeft om te kwalificeren als BTW-ondernemer. Het feit dat hij ook een arbeidsovereenkomst heeft met zijn B.V. doet daar denkkelijk niets aan af.

Vastgoedbesluit

In de hiervoor vermelde oktober 2013-arresten overweegt de Hoge Raad dat partijen ook kunnen kiezen voor BTW belaste verhuur voor onzelfstandige gedeelten van een gebouw (met uitzondering van de delen, die als eigen woning worden gebruikt). Dit houdt in dat onderdeel 7.3.1. van het vastgoedbesluit⁷ achterhaald is. In dit onderdeel geeft de Staatssecretaris aan dat een optie belaste verhuur alleen maar mogelijk is voor zelfstandige onderdelen van een gebouw.

Werkkamer en zonnepanelen

Aandachtspunt is nog het ondernemerschap uit hoofde van zonnepanelen, waarbij vaak gebruik gemaakt zal worden van de Kleine Ondernemersregeling ("KOR"). Let op dat de KOR wel eens niet meer van toepassing kan zijn als men ook uit andere hoofde BTW-ondernemer is, zoals vanwege de verhuur van de werkkamer.

8.3 De werkkamer in de IB

Aan de verhuur van een werkruimte in de eigen woning aan de B.V. zitten ook inkomstenbelastingaspecten. Bijgaand een overzicht:

De fiscaal erkende werkruimte

Van een fiscaal erkende werkruimte (aan huis) is er sprake als aan de volgende voorwaarden wordt voldaan:

1. Zelfstandigheidseis: Het moet gaan om een bouwkundig zelfstandige ruimte. Belangrijk hierbij zijn de eigen opgang en de eigen sanitaire voorzieningen (kan de ruimte als zodanig verhuurd worden aan derden?).
2. Inkomenscriterium:
 - voor degene, die elders over werkruimte beschikken: 70% van het inkomen wordt in de werkruimte verdiend.
 - voor degene die niet elders over werkruimte beschikken: 70% van het inkomen wordt vanuit de werkkamer verdiend, waarbij 30% van het inkomen in de werkruimte moet worden verdiend.

⁷ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën 19 september 2013, nummer BLKB2013/1686M

Fiscale gevolgen afhankelijk van inkomensbron

De fiscale gevolgen van een wel of niet-zelfstandige werkruimte zijn afhankelijk van de inkomensbron, waarmee de werkruimte verband houdt:

- werkruimte ten behoeve van de onderneming of werkzaamheid
- werkruimte voor de werknemer (niet-DGA)
- werkruimte voor de DGA/TBS.

We zullen in het hierna volgende voor elk van deze bronnen de fiscale gevolgen behandelen.

We staan daarbij stil bij de gevolgen van de niet langer van de eigen woning deel uitmakende werkruimte, evenals wordt ingegaan op de vergoeding, inzake het gebruik van een wel of niet tot de eigen woning behorende werkruimte.

Werkruimte ten behoeve van de onderneming of werkzaamheid

Door middel van vermogensetikettering wordt bepaald of de werkruimte tot het verplichte, het privé- of het keuzevermogen behoort.

Als de werkruimte tot het verplichte ondernemingsvermogen behoort, valt de fiscale behandeling van de werkruimte onder het winstregime. De werkruimte maakt dan geen deel meer uit van het eigenwoningregime.

Betreft het een zelfstandige werkruimte (die behoort tot het ondernemingsvermogen), dan zijn de financieringskosten en de onderhoudskosten met betrekking tot die werkruimte aftrekbaar. Gerealiseerde waardeinstijgingen (de verkoopwinst bij verkoop) zijn dan echter belast in Box 1.

De zelfstandige werkruimte, die behoort tot het privévermogen, maar wordt gebruikt in de onderneming of ten behoeve van een werkzaamheid, maakt geen deel uit van het eigenwoningforfait. De zelfstandige werkruimte plus de daarbij behorende financiering valt in Box 3. Een voordeel is dat de gerealiseerde verkoopwinst met betrekking tot de werkruimte onbelast kan worden genoten, een nadeel is dat de rentelasten en de kosten met betrekking tot de werkruimte nu niet aftrekbaar zijn.

Een vergoeding voor het gebruik kan ten laste van het resultaat van de onderneming of de werkzaamheid worden gebracht tot ten hoogste het voordeel dat ter zake van deze werkruimte in Box 3 belast wordt, evenals een evenredig deel van de kosten, die in huurverhoudingen door de huurder plegen te worden gedragen.

Als er sprake is van een onzelfstandige werkruimte, dan zal het eigenwoningforfait voor de gehele eigen woning dus inclusief werkruimte van toepassing zijn. De hypotheekrente, toerekenbaar aan de werkruimte, is alsdan ook aftrekbaar. Een eventuele vergoeding kan niet ten laste van het resultaat worden gebracht, maar is ook niet belast bij de eigenaar van de werkruimte.

Werkruimte voor de werknemer (niet-DGA)

Zowel de zelfstandige als de onzelfstandige werkruimte blijft onderdeel uitmaken van de eigen woning en valt daarom onder het eigenwoningforfait. De aan de werkruimte toe te rekenen hypotheekrente is aftrekbaar. Een eventuele vergoeding van de werkgever kan onbelast worden genoten, tenzij de uitvoeringsregeling loonbelasting voor een onbelaste vergoeding de zelfstandigheidseis incorporeert.

Bij een onzelfstandige werkruimte zal de van de werkgever ontvangen vergoeding belast loon vormen.

Werkruimte voor DGA/TBS

Zoals we hiervoor gezien hebben, zal een werkruimte fiscaal pas als werkruimte worden aangemerkt als deze een zelfstandig gedeelte van een woning vormt en intensief wordt gebruikt voor de verwerving van inkomen. Dit deel van de woning wordt onder de TBS regeling gebracht. Dit betekent dat een zakelijke huur aftrekbaar is bij de B.V. en belast is (in Box 1) bij de DGA.

De volgende situaties zijn denkbaar:

1. 100% eigen woning (geen aftrek bij de B.V.)
2. TBS-regeling (aftrekpost bij de B.V., bijtelpost in Box 1, vermogenswinst belast)
3. economische overdracht werkruimtedeel naar de B.V.

Het navolgende stappenplan kan worden doorlopen:

1. De DGA heeft elders werkruimte tot zijn beschikking (kantoor op het adres van de B.V.)?
Is het antwoord ja, dan zal dat in de praktijk bijna altijd betekenen dat er geen ruimte is voor een onbelaste vergoeding (gezien de bronnenvolgorde van de Wet IB 2001 dient namelijk getoetst te worden aan de normen van de loonbelasting. De loonbelasting kent strenge normen voor een onbelaste vergoeding voor werkruimte in de woning van de werknemer, daarom ook voor de DGA, want die is tenslotte ook werknemer. Het is dan niet waarschijnlijk dat er ruimte is om een vergoeding te construeren in Box 3 als niet aan deze normen is voldaan. Dat zou dan betreffen de DGA in zijn hoedanigheid van verhuurder van een deel van zijn woning).
2. De DGA heeft elders geen werkruimte tot zijn beschikking (de B.V. is gevestigd op het woonadres). Voor een onbelaste vergoeding is dan vereist dat de DGA daadwerkelijk tenminste 30% van zijn arbeidstijd in die ruimte verblijft. De vraag is altijd hoe controleerbaar dit is in de praktijk. Interimmanagers zouden bijvoorbeeld een probleem kunnen hebben met deze eis.
3. De DGA heeft elders geen werkruimte tot zijn beschikking. De werkruimte is een fysiek te onderscheiden deel van de eigen woning. De TBS-regeling is van toepassing.
De waarde van de zelfstandige werkruimte wordt niet meegenomen bij de bepaling van het eigenwoningforfait. De zelfstandige werkruimte, de daarbij behorende financiering, de van de B.V. ontvangen vergoeding en de eventuele behaalde stakings- of verkoopwinst behoren tot het resultaat uit overige werkzaamheden. De B.V. kan de betaalde vergoeding aftrekken.
4. De DGA heeft elders geen werkruimte tot zijn beschikking. De werkruimte is geen fysiek te onderscheiden deel van de eigen woning. Het eigenwoningforfait is van toepassing op de gehele woning, dus inclusief de werkruimte. Een eventuele vergoeding van de B.V. is belast loon (men zou op grond van het caravanstallingsarrest, BNB 1984/44 kunnen stellen dat een onbelaste vergoeding mogelijk is, maar op grond van loonbelastingarresten, onder andere BNB 1999/130 en BNB 2000/56, kan gesteld worden dat een dergelijke vergoeding belast loon is. De Staatssecretaris heeft voor de laatste arresten gekozen blijkens de Memorie van Toelichting). De B.V. kan de vergoeding aftrekken.
5. De DGA heeft elders geen werkruimte tot zijn beschikking. De werkruimte is geen fysiek te onderscheiden deel van de eigen woning. De werkruimte wordt ook voor privédoeleinden gebruikt, bijvoorbeeld als logeerkamer. De werkruimte blijft onderdeel van de eigen woning en telt aldus mee voor het eigenwoningforfait. Een onbelaste vergoeding is niet mogelijk.

8.4 Overdrachtsbelasting

Nog een laatste woord gewijd aan de overdrachtsbelasting. De overdrachtsbelasting bij de overdracht van een woning is, zoals bekend, structureel verlaagd naar 2%. Is dit ook het geval bij een woning, waarvan een deel aan bijvoorbeeld de B.V. ter beschikking is gesteld?

Het Besluit van 1 juli 2011, nummer BLKB 2011/1290M maakt een opmerking over woningen, die niet geheel voor bewoning zijn bestemd: *“Uitgangspunt is dat uitsluitend op de waarde van het deel dat voor particuliere bewoning is bestemd het tarief van 2 procent wordt toegepast. Als de onroerende zaak qua oppervlakte nagenoeg geheel (90% of meer) bestemd is voor bewoning, kan voor de verkrijging van de gehele onroerende zaak het tarief van 2% worden toegepast.”*

Dit betekent dat, als de aan de B.V. ter beschikking gestelde werkruimte meer dan 10% bedraagt op de (economische) overdracht van het kantoordeel, in de regel het tarief van 6% van toepassing zou moeten zijn.

Opmerkend dat voor de overdrachtsbelasting bepalend is de bestemming volgens het bestemmingsplan (en niet zozeer het feitelijke gebruik, wat meer van belang is voor de omzetbelasting). In de praktijk zijn dan ook al afspraken met de fiscus gemaakt dat panden, die een woonbestemming hebben, maar feitelijk anders gebruikt worden, toch de 2% deelachtig zijn.

9 Renteaftrekbeperkingen

9.1 Inleiding

De laatste tijd is er in de fiscale jurisprudentie en literatuur veel aandacht voor de fiscale (her)kwalificatie van vreemd vermogen en eigen vermogen. De fiscale kwalificatie van een geldverstrekking aan de B.V. is fiscaal relevant, omdat vergoedingen op eigen vermogen en vreemd vermogen verschillend belast worden en overigens fiscaal verschillend behandeld worden. Het grondbeginsel is dat het fiscale de civiel juridische kwalificatie volgt. Er bestaan evenwel een aantal uitzonderingen. Hierna gaan we in op het fiscaal herkwalificeren van een lening in kapitaal en het omgekeerde kapitaal fiscaal herkwalificeren in lening. Ook staan we stil bij de zich ontwikkelende jurisprudentie, inzake de onzakelijke lening en tenslotte staan we stil bij enige renteaftrekbeperkingen.

9.2 Lening fiscaal herkwalificeren als kapitaal

Op het hiervoor omschreven beginsel dat het fiscale in beginsel de civielrechtelijke kwalificatie als lening volgt bestaat al sinds jaar en dag, gebaseerd op vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. Er zijn drie uitzonderingen, te weten:

1. de schijnlening
2. de bodemlozeputlening
3. de deelnemerschapslening.

Van een schijnlening is kort gezegd sprake als partijen in werkelijkheid de bedoeling hebben een kapitaalverstrekking tot stand te brengen. Van een bodemlozeputlening is er sprake als een aandeelhouder aan de dochtervennootschap een lening verstrekt, waarvan hij op het moment van het verstrekken weet, of redelijkerwijs zou moeten weten, dat de lening niet of niet volledig kan worden terugbetaald. De deelnemerschapslening tenslotte is gecodificeerd (dat is wettelijk verankerd) in artikel 10, lid 1, letter d Wet Vpb 1969. Op grond van dit artikel mogen vergoedingen op een geldlening niet in aftrek worden gebracht als de lening onder zodanige voorwaarden is aangegaan, dat deze feitelijk functioneert als eigen vermogen. De deelnemerschapslening wordt ook wel aangeduid met een hybride lening.

Op grond van vaste jurisprudentie is er sprake van het feitelijk functioneren als eigen vermogen als:

- de vergoeding op de lening winstafhankelijk is
- de hoofdsom van de lening is achtergesteld ten opzichte van alle andere schuldeisers en
- de lening geen vaste looptijd - of een looptijd van meer dan vijftig jaar - heeft en (tussentijds) slechts opeisbaar is het geval van faillissement, surséance van betaling of liquidatie.

Een schuldenaar mag de rente, die hij verschuldigd is op een hybride lening, niet aftrekken, maar de geldverstrekker kan, als de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, de rente onbelast ontvangen. In grensoverschrijdende situaties kan de kwalificatie als hybride lening tot gevolg hebben dat rente-inkomsten in Nederland zijn vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling, terwijl de rentekosten bij de buitenlandse deelneming wél aftrekbaar zijn. Aan dit hybride karakter heeft deze variant dan ook zijn andere naam, te weten hybride lening, te danken.

9.3 Kapitaal fiscaal herkwalificeren als lening

Zoals we in de vorige paragraaf hebben gezien, zijn we in het fiscale er wel aan gewend onder omstandigheden een lening fiscaal te herkwalificeren als kapitaal. Typische voorbeelden hiervan zijn de bodemloze putlening, de schijnlening en de deelnemerschapslening. Een soort tussenvorm is de zich ontwikkelende jurisprudentie over de onzakelijke lening, waarover meer in paragraaf 8.4.

Maar is het nu ook mogelijk dat kapitaal fiscaal moet worden geherkwalificeerd als lening? De eerste jurisprudentie hierover is aan het verschijnen en de Hoge Raad heeft er inmiddels een duidelijk standpunt over geformuleerd.

Uit de jurisprudentie, inzake de fiscale herkwalificatie van leningen in kapitaal lijken drie essentiële kenmerken van kapitaal gedestilleerd te kunnen worden:

1. Het vermogen staat permanent ter beschikking van de vennootschap.
2. De vergoeding is winstdelend.
3. Bij faillissement staat de kapitaalverstrekker als allerlaatste in de rij (dus achter de preferente en gewone schuldeisers).

De hoofdregel is dat de civielrechtelijke kwalificatie ook fiscaal rechtelijk gevolgd dient te worden. Fiscale herkwalificatie dient slechts in uitzonderingssituaties plaats te vinden. Uit de jurisprudentie⁸ distilleert de A-G drie criteria voor een van de civiel rechtelijke kwalificatie afwijkende fiscaal rechtelijke kwalificatie:

1. de op grond van civielrechtelijke kwalificatie aan de gekozen rechtsvorm verbonden fiscale gevolgen zijn onaanvaardbaar
2. gezien het economisch resultaat
3. in het licht van de belastingwet.

De Hoge Raad heeft op 7 februari 2014 twee belangrijke arresten gewezen, inzake de vraag of civielrechtelijk aandelenkapitaal voor fiscale doeleinden kan worden geherkwalificeerd als lening. Het ging hier in beide gevallen om de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. De Hoge Raad oordeelt dat voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking door een moedermaatschappij aan haar dochtermaatschappij voor wat betreft de fiscale gevolgen als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, de civielrechtelijke vorm in beginsel beslissend is. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat een geldverstrekking, die civielrechtelijk als aandelenkapitaal dient te worden gekwalificeerd, dit ook voor fiscale doeleinden is. Er is geen ruimte civielrechtelijk kapitaal voor fiscale doeleinden te herkwalificeren als lening.

Uitgangspunten

De Hoge Raad onderstreept in deze arresten twee belangrijke uitgangspunten en wel dat:

1. in beginsel de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking in beginsel ook bepalend is voor de fiscaal rechtelijke kwalificatie van de geldverstrekking
2. het benutten van de keuzevrijheid, die een belastingplichtige heeft bij de financiering van een vennootschap, geen fraus legis (is handelen in strijd met doel en strekking van de wet) oplevert.

Herkwalificatie van lening naar kapitaal maar niet omgekeerd

De Hoge Raad stelt de civielrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking voorop. Voor geldverstrekkingen, die civielrechtelijk kwalificeren als lening heeft de Hoge Raad in het verleden drie uitzonderingen op deze hoofdregel geformuleerd, waarbij het wel mogelijk is geldleningen voor fiscale doeleinden te herkwalificeren als kapitaal, te weten in het geval van de bodemloze putlening, de schijnlening en de deelnemerschapslening. Blijkens de arresten van 7 februari 2014 wordt echter voor aandelenkapitaal geen uitzonderingen gemaakt. Als een geldverstrekking civielrechtelijk geduid moet worden als aandelenkapitaal, dan dient deze duiding ook voor fiscale doeleinden gevolgd te worden. Uit de overwegingen valt af te leiden dat een fiscale herkwalificatie van kapitaal een te grote rechts-onzekerheid met zich mee zou brengen.

⁸ Hoge Raad 15 december 1999, nummer 33 830

In de ene zaak was aan de orde dat een bankensyndicaat zijn overnameholding gefinancierd had met een geldlening, die later omgezet werd in cumulatief preferent aandelenkapitaal. De vorm, waarin dit cumulatief preferente aandelenkapitaal werd gegoten, vertoont grote gelijkenis met een geldlening voor drie jaar tegen een vaste rente. De vraag was of de vergoeding, die het bankensyndicaat ontvangt, fiscaal kwalificeert als rente of (vrijgesteld) deelnemingsdividend. De Hoge Raad gaf aan dat de civielrechtelijke vorm bepalend is, dat daar voor geldleningen drie uitzonderingen op bestaan, maar dat daar voor kapitaal geen ruimte voor is. Een uitzondering, naar mate van risico, zou tot rechtsonzekerheid leiden over de vraag waar de grens moet worden getrokken tussen het verstrekken van risico-dragend kapitaal (eigen vermogen) en het vertrekken van een geldlening.

In de andere zaak was in eerste instantie een lening verstrekt aan een Australische deelneming. Deze lening werd later omgezet in Australische redeemable preference shares. Het Hof Amsterdam had al geoordeeld dat deze redeemable preference shares grote gelijkenis vertoonden met onze cumulatief preferente aandelen. Ook de Hoge Raad was van oordeel dat onderhavige redeemable preference shares grote gelijkenis vertonen met onze cumulatief preferente aandelen met beperkte stemrechten en nu dergelijke aandelen kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling en dus als kapitaal heeft dat ook te gelden voor deze Australische redeemable preference shares.

Gebruikmaken van keuzevrijheid is geen fraus legis

Een andere belangrijke bevestiging, die de Hoge Raad met voornoemde arresten heeft gegeven, is dat het gebruikmaken van de keuzevrijheid, die de wet biedt aan een belastingplichtige, bij de financiering van een vennootschap, waarin zij deelneemt (eigen vermogen of vreemd vermogen), geen fraus legis vormt, oftewel met andere woorden niet in strijd komt met het doel en de strekking van de wet.

Tenslotte

De Hoge Raad ziet geen ruimte kapitaal voor fiscale doeleinden te herkwalificeren als lening. Bij buitenlandse financieringsvormen van vennootschappen, waarin wordt deelgenomen, zal de kwalificatie van deze financieringsvormen moeten plaatsvinden naar civielrechtelijke maatstaven. Vormt de financieringsvorm civielrechtelijk kapitaal, dan zal deze duiding ook voor fiscale doeleinden moeten worden gevolgd.

9.4 Onzakelijke lening

Lang werd aangenomen dat een geldverstrekking ten behoeve van de belastingheffing als kapitaal dan wel als vreemd vermogen kwalificeert. Echter in 2008 heeft de Hoge Raad een derde kwalificatie geïntroduceerd: de "onzakelijke lening". Deze kwalificatie leidt ertoe dat het niet is toegestaan een verlies op een dergelijke lening ten laste van het fiscaal resultaat af te schrijven. In deze paragraaf een korte schets van de "onzakelijke lening" en hoe een dergelijke kwalificatie mogelijk te voorkomen.

In november 2011 heeft de Hoge Raad een drietal richtinggevende arresten voor de onzakelijke lening gewezen, waarna nog een aantal uitspraken en arresten zijn verschenen. Het onderwerp is nog niet uitontwikkeld.

De onzakelijke lening: een korte theoretische schets

Een vennootschap kan gefinancierd worden met:

1. kapitaal (eigen vermogen), of
2. vreemd vermogen.

In beginsel, zo hebben we in paragraaf 8.3 gezien, wordt voor de belastingheffing de civielrechtelijke vorm gevolgd, met andere woorden een civielrechtelijke lening blijft ook fiscaal rechtelijk een lening. In sommige gevallen wordt echter dat wat civiel rechtelijk een lening is, fiscaal rechtelijk (dat wil zeggen ten behoeve van de belastingheffing) geherkwalificeerd naar fiscaal kapitaal. Dit is mogelijk in geval van:

- een schijnlening
- een bodemlozeputlening
- een deelnemerschapslening.

Kwalificatie als eigen of als vreemd vermogen is voor de belastingheffing van belang omdat beloningen (dividend) en waardemutaties van fiscaal kapitaal de fiscale winst van de vennootschap in beginsel niet beïnvloeden. Voor vreemd vermogen geldt dat beloningen (rente) in beginsel aftrekbaar zijn en waardemutaties (bijvoorbeeld valutaresultaten) de fiscale winst beïnvloeden. De kwalificatie van kapitaal of vreemd vermogen is ook van belang voor de vennootschapsbelastingheffing van de vermogensverstrekker. Kapitaalverstrekking kan onder de deelnemingsvrijstelling vallen (vrijgesteld). De lotgevallen van verstrekt vreemd vermogen (rente, waardemutaties) beïnvloeden (in beginsel) de fiscale winst.

Onzakelijke lening

Tot 2008 werd veelal aangenomen dat een geldverstrekking ten behoeve van de belastingheffing als kapitaal dan wel als vreemd vermogen kwalificeert. Echter in 2008 heeft de Hoge Raad een derde kwalificatie geïntroduceerd, namelijk de zogenaamde “onzakelijke lening”. Bij een “onzakelijke lening” lijkt het zo te zijn dat er fiscaal sprake is van een “lening” (i.e. vreemd vermogen (en dus de rente in beginsel aftrekbaar is en belastbaar bij de crediteur). Echter een eventueel afwaarderingsverlies op de lening, vanwege (gedeeltelijke) oninbaarheid, kan niet ten laste van het fiscale resultaat worden gebracht. De kernoverweging van de Hoge Raad voor een “onzakelijke lening” is de volgende:

“Indien en voor zover een geldverstrekking door een vennootschap aan haar aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, moet - behoudens bijzondere omstandigheden - ervan worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen. Dit brengt met zich mee dat een eventueel verlies op de geldlening in zoverre niet in mindering op de winst van die vennootschap kan worden gebracht.”

Het leerstuk van de “onzakelijke lening” is ontwikkeld in een casus, waarbij een dochtervennootschap een lening had verstrekt aan haar aandeelhouder, maar in de jurisprudentie is ook de omgekeerde situatie aan de orde geweest: een aandeelhouder verstrekt een lening aan dochtervennootschap. Geparafraseerd kan gesteld worden dat als door een gelieerde geldverstrekker een debiteurenrisico wordt gelopen, welk risico door een onafhankelijke derde niet zou zijn aanvaard, dan volgt daaruit dat de lening op grond van aandeelhoudersmotieven (ook in het geval van gelieerdheid) is verstrekt. Als in een dergelijk geval de lening oninbaar blijkt te zijn, dan is het niet toegestaan deze lening ten laste van het fiscale resultaat af te waarderen.

Uit de jurisprudentie valt af te leiden dat onder andere de navolgende elementen een belangrijke rol spelen bij de constatering dat er sprake is van een “onzakelijke lening”:

- de leningsovereenkomst is niet schriftelijk vastgelegd
- er is niets bepaald over de aflossingsverplichtingen
- er zijn geen zekerheden verstrekt
- er wordt geen rente berekend dan wel de rente is (te) laag.

Van een onzakelijke lening is er dus sprake als een vennootschap een lening aan een gelieerde vennootschap verstrekt, die zij onder vergelijkbare omstandigheden tegen de overeengekomen voorwaarden niet aan een onafhankelijke derde zou hebben verstrekt. Het blijft een lening, maar het gevolg van de kwalificatie is dat een waardevermindering van een dergelijke lening niet ten laste van het resultaat kan worden gebracht. Merk op dat de jurisprudentie inmiddels wel geleerd heeft dat, als de rente zo kan worden aangepast (maar wel zo dat er geen sprake is van een winstdelend karakter), dat een onafhankelijke derde de lening ook had verstrekt, er geen sprake is van een onzakelijke lening. In die situatie wordt alleen de rente gecorrigeerd (en fiscaal gebracht naar een zakelijk niveau), een waardevermindering van de lening blijft aftrekbaar. Uit de arresten van de Hoge Raad zijn wel enige handvatten te destilleren, maar het blijft lastig om te bepalen waar de grens ligt tussen een lening, die kan worden gecorrigeerd door een ander rentetarief toe te passen, en een onzakelijke lening.

Ter zake van het toetsmoment om te bepalen of er al dan niet sprake is van een onzakelijke lening, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat dit in beginsel het moment van het verstrekken van de lening is. Daarbij moet worden gekeken naar de lening in zijn geheel. Het is niet mogelijk slechts een deel van de lening als onzakelijk te bestempelen. De lening kan evenwel gedurende de looptijd alsnog onzakelijk worden als gevolg van onzakelijke handelingen van de crediteur. De Hoge Raad heeft jammer genoeg nog geen duidelijke uitspraken gedaan wanneer er sprake is van onzakelijk handelen.

Ook bij de onzakelijke lening moet rente in aanmerking worden genomen. Hier heeft de Hoge Raad zich ook over uitgelaten. Volgens de Hoge Raad is het debiteurenrisico, dat wordt gelopen bij een onzakelijke lening, te vergelijken met het risico dat wordt gelopen door een vennootschap, die zich borg stelt voor een lening, die onder vergelijkbare voorwaarden rechtstreeks bij een derde is opgenomen door een met haar gelieerde vennootschap. De rente, die in aanmerking moet worden genomen, wordt gesteld op de rente, die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden als zij met een borgstelling van een concernvennootschap op overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen.

Voorkoming kwalificatie “onzakelijke lening”

Of er sprake is van een onzakelijke lening is een feitelijke vraag; i.e. zou een onafhankelijke derde ook bereid zijn geweest om het betreffende debiteurenrisico te dragen? De Hoge Raad lijkt aan te geven dat in relatie tot een onafhankelijke derde in ieder geval de volgende elementen vastgelegd zouden moeten worden:

- de leningsovereenkomst
- de hoogte van de rente, die zakelijk dient te zijn
- de wijze van aflossen van de lening
- de verstrekte zekerheden (dit is een belangrijk element, omdat er in de jurisprudentie vaak overwogen wordt of een willekeurige derde zekerheden zou bedingen)
- de rente wordt daadwerkelijk betaald en niet bijgeschreven of geboekt in rekening-courant, waarbij wij zouden willen opmerken dat dit ons inziens een minder probleem is bij een echte rekening courant, waarbij de plussen de minnen met een zekere regelmaat afwisselen en zeker als er sprake is van een afwisselende debet- en creditstand. Een goede vastlegging en uitvoering van deze elementen lijkt te helpen de feitelijke vraag met “nee” te beantwoorden; i.e. er is geen sprake van een onzakelijke lening.

9.5 Renteaftrekbeperkingen

Als er (ook fiscaal) sprake is van een lening, is de door de vennootschap verschuldigde rente in beginsel aftrekbaar. We schrijven in beginsel, omdat de vennootschapsbelasting ook een aantal renteaftrekbeperkende maatregelen kent. De renteaftrekbeperkende maatregelen spelen met name bij leningen tussen aandeelhouders en gerelateerde partijen, bij acquisitieholdings en in het geval van excessieve deelnemingsrente.

In paragraaf 9.2 en 9.3 hebben we stilgestaan bij de vraag of een geldverstrekking moet worden gekwalificeerd als kapitaal of als lening. We hebben gezien dat in beginsel de civielrechtelijke vorm ook voor de fiscale kwalificatie het uitgangspunt is, maar dat er een paar uitzonderingen zijn waarom een lening toch fiscaal als kapitaal dient te worden aangemerkt. Een fiscale herkwalificatie van kapitaal in een lening ziet de Hoge Raad vooralsnog niet zitten. Daarnaast hebben we in paragraaf 9.4 al stilgestaan bij de jurisprudentie over de onzakelijke lening.

In deze paragraaf gaan we in op (andere) renteaftrekbeperkende maatregelen, die de wetgever heeft genomen, te weten:

1. het at arm's lengthbeginsel (Artikel 8 Vpb)
2. winstdrainage (Artikel 10a Vpb)
3. renteloze lening met lange looptijd (Artikel 10b)
4. renteaftrekbeperking van deelnemingsrente (Artikel 13l Vpb)
5. renteaftrekbeperking bij overnameholdings (Artikel 15ad Vpb).

De thincapregeling is uit bovenstaand overzicht verdwenen, maar dat komt omdat de thincapregeling per 1 januari 2013 met de invoering de renteaftrekbeperking van deelnemingsrente is afgeschaft.

Deze renteaftrekbeperkingen komen aan de orde, nadat is vastgesteld dat er ook fiscaal sprake is van een lening en nadat is beoordeeld dat er sprake is van een zakelijke rente. Het uitgangspunt is namelijk dat rente, die op grond van de (her)kwalificatie van de geldverstrekking of als gevolg van de onzakelijkheid van de lening niet in aanmerking wordt genomen, niet nogmaals kan worden geschrapt op grond van een aftrekbeperking.

Ad 1. Het at arm's lengthbeginsel (Artikel 8 Vpb)

Het at arm's lengthbeginsel houdt kort gezegd in dat ook gelieerde partijen geacht worden zakelijk met elkaar te handelen. Als een schuldeiser en een schuldenaar, die aan elkaar gelieerd zijn, leningsvoorwaarden overeenkomen, die afwijken van wat in het economisch verkeer tussen onafhankelijk derden overeengekomen zouden zijn, denk bijvoorbeeld aan bijzonder lage of geen of zeer hoge rentes, dan kan dit op basis van het at arm's lengthbeginsel gecorrigeerd worden naar zakelijke verhoudingen. Richtinggevend, inzake een zakelijke rente, kunnen de 25 november 2011 arresten van de Hoge Raad, inzake de onzakelijke lening zijn. Hierin werd als vuistregel gedefinieerd dat de rente op een geldlening met een onzakelijk debiteurenrisico gesteld wordt op de rente, die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden als zij met borgstelling van een concernvennootschap onder voor het overige gelijke voorwaarden van een derde zou lenen. Door deze fictieve borgstelling zou het zo kunnen zijn dat fiscaal een lagere rente in aanmerking moet worden genomen dan de overeengekomen rente. Alleen deze aldus berekende lagere rente is dan fiscaal aftrekbaar.

Ad 2. Winstdrainage (Artikel 10a Vpb)

De wetgever heeft een drempel op willen werpen tegen winstdrainage en heeft een bepaling in de wet opgenomen, die gericht is tegen grondslaguitholling binnen concernverband door een kunstmatige, gecreëerde renteaftrek, zonder dat daar een effectieve heffing over de rentebaten tegenover staat. De renteaftrekbeperking van Artikel 10a ziet op gekunstelde constructies, waarbij een lening wordt verkregen van een, wat in de vennootschapsbelasting heet, verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon en de rente over deze lening bij de ontvanger van deze rente niet of in geringe mate wordt belast. Het betreft hier leningen die worden aangewend voor een winstuitdeling of teruggaaf van gestort kapitaal aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon dan wel voor een kapitaalstorting in een verbonden lichaam of voor de verwerving of uitbreiding van een verbonden lichaam. Het artikel is niet van toepassing als er sprake is van een zakelijke rente of er naar Nederlandse maatstaven een redelijke winstbelasting wordt betaald (meer dan 10%).

Ad 3. Renteloze lening met lange looptijd (Artikel 10b)

De renteaftrekbeperking van Artikel 10b beoogt te voorkomen dat belastingplichtigen door middel van laagrentende of renteloze leningen in grensoverschrijdende situaties zouden kunnen inspelen op een mismatch, doordat de rente in Nederland aftrekbaar zou zijn, terwijl er geen belasting in het buitenland zou worden geheven. Van een dergelijke internationale mismatch is er sprake als de buitenlandse leningverstrekker geen rentebate op de lening in aanmerking hoeft te nemen, terwijl Nederland op basis van de totale winstgedachte (Artikel 8b, lid 1 Vpb) wél een renteaftrek moet toestaan.

Artikel 10b bewerkstelligt nu dat, als een belastingplichtige van een gelieerd lichaam een geldlening heeft verkregen zonder een vaste aflossingsdatum of een datum die meer dan 10 jaar na het tijdstip van aangaan van de lening ligt, en er geen of een onzakelijke vergoeding op de lening overeengekomen is, die vergoeding fiscaal niet in aftrek mag worden gebracht.

Ad 4. Renteaftrekbeperking van deelnemingsrente (Artikel 131 Vpb)

Per 1 januari 2013 is er een nieuwe renteaftrekbeperking van kracht geworden voor excessieve rente op geldleningen, die zijn aangegaan voor de financiering van deelnemingen, waarvoor de deelnemingsvrijstelling geldt. Deze maatregel is ingevoerd om fiscaal gedreven overmatige financiering van vreemd vermogen tegen te gaan wanneer de verdeling van rentelasten in Nederland tot excessieve aftrek leidt.

Er is sprake van overmatige aftrek van rente wanneer het gemiddelde bedrag aan deelnemingen groter is dan het gemiddelde bedrag van het eigen vermogen van de onderneming, die de deelnemingen houdt.

De achterliggende gedachte bij deze renteaftrekbeperking is dat het eigen vermogen van de houder van de deelnemingen moet worden gebruikt voor de financiering van de deelnemingen. Voor het meerdere (het excessieve gedeelte) geldt dan een aftrekbeperking.

Om met name het MKB te ontzien, is er een drempel ingevoerd. De eerste € 750.000 rente is altijd aftrekbaar. Daarnaast geldt deze renteaftrekbeperking niet in het geval van uitbreidingsinvesteringen. De gedachte hierachter is dat het bedrijfsleven niet mag worden belemmerd in de uitbreiding van zijn ondernemingsactiviteiten. De daarmee samenhangende financieringslasten blijven daarmee aftrekbaar.

Voor sommige uitbreidingsinvesteringen geldt de aftrekbeperking echter nog wel, bijvoorbeeld als de financiering van de onderneming, waarin wordt deelgenomen, is aangegaan vanwege de belastingbesparing.

Het is een nogal ingewikkelde regeling en de berekening van de excessieve rente is gebaseerd op een mathematische formule. Kort gezegd kan gesteld worden dat Nederlandse holdings met deze renteaftrekbeperkende maatregel kunnen worden geconfronteerd als voldaan wordt aan de volgende cumulatieve voorwaarden:

1. Als het totaal van de rente- en andere financieringskosten de € 750.000 per jaar overschrijden.
2. Als het gemiddeld eigen vermogen van de holdingmaatschappij lager is dan de gemiddelde totale verkrijgingsprijs van de deelnemingen;
3. Als de holdingmaatschappij aandelen in deelnemingen heeft gekocht of investeringen in deelnemingen heeft gedaan, die niet kwalificeren als een uitbreiding van de operationele activiteiten van de groep.

Ad 5. Renteaftrekbeperving bij overnameholdings (Artikel 15ad Vpb)

Deze renteaftrekbeperving ziet op vennootschappen, die een andere vennootschap overnemen en daarmee een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting aangaan. Het gaat hierbij om de beperking van de aftrek van rente (inclusief kosten en valutaresultaten) op schulden, die verband houden met die overname. Deze rente kan alleen nog maar verrekend worden met de eigen winsten van de overnameholding (en dus niet meer met de winst van de overgenomen (en in de fiscale eenheid gevoegde) vennootschap. Merk op dat deze renteaftrekbeperving geldt voor alle rente, dus zowel voor rente verschuldigd aan groepslichamen als aan derden (zoals banken). Daarnaast geldt de regeling ook voor met geldleningen vergelijkbare overeenkomsten als financial lease of huurkoop.

Wij merken op dat de regeling een eerbiedigende werking kent en niet geldt voor aangekochte deelnemingen, die vóór 15 november 2011 in een fiscale eenheid zijn gevoegd.

De rente op intra-groepelingen of leningen van derden van een overnameholding, die verband houden met de aankoop van een targetvennootschap, waarmee vervolgens een fiscale eenheid wordt aangegaan, is niet aftrekbaar:

1. voor zover de rente meer is dan € 1.000.000
2. in het geval van ongezonde financiering c.q. een teveel aan overname rente. Dit is het geval, als de schuld in het jaar van overname meer is dan 60% van de overnameprijs. Dit percentage daalt met 5% over de navolgende zeven jaar tot 25%.

10 Afgewaardeerde vorderingen

10.1 Inleiding

Een dochtermaatschappij kan worden gefinancierd met eigen vermogen of met vreemd vermogen. Als de moedermaatschappij aan de dochtermaatschappij eigen vermogen verstrekt, dan is hierop veelal de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Bij de moedermaatschappij zijn de opbrengsten (dividenden) en de waardeverandering van de aandelen in de dochtermaatschappij onbelast. Bij de dochtermaatschappij zijn dividenden niet aftrekbaar. Als de moedermaatschappij aan haar dochtermaatschappij onder zakelijke voorwaarden een lening verstrekt, dan zijn de opbrengsten (rente) bij haar belast, maar mag een eventuele waardevermindering van de vordering ten laste van haar winst worden gebracht. Bij de dochtermaatschappij is de rente op een lening aftrekbaar, tenzij een bijzondere aftrekbeperking van toepassing is.

Tegenover de mogelijkheid verliezen op een lening af te trekken, staat de verplichting de lening weer belast op te waarderen als de vordering weer volwaardig wordt. In de loop van de jaren zijn een aantal constructies bedacht om de belaste opwaardering te ontgaan. De wetgever heeft hiertegen echter enkele anti-ontgaansbepalingen in het leven geroepen. Hierna wordt kort beschreven wanneer deze anti-ontgaansbepalingen WEL en NIET van toepassing zijn.

10.2 Anti-ontgaansbepaling WEL van toepassing

De Wet op de Vennootschapsbelasting kent twee regelingen, die het ontgaan van belaste opwaardering van afgewaardeerde vorderingen bestrijden. De eerste ziet op de vervreemding van de vordering en de tweede op de omzetting van de vordering in aandelenkapitaal.

De opwaardering van een afgewaardeerde vordering zou kunnen worden uitgesteld of afgesteld door de vordering te vervreemden aan een verbonden persoon of in te brengen in een buitenlandse vaste inrichting. Een Nederlandse verkrijger van de vordering heeft de vordering niet zelf afgewaardeerd en zou een waardestijging dus pas bij aflossing hoeven te verantwoorden. Gaat de vordering naar het buitenland, dan kan een waardestijging definitief onbelast blijven. Om dit te voorkomen, bepaalt de Wet op de Vennootschapsbelasting dat de vervreemding aan een verbonden persoon of overbrenging van een afgewaardeerde vordering naar een buitenlandse vaste inrichting leidt tot een winstcorrectie, gelijk aan het eerder in aftrek gebrachte afwaarderingsverlies als:

- de vordering is afgewaardeerd bij de crediteur of een met de crediteur verbonden persoon
- de vordering is afgewaardeerd ten laste van de Nederlandse winst
- de vordering wordt overgedragen aan een met de crediteur verbonden persoon of overgedragen aan een in het buitenland gelegen vaste inrichting van de crediteur.

De opwaardering van een vordering zou ook kunnen worden voorkomen door de vordering in te brengen op aandelen van de dochtermaatschappij (omzetting). Als het na de omzetting beter gaat met de dochtermaatschappij, leidt dit niet tot een belaste opwaardering van de vordering, maar tot een onbelaste waardestijging van de aandelen in de dochtermaatschappij. Op het aandelenbezit zal immers de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn. Hetzelfde wordt bereikt als de lening niet wordt omgezet in kapitaal, maar zonder zakelijke redenen wordt kwijtgescholden. Om dit te voorkomen, bepaalt de Wet op de Vennootschapsbelasting dat de omzetting of onzakelijke kwijtschelding leidt tot een belaste terugname van het afwaarderingsverlies als:

- de vordering is afgewaardeerd bij de crediteur of een met de crediteur verbonden persoon
- de vordering is afgewaardeerd ten laste van de Nederlandse winst
- de vordering wordt omgezet of onzakelijk wordt kwijtgescholden.

Deze antimisbruikregeling kent een verzachting. In plaats van het afwaarderingsverlies direct aan de belaste winst toe te voegen, mag voor dit bedrag ook een zogenaamde opwaarderingsreserve worden gevormd. De opwaarderingsreserve wordt aan de winst toegevoegd, naarmate de aandelen in de dochtermaatschappij in waarde stijgen. Hierdoor wordt de winst op hetzelfde tijdstip verantwoord als wanneer de moedermaatschappij nog een vordering op de dochtermaatschappij zou hebben.

10.3 Anti-ontgaansbepaling NIET van toepassing

De anti-ontgaansbepalingen zien niet op alle vervreemdingen, omzettingen en kwijtscheldingen van afgewaardeerde vorderingen. Twee voor de praktijk belangrijke uitzonderingen zijn:

- de door derden afgewaardeerde vorderingen
- de zakelijke kwijtschelding.

De anti-ontgaansbepalingen zijn alleen van toepassing als de vordering door de moedermaatschappij of een met haar verbonden persoon is afgewaardeerd. Als de afwaardering heeft plaatsgevonden door een derde en de moedermaatschappij koopt de vordering onder de nominale waarde, dan is er geen anti-ontgaansregeling van toepassing. Houdt de moedermaatschappij de vordering, dan realiseert zij bij aflossing tegen nominale waarde van de vordering belaste winst. Zet de moedermaatschappij de vordering om in aandelenkapitaal dan is de waardestijging van de aandelen in de dochtermaatschappij, dankzij de deelnemingsvrijstelling onbelast.

Voorbeeld:

B.V. M heeft een 100% dochtermaatschappij, B.V. D. B.V. D heeft een schuld aan de bank van € 1.000.000. B.V. D heeft verliezen geleden. De vordering van de bank is hierdoor onvolwaardig. B.V. M koopt de vordering op B.V. D voor € 250.000 van de bank. Als B.V. M niets doet en het weer goed gaat met B.V. D realiseert B.V. M bij aflossing van de vordering € 750.000 (€ 1.000.000 - € 250.000) belaste winst op de vordering. Als B.V. M direct na verwerving de vordering omzet in aandelen en het weer goed gaat met B.V. D, dan realiseert B.V. M een onbelaste waardestijging van haar aandelen in B.V. D.

De anti-ontgaansbepaling is alleen van toepassing als een afgewaardeerde vordering zonder zakelijke redenen wordt kwijtgescholden. Heeft de moedermaatschappij zakelijke redenen, dan is de afwaardering van de vordering definitief aftrekbaar. Hiertegenover staat dat een zakelijke kwijtschelding bij de dochtermaatschappij tot belaste winst leidt. Deze winst is echter vrijgesteld voor zover het bedrag van de kwijtschelding hoger is dan de compensabele verliezen bij de dochtermaatschappij.

Voorbeeld:

B.V. M heeft een 100% dochtermaatschappij, B.V. D. B.V. M heeft een vordering van € 1.000.000 op B.V. D. Door verliezen van B.V. D is nog slechts € 250.000 van de vordering inbaar. B.V. M heeft de vordering op € 250.000 gewaardeerd. B.V. D heeft € 400.000 nog verrekenbare verliezen. Als B.V. M niets doet en het weer goed gaat met B.V. D dan moet B.V. M de vordering belast opwaarderen. B.V. M kan ook € 750.000 van de vordering kwijtschelden. De kwijtschelding is zakelijk. B.V. M realiseert bij de kwijtschelding geen winst. De € 750.000 afwaardering van de vordering komt definitief ten laste van haar winst. Als het beter gaat met B.V. D, dan is de waardestijging van de aandelen B.V. D bij B.V. M onbelast. B.V. D realiseert bij de kwijtschelding een bate van € 750.000. Hiervan wordt € 400.000 verrekend met haar verliezen. € 350.000 wordt vrijgesteld. Per saldo realiseert B.V. D geen belaste winst.

11 Faillierende dochter

11.1 Inleiding

In hoofdstuk 1 van deze uitgave is de keuze voor een bepaalde rechtsvorm aan bod gekomen. Dat is een belangrijke overweging die doorgaans gemaakt wordt in de beginfase van de onderneming. Zo kan er gekozen zijn voor bijvoorbeeld de besloten vennootschap, kortweg de "B.V." Het is in dat geval niet ongebruikelijk dat er een moedermaatschappij bestaat met daaronder één of meerdere dochtermaatschappijen: een houdsterstructuur. Aangezien ondernemerschap veelal met vallen en opstaan gepaard gaat, kan het zomaar voorkomen dat een dochtermaatschappij in zwaar weer terechtkomt en uiteindelijk in de situatie komt dat zij failliet gaat. Dat is vervelend, maar zorg ervoor dat bij dit proces goed de aandacht erbij gehouden wordt. Op fiscaal vlak zijn er nog een aantal mogelijkheden, die benut kunnen worden, tenzij er adequaat en accuraat gehandeld wordt. In dit hoofdstuk zullen we kort een aantal handreikingen doen over de fiscale gevolgen van een faillierende dochtermaatschappij. We zullen eerst ingaan op de liquidatieverliesregeling in de deelnemingsvrijstelling. Vervolgens zal ingegaan worden op het onderscheid dat bestaat tussen het al dan niet bestaan van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting tussen de moedermaatschappij en de faillierende dochtermaatschappij.

11.2 Liquidatieverliesregeling in de deelnemingsvrijstelling

De deelnemingsvrijstelling is de faciliteit die ervoor zorgt dat een winstbestanddeel binnen een moeder-dochterverhouding niet dubbel belast wordt. Dat wordt ervaren als een groot voordeel. Echter is het zo dat de vrijstelling niet alleen geldt voor winsten, maar ook voor verliezen. Een geleden verlies kan dus in principe ook slechts één keer in aanmerking genomen worden, en wel alleen op het niveau van de deelneming.

In de situatie dat de dochtermaatschappij niet goed draait en er verliezen geleden worden, kunnen die verliezen aangezuiverd worden door de moedermaatschappij. Men wil immers de onderneming door laten gaan. Dit aanzuiveren kan ervoor zorgen dat het zogenoemde opgeofferde bedrag, dat de moedermaatschappij heeft "betaald" voor de dochtermaatschappij, oploopt. Aan de ene kant wordt verlies geleden, dat de moedermaatschappij fiscaal niet in aanmerking kan nemen, vanwege de deelnemingsvrijstelling. Aan de andere kant kost het de moedermaatschappij middelen door de verliezen bij de dochter aan te zuiveren door kapitaalstortingen. Als een dochtermaatschappij vervolgens in nog zwaarder weer terechtkomt, loopt de verhouding van de zinnigheid van het aanzuiveren mank; de dochtermaatschappij lijkt een bodemloze put te worden.

Het kan dan voorkomen dat de dochtermaatschappij faillieert en de onderneming, die in de dochtermaatschappij gedreven wordt, gestaakt. Wanneer dat het geval is, dan zijn alle aanzuiveringen door de moedermaatschappij voor niets gebleken. De toepassing van de deelnemingsvrijstelling zou in dit geval dan onevenredig negatief uitwerken en dat is niet de bedoeling geweest van de wetgever. Om aan die discrepantie tegemoet te komen, is de liquidatieverliesregeling ingebouwd in de deelnemingsvrijstelling. Deze functioneert in principe als een vrijstelling van de deelnemingsvrijstelling. De moedermaatschappij kan dan onder voorwaarden alsnog (een deel van) de door haar faillierende dochtermaatschappij geleden verliezen, die zij aangezuiverd heeft, in aanmerking nemen. De belangrijkste voorwaarde, die hierbij geldt, is dat de onderneming daadwerkelijk gestaakt wordt en niet wordt voortgezet, in wat voor vorm dan ook.

11.3 Fiscale eenheid

In het geval van een houdsterstructuur kan er in Nederland voor gekozen worden om de moedermaatschappij én de dochtermaatschappij voor de vennootschapsbelasting als één belastingplichtige te laten behandelen. De moeder- en dochtermaatschappij worden dan gezien als een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. Zoals in paragraaf 4.3.4 aan bod is gekomen, heeft dat onder andere tot voordeel dat er jaarlijks maar één aangifte vennootschapsbelasting hoeft te worden gedaan en dat de transacties tussen de twee maatschappijen “onzichtbaar” zijn vanuit fiscaal oogpunt. Dus ook in de schulden van de twee maatschappijen wordt fiscaal gezien onderscheid gemaakt; de fiscale eenheid heeft dan schulden en niet per sé de moeder- of de dochtermaatschappij. Het is dan ook niet ongebruikelijk dat een dochtermaatschappij haar activiteiten financiert door middel van het aantrekken van een lening. Maar wat heeft het al dan niet hebben van een fiscale eenheid tot gevolg, wanneer de dochtermaatschappij, die leningen heeft uitstaan, in zwaar weer terechtkomt en faillieert?

11.3.1 Buiten de fiscale eenheid

Wanneer de dochtermaatschappij geen deel uitmaakt van de fiscale eenheid van de moedermaatschappij, is zij voor de vennootschapsbelasting zelfstandig belastingplichtig. In het geval dat aan de dochtermaatschappij een lening is verstrekt, wordt die lening ook fiscaal gezien als lening aan de dochter en is die schuld zichtbaar voor de vennootschapsbelasting voor die dochter. De eventuele renteaftrekbepalingen, die gelden in het geval de moedermaatschappij de schuldeiser is, zijn al de revue gepasseerd in hoofdstuk 9, dus daar zullen we hier niet verder op ingaan.

In het geval dat het slechter gaat met de dochtermaatschappij, kan de schuldeiser zijn verwachtingen, wat betreft de inbaarheid van zijn vordering, bijstellen. Hij kan daarbij zelfs de conclusie trekken om de schuld kwijt te schelden. Het kwijtschelden van die schuld heeft in principe een winst tot gevolg bij de dochtermaatschappij; zij hoeft immers een schuld niet meer terug te betalen. Als deze schuld kwijtschelding wordt op basis van zakelijke gronden, kan de winst, die daarmee gemoeid is, vrijgesteld worden van belasting onder de kwijtscheldingswinstregeling.

Daarbij gelden twee voorwaarden:

1. de schuldeiser moet het vorderingsrecht hebben prijsgegeven
2. het innen van de schuld moet niet voor verwezenlijking vatbaar zijn.

De eerste voorwaarde zegt zoveel als dat de schuldeiser moet hebben aangegeven dat hij de schuld niet meer gaat innen. Aan de tweede voorwaarde wordt invulling gegeven door middel van bewijs of een onderbouwing dat het uitwinnen van de schuld niet te realiseren is. Voor zover deze kwijtscheldingswinst de verrekenbare verliezen van de dochtermaatschappij overstijgen, is de winst vrijgesteld onder de kwijtscheldingswinstregeling.

11.3.1.1 Faillissement

Bij een faillissement van de dochtermaatschappij moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie, waarin een akkoord is gesloten met de schuldeiser over het innen van de schuld en die waarin dat niet het geval is. Bij wél een akkoord is er sprake van kwijtschelding van schuld. Zonder een akkoord is dat niet het geval. De schuldeiser heeft dan haar vordering namelijk niet prijsgegeven. Het gevolg is dan dat er geen sprake is van kwijtschelding en dat het derhalve geen kwijtscheldingswinst kan betreffen, die de dochtermaatschappij geniet, die onder de kwijtscheldingswinstregeling kan vallen.

Of er sprake is van kwijtschelding als gevolg van een faillissement is afhankelijk van de wijze waarop een faillissement eindigt:

1. Het eindigen vanwege homologatie van een akkoord.
Hier is er sprake van kwijtschelding. Dit maakt toepassing van de kwijtscheldingswinstregeling mogelijk.
2. Het eindigen vanwege opheffing wegens gebrek aan baten.
Hier is géén sprake van kwijtschelding. Daarom is toepassing van de kwijtscheldingswinstregeling niet mogelijk.
3. Het eindigen vanwege het verbindend worden van een slotuitdelingslijst.
Hier is géén sprake van kwijtschelding. Daarom is toepassing van de kwijtscheldingswinstregeling niet mogelijk.

11.3.1.2 In het zicht van faillissement

De vrijstelling, die de kwijtscheldingswinstregeling met zich meebrengt, geldt niet in alle gevallen. Wanneer de schuldeiser besluit om de schuld kwijt te schelden in het zicht van faillissement van de schuldenaar (de dochtermaatschappij), is de winst, die de dochtermaatschappij geniet wegens de kwijtschelding, niet vrijgesteld van vennootschapsbelasting. De zakelijke gronden worden dan geacht te ontbreken. De kwijtscheldingswinst is dan dus in principe wél belast.

11.3.2 Binnen de fiscale eenheid

Wanneer er sprake is van een fiscale eenheid, wordt de werking van de kwijtscheldingsregeling ook beperkt. De wet schrijft namelijk voor dat bij de bepaling van de winst van de fiscale eenheid de kwijtscheldingswinstvrijstelling in principe geen toepassing vindt. Slechts op dat deel van de kwijtscheldingswinst, dat zou zijn vrijgesteld wanneer de dochtermaatschappij geen deel zou uitmaken van de fiscale eenheid, is het mogelijk om toch de kwijtscheldingsregeling toe te passen. Deze beperking moet misbruik van de regeling voorkomen.

Binnen een fiscale eenheid worden de te verrekenen verliezen van alle vennootschappen, die deel uitmaken van de fiscale eenheid, als een geheel gezien. Zoals in paragraaf 11.2 benoemd, moeten de verrekenbare verliezen van de belastingplichtige afgetrokken worden van het bedrag van de kwijtgescholden schuld om de hoogte van de kwijtscheldingswinst te bepalen. Bij een fiscale eenheid is de fiscale eenheid de belastingplichtige en niet de afzonderlijke vennootschap. Om te voorkomen dat er verrekenbare verliezen van een andere vennootschap binnen de fiscale eenheid in aanmerking zouden moeten worden genomen, is deze beperking in het leven geroepen. Voor de bepaling van de vrij te stellen kwijtscheldingswinst worden in principe alleen die verrekenbare verliezen in aanmerking genomen, die toerekenbaar zijn aan de desbetreffende vennootschap.

11.3.2.1 Faillissement

De fiscale eenheid wordt niet verbroken door een faillissement van een dochtermaatschappij, die deel uitmaakt van de fiscale eenheid. In het algemeen zullen de schulden van de failliete dochtermaatschappij aan derden niet of slechts gedeeltelijk worden betaald. De winst, die het gevolg is van het wegvallen van de schulden van de dochtermaatschappij, leidt tot belastingheffing bij de moedermaatschappij (de fiscale eenheid). Om deze belastingheffing te voorkomen, werd in het verleden de fiscale eenheid met de betreffende dochtermaatschappij verbroken. Dat is onder de huidige wetgeving niet meer mogelijk. Als er in het zicht van liquidatie (als gevolg van faillissement) de dochtermaatschappij wordt ontvoegd, wordt de winst, die ontstaat door de vrijval van schulden, geacht nog te zijn genoten door de fiscale eenheid. Dit betekent dat het ontvoegen geen nut meer heeft en dat de vrijvalwinst, voor zover daar géén kwijtschelding aan ten grondslag ligt, belast is.

De conclusie, die getrokken kan worden, is dat de winst, die ontstaat vanwege het onbetaald blijven van schulden, bij het bestaan van een fiscale eenheid in principe belast is. De kwijtscheldingswinstregeling geldt dan in principe niet en ontvoeging is geen oplossing.

12 Overdrachtsbelastingstructuren

12.1 Inleiding

De overdrachtsbelasting komt regelmatig terug op de politieke agenda, waarbij de ene keer integrale afschaffing onderwerp van discussie is en de andere keer lijken vergaande wijzigingen op komst. Beide blijven tot nu toe uit, dus de overdrachtsbelasting blijft vooralsnog een kostenpost voor ondernemers, die een onroerende zaak willen kopen. Over de afgelopen jaren zijn er dan geen vergaande wijzigingen doorgevoerd; wél heeft de wetgever meerdere malen de wet aangepast. Meestal bleek het de bedoeling om 'gaten' te dichten en de belastingopbrengst zeker te stellen en in een enkel geval bleek de wet een middel om economische effecten teweeg te brengen, zoals met de verlaging van het tarief voor woningen ter stimulering van de woningmarkt. Zoals gezegd, is de overdrachtsbelasting een lastige kostenpost, die het liefst voorkomen wordt. Mogelijkheden om de belasting te voorkomen of tenminste te verminderen, worden dan ook nog steeds gezocht en gevonden. In dit hoofdstuk komen belangrijke aspecten van de overdrachtsbelasting aan bod en gaan we in op een aantal mogelijkheden om aan de belasting te ontkomen of de heffing tenminste te minimaliseren.

12.2 Algemeen: Wie, wat, waar?

Overdrachtsbelasting wordt geheven van de verkrijger van onroerende zaken. Naast de verkrijging van het juridisch eigendom wordt ook de verkrijging van het economisch eigendom belast. Onder economisch eigendom wordt verstaan een samenstel van rechten en plichten dat een belang bij een onroerende zaak vertegenwoordigt. Het kan ook gaan om aandelen in een vennootschap, die onroerende zaken bezit; zie het onderdeel 'Onroerendezaaklichamen' verder in dit hoofdstuk. Bij de term 'belang' moet worden gedacht aan het bestaan van enig risico van waardeverandering, maar het betreft overigens een open norm, waar ook in de rechtspraak nog niet eenduidig invulling aan wordt gegeven. Een losstaand recht op levering, zoals bijvoorbeeld een koopoptie, lijkt echter niet als een belang te kwalificeren. De maatstaf van heffing betreft de waarde van het belang wat wordt verkregen, maar tenminste de waarde van de tegenprestatie, die daarvoor wordt geleverd. In de meeste gevallen betreft dit de marktwaarde van een aangekocht pand. Als een derde partij echter een (gebruiks)recht op dat pand heeft, dan wordt de overdrachtsbelasting over een lagere waarde berekend. In alle gevallen zijn uitsluitend in Nederland gelegen onroerende zaken onderwerp van belastingheffing.

12.3 Tarief 2% / 6%

Sinds 15 juni 2011 heeft de overdrachtsbelasting twee tarieven. Het tarief voor overdracht van woningen is op die datum op 2% gesteld. Het tarief voor alle overige onroerende zaken bedraagt 6%. De verlaging naar 2% is in 2011 ingevoerd om de stagnerende woningmarkt een impuls te geven. Daarom had de verlaging in eerste instantie een tijdelijk karakter, tot en met 30 juni 2012. In het 'lenteakkoord' van 26 april 2012 werd de tariefverlaging permanent gemaakt.

Het begrip 'woning' waar het 2% tarief op van toepassing is, wordt breder uitgelegd dan alleen de hoofdwooning van de koper. Zo worden ook woningen in verhuurde staat onder het verlaagde tarief gebracht, net als woningen in aanbouw (waarvan de fundering is gelegd), recreatiewoningen, aanhorigheden, zoals een garage of serre en de ondergrond van een woning. Rechten waaraan de 'woning' zijn onderworpen (bijvoorbeeld een erfpachtrecht) vallen ook onder het 2% tarief.

Bij gesplitst gebruik/ gesplitste bestemming van een onroerende zaak, wordt het 2% tarief alleen toegepast op de waarde van het deel dat voor bewoning wordt gebruikt/ is bestemd. Tot slot is het lage tarief ook van toepassing op aandelen in vennootschappen, waarvan de bezittingen grotendeels bestaan uit onroerende zaken (ofwel: onroerende-zaaklichaam), voor zover deze aandelen woningen vertegenwoordigen.

12.4 Onroerendezaaklichamen

Aandelen in een 'onroerendezaaklichaam' (een rechtspersoon) worden voor de overdrachtsbelasting als een onroerende zaak aangemerkt. Deze bepaling is in de wet gekomen, omdat in de praktijk vennootschapsconstructies werden opgezet, om te voorkomen dat men rechtstreeks een onroerende zaak kocht en overdrachtsbelasting verschuldigd zou raken. De verkrijging van dergelijke aandelen leidt dus in beginsel tot de heffing van overdrachtsbelasting. Zoals met vrijwel alle fiscale rechtsgebieden werden na de invoering allerlei manieren bedacht om onder de heffing uit te komen, dus de wet kent inmiddels tal van antimisbruikbepalingen in relatie tot aandelen in onroerendezaaklichamen. Daarom geven we hierna een toelichting op de belangrijkste onderdelen van de regeling.

Van een onroerendezaaklichaam is er sprake als:

1. meer dan 50% van de bezittingen van het lichaam uit onroerende zaken bestaan of op enig tijdstip in het aan het voorafgaande jaar heeft bestaan
2. tegelijkertijd tenminste 30% van de bezittingen van het lichaam bestaat of heeft bestaan uit in Nederland gelegen onroerende zaken
3. 70% of meer van de totale onroerende zaken wordt gebruikt voor exploitatie (dus niet voor gebruik binnen de eigen onderneming).

Om te bepalen of er sprake is van een onroerendezaaklichaam, wordt verder gekeken naar de hele groep; een consolidatiebenadering. Deze benadering is bedoeld om de pas af te snijden voor ontgaansmogelijkheden door middel van gelaagde vennootschappelijke structureren.

Overdrachtsbelasting wordt geheven als een (rechts)persoon (al dan niet samen met verbonden (rechts)personen) éénderde belang verkrijgt in een onroerendezaaklichaam of zijn belang uitbreidt tot boven deze grens. Onder verbonden personen wordt verstaan echtgenoten, aanverwanten in de rechte lijn en in de tweede graad van de zijlinie. Onder verbonden rechtspersonen worden verstaan rechtspersonen, waarmee een verbondenheid via aandeelhouderschap bestaat van tenminste éénderde. In het geval van een natuurlijk persoon moet hij of zij ook samen met zijn echtgenoot meer dan 7% houden of verkrijgen. Ter voorkoming van misbruik, worden verkrijgen, die met elkaar samenhangen, bij elkaar opgeteld voor de vraag of en waarover overdrachtsbelasting verschuldigd wordt. Een samenhangende verkrijging is in elk geval aan de orde als binnen twee jaar na de eerste verkrijging een tweede verkrijging plaatsvindt.

In theorie kan worden betoogd dat een verkrijging van aandelen in een vennootschap met vastgoedbezittingen zowel een verkrijging van een economisch belang bij een onroerende zaak is als een verkrijging in een onroerende-zaaklichaam. Een verkrijging van een klein belang in aandelen kan dan via de hoofdregel van de overdrachtsbelasting alsnog belast worden. De Hoge Raad heeft echter beslist dat bij samenloop tussen de hoofdregel en de regeling voor onroerendezaaklichamen, de bepaling voor onroerendezaaklichamen voorgaan.

De maatstaf van heffing bij de verkrijging van een belang in een onroerendezaaklichaam is de werkelijke waarde van de in Nederland gelegen onroerende zaken, die door het belang wordt vertegenwoordigd. Dus niet de waarde van de aandelen.

12.5 Kwalificatie ‘nieuwe’ onroerende zaak

Zoals we in de inleiding van dit hoofdstuk bespraken, is de overdrachtsbelasting een kostenpost voor ondernemers. Door voorafgaand aan een transactie aandacht te besteden aan de overdrachtsbelasting, kan deze soms worden voorkomen of verminderd. Het volgende onderdeel van dit hoofdstuk staat in het teken van de mogelijkheden die hiervoor bestaan. Bijzondere aandacht verdient echter de samenloop van overdrachtsbelasting met omzetbelasting. Als een levering namelijk is belast met omzetbelasting - welke belasting aftrekbaar is voor ondernemers, die met omzetbelasting belaste prestaties verrichten - dan geldt een vrijstelling van overdrachtsbelasting. Daar besteden we in dit onderdeel aandacht aan.

Kort gezegd is de levering van een nieuwe onroerende zaak belast met omzetbelasting. De vraag, die dus centraal staat, is wanneer er sprake is van een nieuwe onroerende zaak. De wet definieert dit als volgt:

*“De levering van een **gebouw** of een **gedeelte van een gebouw** en het **erbij behorende terrein vóór, op of uiterlijk twee jaren na het tijdstip van eerste ingebruikneming**, alsmede de levering van een **bouwterrein**.”*

De onderstreepte gedeeltes van de wettelijke definitie verdienen nadere toelichting. Het begrip gebouw betreft iedere door de mens ontworpen constructie. Behalve woningen en bedrijfspanden vallen ook bruggen, kunstgrasvelden, atletiekbanen, tunnels, sluizen en parkeergarages onder de term “gebouwen”. Minder voor de hand liggende voorbeelden zijn leidingen voor gas, elektra en water of kabelnetwerken. Een bouwwerk dat nog niet is voltooid - een gedeelte van een gebouw - kan voor de omzetbelasting al als gebouw kwalificeren. Ook bij verbouwingen van een bestaand pand kan er sprake zijn van de totstandkoming van een nieuwe onroerende zaak. De rechterlijke uitleg van de wet geeft nog geen eenduidig beeld van de situaties, die hiervoor kwalificeren, maar essentieel lijkt te zijn dat fundamentele en dragende delen worden aangetast of dat er radicale vernieuwingen en wijzigingen in de bouwkundige identiteit plaatsvinden.

Een bijbehorend terrein wordt beoordeeld naar maatschappelijke maatstaven. Er moet worden beoordeeld of het terrein zelfstandig betekenis heeft en in die zin afzonderlijk kan worden gebruikt. Als er sprake is van een fysieke, organisatorische en economische verbondenheid met een gebouw, hoort een terrein daarbij. In de praktijk kan dit criterium worden gebruikt om een terrein met omzetbelasting te leveren als het bij een nieuwe onroerende zaak hoort of juist met omzetbelasting te leveren als aannemelijk gemaakt kan worden dat het terrein niet bij een niet-nieuwe onroerende zaak hoort.

De periode, waarin er sprake is van een nieuwe onroerende zaak, loopt vanaf het moment dat op de plek van het ‘oude’ gebouw een nieuw gebouw is vervaardigd of een bestaand gebouw zodanig ingrijpend verbouwd is dat een nieuwe onroerende zaak is voortgebracht. Tijdens de periode van sloop- en/of bouwwerkzaamheden kan er ook al sprake zijn van een levering vóór het tijdstip van eerste ingebruikneming van een onroerende zaak.

Tot slot is de levering van een ‘bouwterrein’ ook belast met omzetbelasting en daardoor vrijgesteld van overdrachtsbelasting. De wettelijke definitie van een bouwterrein luidt vrij en praktisch vertaald als volgt.

“Onbebouwde grond waaraan met het oog op de bebouwing van de grond ofwel fysieke ingrepen zoals rooien van bomen of egaliseren plaatsvinden of hebben plaatsgevonden, of ten aanzien waarvan voorzieningen worden of zijn getroffen die uitsluitend dienstbaar zijn aan de grond, of waarvan in de omgeving voorzieningen worden of zijn getroffen (bijvoorbeeld riolering of wegen), of ter zake waarvan een bouwvergunning is verleend.”

Het Hof van Justitie van de EG heeft recent bepaald dat op basis van feiten en omstandigheden - de intentie van partijen daaronder begrepen - bepaald moet worden of een terrein daadwerkelijk bestemd is om te worden bebouwd. Dit wijkt af van de wettelijke definitie. De Hoge Raad leidt daaruit af dat volledige sloop van een gebouw met het oog op nieuwbouw een bewerking aan de grond is met het oog op de bebouwing, waardoor er sprake is van een bouwterrein.

De kwalificatie van een onroerende zaak als een nieuwe onroerende zaak (of een bouwterrein) is zeer sterk afhankelijk van de feiten en omstandigheden per geval. Gezien het grote financiële belang, wat veelal met vastgoedtransacties is gemoeid, lijkt het in alle gevallen aan te bevelen om vooraf in overleg te treden met de Belastingdienst om de kwalificatie af te stemmen. Mocht het overleg op dat moment niet tot de gewenste uitkomst leiden, dan kan eventueel nog actie worden ondernomen door eventueel de feiten aan te passen.

12.6 Wat kun je doen om de overdrachtsbelasting te beperken?

De wet geeft verschillende vrijstellingen van overdrachtsbelasting en daarnaast zijn er (nog steeds) mogelijkheden om door de juiste planning de belastingheffing te voorkomen of beperken. Hierna beschrijven we de belangrijkste en meest gebruikte opties.

Vrijstelling van overdrachtsbelasting bij de overdracht van een (deel van een) onderneming

De overdracht van een onderneming kan in verschillende vormen plaatsvinden, zoals overdracht door een rechtspersoon aan een andere (rechts)persoon, inbreng van een onderneming vanuit de privésfeer naar een rechtspersoon, of terug vanuit een rechtspersoon naar de privéondernemings sfeer van de aandeelhouder. Mede om de continuïteit van de onderneming te waarborgen, wordt in deze gevallen, tenzij aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, een vrijstelling verleend van overdrachtsbelasting.

Voortzetting van een onderneming

Voortzetting van een onderneming door een beperkte groep familieleden is een geval, waarbij de overdracht van (zakelijk gebruikte) onroerende zaken vrijgesteld kan worden van overdrachtsbelasting. Zowel vóór, tijdens als na de transactie dienen de criteria voor de vrijstelling goed in de gaten gehouden te worden.

Fusie, splitsing of interne reorganisatie

Bij een fusie, splitsing of interne reorganisatie, waarbij onroerende zaken betrokken zijn, kan in de meeste gevallen een vrijstelling van overdrachtsbelasting worden geclaimd. De vrijstellingen zijn aan voorwaarden verbonden en kunnen ook achteraf worden teruggenomen als blijkt dat de transactie een opzet was om belasting te besparen. Bij vervolgt transacties met of door de verkrijgende vennootschap binnen een periode van drie jaar, wordt al snel geacht sprake te zijn van een dergelijke opzet.

Verdeling van een gemeenschap van goederen

De verdeling van een gemeenschap van goederen kan in bepaalde gevallen worden vrijgesteld van overdrachtsbelasting. Een bekend voorbeeld is de verdeling van een gemeenschap van scheidende echtlieden, waarbij één van beiden de helft van de onverdeelde eigendom van de woning van de ander overneemt. Dergelijke verdelingen komen ook aan de orde bij beëindiging van een geregistreerd partnerschap. De Hoge Raad heeft recent nog geoordeeld dat constructies met een geregistreerd partnerschap ten behoeve van deze vrijstelling als misbruik van recht kunnen kwalificeren, waardoor de vrijstelling niet kan worden toegepast.

Tracking stock in onroerendezaaklichamen

Tracking stock is een soort aandeel in een vennootschap, waarmee de waardeontwikkeling van de betreffende aandelen wordt gekoppeld aan specifieke onderdelen of bezittingen van de vennootschap, bijvoorbeeld een bepaald pand. Het dividend dat aan de aandelen gekoppeld wordt, kan afhankelijk worden gesteld van een specifiek pand en de zeggenschap over dat pand kan specifiek worden toegewezen aan het tracking stock. Op deze manier kan een participatie in een vennootschap mogelijk een volledig belang bij bepaalde onroerende zaken geven, terwijl de participatie minder dan éénderde belang in een onroerendezaaklichaam vertegenwoordigt. Er wordt dan in beginsel geen overdrachtsbelasting op de verkrijging van de participatie geheven. Een structuur, waarbij een grote vastgoedportefeuille in één vennootschap wordt ondergebracht met diverse eigenaren van specifieke panden via tracking stock, is denkbaar. Bedenk hierbij wél dat elk van de bezittingen van de vennootschap zich binnen de risicosfeer van alle andere bezittingen bevindt.

Voorkomen kwalificatie onroerendezaaklichaam

Het zogenaamde oppompen van de balans van een onroerendezaaklichaam is een mogelijkheid om overdrachtsbelasting op de verkrijging van een belang in een rechtspersoon met vastgoedbezittingen te voorkomen. Het doel is om de bezittingen van de rechtspersoon voor minder dan 50% uit onroerende zaken te laten bestaan, zodat de aandelen in het lichaam niet als een fictieve onroerende zaak kwalificeren. Let hierbij op dat de activa van de rechtspersoon gedurende een periode van tenminste 12 maanden voor meer dan 50% moeten bestaan uit andere dan onroerende zaken. De werkelijke waarde van het vastgoed is daarbij bepalend en niet de boekwaarde. Verder is van belang om te realiseren dat kunstmatig opgezette interne financieringen geen middel kunnen zijn om 'op te pompen'. Intercompanyvorderingen, die niet bij de normale bedrijfsuitoefening passen, worden namelijk buiten beschouwing gelaten.

Erfpachtconstructie

Bij de waardebepaling van een onroerende zaak zijn rechten van derden op de onroerendezaakwaarde drukkende factoren. Bijvoorbeeld een recht van erfpacht is een waarde drukkende factor. Als de omstandigheden van een geval dit toelaten of wenselijk maken (denk aan sale-and-lease-back) kan een onroerende zaak worden geleverd, waarbij de verkoper een recht van erfpacht aan zichzelf verstrekt. De erfpachtcanons komen in mindering op de waarde van de onroerende zaak, ter bepaling van de grondslag waarover overdrachtsbelasting wordt geheven. De vermindering leidt overigens nooit tot een negatieve waarde. De waarde van deze canons wordt volgens een vaste methode bepaald. Factoren, die hierbij een rol spelen, zijn de leeftijd van de persoon aan wiens leven het erfpachtrecht is gekoppeld en/of een bepaalde factor van het aantal jaren, dat het erfpachtrecht nog voortduurt. Als het recht van erfpacht op enig moment vervalt, groeit de beperkte eigendom van de koper onbelast aan tot een volledig eigendom.

Winstdelende lening aan een onroerendezaaklichaam

De verkrijging van een belang in een onroerendezaaklichaam kan worden belast met overdrachtsbelasting. De term "belang" verwijst in dit verband slechts naar aandelen. Een lening aan een onroerendezaaklichaam is dus geen belang in die zin. Als de vergoeding voor de geldverstrekking echter volledig winstafhankelijk is, dan is het duidelijk dat de geldverstrekker wel degelijk een belang heeft bij de waardeontwikkeling van het vastgoed. Toch lijkt op deze manier een belang bij onroerende zaken verkregen te kunnen worden, zonder dat overdrachtsbelasting aan de orde komt.

13 Estateplanning

13.1 Inleiding

Met ingang van 1 januari 2010 is de Successiewet ingrijpend gewijzigd. De belangrijkste wijzigingen:

- vereenvoudiging tariefstructuur
- aanpassing vrijstellingen
- aanpassing Artikel 10 SW
- aanpassing bedrijfsopvolgingsregelingen.

Nu zijn er nog slechts drie categorieën erfgenamen in plaats van vier en zijn er nog maar twee tariefschijven in plaats van zeven.

Tarieven 2014	partners/kinderen	kleinkinderen	overigen
Tot € 117.214	10%	18%	30%
€ 117.214 en hoger	20%	36%	40%

Vrijstellingen schenkbelasting 2014:

Door kind van ouders	€ 5.229
Eenmalig verhoogde vrijstelling 18 t/m 39 jaar	€ 25.096
Verhoging t.b.v. woning, studie of opleiding	€ 27.187 (totaal € 52.281)
Overige verkrijgers	€ 2.092

Vrijstellingen erfbelasting 2014:

Partners	€ 627.367 (minimaal € 162.071 na pensioenimputatie)
Kinderen	€ 19.868
Ziek/ gehandicapt kind	€ 59.601
Kleinkinderen	€ 19.868
Ouders	€ 47.053
Overige verkrijgers	€ 2.092

Met ingang van 1 januari 2013 is de verhoogde vrijstelling voor schenkingen aan kinderen verruimd tot 40 jaar. Als het kind zelf niet aan de leeftijdsvoorwaarde voldoet, maar zijn of haar partner wél, dan kan de verhoogde vrijstelling toch worden toegepast (tenzij de partner al gebruik heeft gemaakt van deze verhoogde vrijstelling).

De eenmalig verhoogde vrijstelling kan verder worden verhoogd tot een bedrag van € 52.281 als de schenking is gedaan voor de aankoop van een eigen woning van het kind, de bekostiging van een verbouwing of de verbetering van de eigen woning, de afkoop van erfpacht en soortgelijke rechten en voor de aflossing van een hypotheecaire schuld. Vanaf 1 januari 2012 behoeft van de schenking geen notariële akte meer opgemaakt te worden. De extra verhoogde vrijstelling kan gesplitst worden in een gedeelte dat bestemd is voor de bijzondere doeleinden en een gedeelte vrij kan worden aangewend (tenzij dit laatste deel niet hoger is dan € 25.096). Als de eenmalig verhoogde vrijstelling al is benut vóór 1 januari 2010, dan geldt dat hiervan niet nogmaals gebruik gemaakt kan worden. Hierop geldt echter een uitzondering voor de eenmalig aanvullende vrijstelling van € 27.187.

Naar aanleiding van het Belastingplan 2014 is de eenmalig verhoogde vrijstelling voor woningen op een aantal punten verruimd. Allereerst is voor de periode 1 oktober 2013 tot en met 31 december 2014 het bedrag van de vrijstelling verhoogd tot € 100.000. Daarnaast is de groep van schenkers verruimd, eerst was de vrijstelling alleen van toepassing in ouder-kindrelaties (tot een leeftijd van 40 jaar). Op basis van de tijdelijke verruiming kan iedereen gebruik maken van de vrijstelling, dus ook andere familieleden en derden. Tenslotte is het voor onbepaalde tijd ook toegestaan om de schenking te gebruiken voor de aflossing van een restschuld voor de eigen woning.

In het nieuwe Artikel 33a SW is een imputatieregeling opgenomen. Op grond van deze regeling moet op het bedrag van € 100.000 de al benutte vrijstelling in mindering worden gebracht. Als de begiftigde al van zijn ouders de maximale vrijstelling heeft ontvangen, dan kan slechts voor het aanvullende bedrag (in geval van schenking in 2013 dus voor € 48.593) een aanvullende schenking worden gedaan.

In het besluit van 16 september 2013 (BLKB2013/1699M) is aangegeven dat de imputatie alleen van toepassing is als ouders een aanvullende schenking doen. Op schenkingen van derden vindt derhalve geen imputatie plaats. Het is dus mogelijk dat een kind van ouders € 100.000 en van bijvoorbeeld ook grootouders € 100.000 geschenken krijgt.

De aanvullende vrijstelling voor betaling van kosten van een studie of (beroeps)opleiding is van toepassing als er sprake is van kosten, die aanzienlijk hoger zijn dan gebruikelijk. Dit is het geval als de kosten voor de studie of opleiding tenminste € 20.000 per jaar bedragen. De schenking mag niet worden aangewend voor de aflossing van studieschulden. Hierbij moet een notariële akte opgemaakt worden, waarin vermeld wordt voor welke studie of opleiding de schenking wordt aangewend. Aan de schenking moet de ontbindende voorwaarde worden verbonden dat het bedrag van de schenking in het jaar van de schenking of de twee daaropvolgende kalenderjaren aan de betreffende studie wordt besteed.

Sinds 1 januari 2010 is de werking van Artikel 10 SW uitgebreid. De ratio achter deze bepaling is dat, wanneer de erflater gedurende zijn leven vermogen heeft overgedragen ten gunste van de erfgenamen onder achterhouding van een vruchtgebruik (in de ruimste zin van het woord) en dit recht als gevolg van overlijden eindigt, het vermogensbestanddeel, waarop het vruchtgebruik heeft gerust, voor de volle waarde in de nalatenschap wordt betrokken. In het vervolg van deze notitie wordt een aantal voor de praktijk belangrijke voorbeelden van de toepassing van dit artikel nader toegelicht.

13.2 Wettelijke verdeling

Bij afwezigheid van een testament vindt vererving plaats op grond van de wettelijke verdeling. De nalatenschap wordt in gelijke delen verdeeld tussen de erfgenamen.

Om te bepalen wie de erfgenamen zijn, worden in de wet vier groepen erfgenamen onderscheiden:

1. de echtgenoot en de kinderen
2. de ouders, broers en zusters
3. de grootouders
4. de overgrootouders.

Als er in een groep een erfgenaam aanwezig is, wordt aan de verdeling van verdere groepen niet meer toegekomen. Bij de wettelijke verdeling is er sprake van automatische plaatsvervulling. Stiefkinderen, pleegkinderen en niet-erkende kinderen erven niet volgens het wettelijke erfrecht, om aan deze kinderen iets na te laten is derhalve een testamentaire erfstelling vereist.

In het geval naast de ouders ook broers of zussen erfgenaam zijn, geldt een uitzondering op de verdeling naar evenredigheid. Het erfdeel van de ouders bedraagt altijd tenminste $\frac{1}{4}$ deel. De erfden van de broers en zussen van de erflater worden in dat geval dusdanig verminderd, dat de ouders dit minimum krijgen.

Op grond van de wettelijke verdeling krijgen de kinderen een renteloze vordering op de langstlevende, ter grootte van hun deel van de nalatenschap. Over de vordering moet een rentevergoeding betaald worden voor zover de wettelijke rente hoger is dan 6%. Omdat de wettelijke rente nu lager is dan 6%, is de vordering in de praktijk renteloos. De vordering is in beginsel pas opeisbaar bij het overlijden van de langstlevende. Omdat de vordering van de kinderen bij de wettelijke verdeling renteloos is, wordt voor de berekening van de verschuldigde erfbelasting een fictief vruchtgebruik in aanmerking genomen bij de langstlevende. Hierdoor is de belaste verkrijging van de langstlevende hoger. Omdat de kinderen slechts een vordering verkrijgen, is in de wet geregeld dat de langstlevende de erfbelasting van de kinderen mag betalen. De wettelijke verdeling is doorgaans passend voor personen met relatief weinig vermogen en een eenvoudige vermogensstructuur.

13.3 Testament

Door de juiste uitwerking van het testament (in combinatie met de huwelijksvoorwaarden) is het veelal mogelijk om de heffing van erfbelasting bij het eerste overlijden "fors" te beperken.

Met name de nieuwe vrijstelling voor kleinkinderen is een reden om een testament op te laten maken of aan te laten passen. Door een legaat ten behoeve van het kleinkind (eventueel ten laste van het erfdeel van het kind om onderlinge bevoordeling te voorkomen) kan vrij eenvoudig erfbelasting worden bespaard.

Voorbeeld:

Een echtpaar met twee kinderen en zes kleinkinderen kan door aanpassing van het testament door gebruikmaking van de vrijstelling voor kleinkinderen in totaal circa € 24.000 (als het vermogen belast wordt in de 1^e schijf) tot circa € 48.000 (als het vermogen anders belast zou zijn in de 2^e schijf) besparen.

Hoe het testament ingedeeld moet worden, is afhankelijk van de persoonlijke situatie. Het verdient de voorkeur om regelmatig een testament opnieuw te beoordelen om te zien of deze nog steeds aansluit bij de situatie en de wensen van de erflater.

13.4 Ondernemingsvermogen

Een belangrijk onderdeel van estateplanning is het optimaliseren van de bedrijfsopvolgingsregelingen. Deze regeling valt uiteen in twee delen, de doorschuifregeling voor het aanmerkelijk belang en de bedrijfsopvolgingsregeling voor de erfbelasting.

Doorschuiфregeling aanmerkelijk belang

Met ingang van 1 januari 2010 zijn de doorschuiфfaciliteiten in de aanmerkelijkbelangregeling ingrijpend gewijzigd. De kern van de nieuwe regeling is dat uitsluitend de verkrijging krachtens erfrecht of schenking/ gift van een aanmerkelijk belang in een materiële onderneming onbelast is. Per 1 januari 2011 zijn de artikelen wederom aangepast. Bij de vererving van aandelen in een beleggingsvennootschap moet sinds 1 januari 2010 AB heffing worden afgerekend (vroeger kon die worden doorgeschoven). Er vindt geen heffing plaats als aandelen, die behoren tot een huwelijks-gemeenschap, worden toegeedeeld aan een deelgenoot (naar rato van diens gerechtigheid). Dus als de langstlevende vanuit de gemeenschap 50% van de aandelen krijgt toebedeeld, vindt er geen overbedeling plaats en wordt daarover niet geheven (wél over de 50% die aan de nalatenschap wordt toegeedeeld).

Bedrijfsopvolgingsregeling erfbelasting

Op verzoek kan bij de vererving van ondernemingsvermogen om toepassing van de bedrijfsopvolgingsregeling worden verzocht. In hoofdlijnen bedraagt de vrijstelling 100% op de verkrijging van ondernemingsvermogen in een objectieve onderneming tot een bedrag van maximaal € 1.028.132 van de waarde in het economisch verkeer van die objectieve onderneming (inclusief goodwill) en 83% voor het meerdere. Voor het restant belast ondernemingsvermogen (het voor 17% belaste deel) wordt op verzoek tien jaar uitstel van betaling verleend. Over het uitstel is wel invorderingsrente verschuldigd (op dit moment 3%).

Aan de toepassing van de BOR is een aantal voorwaarden gesteld. Allereerst moet de erflater voldoen aan het bezitsvereiste. In Artikel 35d Successiewet 1956 is opgenomen, dat onder de erflater wordt verstaan: *“Een erflater, die gedurende één jaar tot het overlijden aanmerkelijkbelanghouder was van de vermogensbestanddelen”*. Een tweede voorwaarde voor toepassing van de BOR-erfbelasting is, dat de verkrijger de onderneming gedurende minimaal vijf jaar moet voortzetten. Deze voorwaarde zorgt ervoor dat alleen de erfgenamen, die aandeelhouder van de vennootschap worden (en blijven) de vrijstelling kunnen genieten. In het geval van de wettelijke verdeling is dat alleen dus de langstlevende. Op de onderbedelingsvordering van de kinderen is de BOR dus niet van toepassing en dat kan dramatische gevolgen hebben.

Voor de optimalisering van de bedrijfsopvolgingsregeling is het aantrekkelijk om de aandelen in een actieve onderneming al bij het eerste overlijden (volledig of in blooteigendom) aan de kinderen toe te delen (de kinderen moeten dan wel daadwerkelijk voortzetten, maar dat lijkt bij een B.V. niet heel bezwaarlijk). Dat levert direct “volle” toepassing van de BOR-erfbelasting op en “uitstel” van AB-heffing tot het overlijden van de kinderen.

13.5 Enkele civielrechtelijke begrippen

13.5.1 Inleiding

Velen zijn zich niet goed bewust van de oorsprong en samenstelling van hun vermogen. Hoeveel ze hebben, is vaak nog wel enigszins bekend, maar wat van wie is en welke beperkingen eraan verbonden zijn niet. Dat kan van een aantal factoren afhangen, onder andere in welk regime van huwelijksgoederenrecht ze zijn getrouwd, maar zelfs een gewone huwelijks-gemeenschap kan voor verrassingen zorgen. Het kan bijvoorbeeld heel goed zijn dat van de ouders is geërfd met een zogenaamde uitsluitingsclausule. Daarmee wordt bepaald dat hetgeen geërfd wordt nooit zal vallen in enige huwelijks-gemeenschap of verrekenbeding. Het aldus geërfde vermogen blijft dus per definitie privébezit en valt niet in de gemeenschap. De uitsluitingsclausule is tegenwoordig bijna standaard in ieder testament en komt dus heel vaak voor. Ook kan bij leven zijn geschonken (al dan niet met schuldgerekening) met een uitsluitingsclausule.

Ook bij het maken van huwelijkse voorwaarden kan nog wél een verrassing optreden. Vaak wordt daarbij jaarlijkse verrekening overeengekomen van het overgespaarde inkomen. De gedachte daarbij is: Wat we samen verdienen, mogen we ook samen opmaken, los van wat ieder zelf aan vermogen heeft. De praktijk leert echter dat echtgenoten niet met elkaar boekhouden en dus de jaarlijkse verrekening vaak achterwege laten. Het gevolg daarvan kan desastreus zijn: In veel gerechtelijke uitspraken is bepaald dat in dat geval wordt aangenomen dat het vermogen geheel is opgebouwd uit gezamenlijk verdiend (en dus niet verrekend) inkomen. Het hangt van de situatie af, maar als niet kan worden aangetoond dat bepaalde vermogensbestanddelen zelfstandig zijn verkregen en nooit onderworpen hadden kunnen zijn aan de jaarlijkse verrekening, dan worden deze eenvoudigweg als gemeenschappelijk beschouwd. Ook bevatten veel huwelijkse voorwaarden de (bewijsrechtelijke) bepaling dat alle vermogensbestanddelen, die niet aantoonbaar toebehoren aan één van de echtgenoten, verondersteld worden gemeenschappelijk eigendom te zijn.

Nog een valkuil: Vermogen dat is geërfd met een zogenaamde tweetrapsmaking. Daarbij zijn er eigenlijk twee verkrijgers: de eerste verkrijger moet hetgeen hij heeft geërfd (meestal: wat daarvan nog resteert) bij zijn overlijden doorgeven aan de tweede verkrijger. De leidende gedachte erachter is veelal dat ten koste van alles moet worden voorkomen dat vermogen “weglekt” naar aangetrouwde familie. Bij een tweetrapsmaking schuift de erfenis door naar een volgende verkrijger. Vermogen dat is verkregen met een tweetrapsmaking is dus eigenlijk “tijdelijk” vermogen.

Een ander geval: Schuldig gebleven erfden, vaak met renteclausule. Ter bescherming van de langstlevende echtgenoot bepaalt de wet (en vaak ook het testament) dat alles aan de langstlevende wordt toebedeeld, die aan de kinderen hun erfden schuldig blijft, meestal met rentevergoeding. De kinderen kunnen hun erfdeel en de rente daarover pas opeisen bij het overlijden van de langstlevende. Vaak zijn de betreffende vorderingen gedefiscaliseerd en dus niet zichtbaar in de belastingaangifte. Mede daardoor zijn velen zich niet van deze vorderingen bewust.

Ook het stijgende aantal tweede huwelijken kan leiden tot onduidelijkheid over de vermogensrechtelijke verhoudingen. Vaak wordt daarbij al enig vermogen meegebracht en vervolgens aangewend voor gemeenschappelijke doeleinden: een (eerste of tweede) huis, investeringen in het bedrijf, gezamenlijke beleggingen, en dergelijke. Het is dan niet altijd gemakkelijk het spoor nog terug te volgen: Wat is (of was) van wie?

De les is duidelijk: Alleen door het zorgvuldig bijhouden en administreren van de herkomst van de diverse vermogensbestanddelen en de mutaties daarin kan duidelijkheid worden verschaft over de gerechtigdheid tot het vermogen, maar wie doet dat nu?

13.5.2 Tweetrapsmaking

Zoals hiervoor al vermeld, bestaat de mogelijkheid om vermogen in twee stappen te laten vererven. Daarbij zijn er twee verkrijgers: de eerste verkrijger moet, hetgeen hij heeft geërfd (meestal: wat daarvan nog resteert), bij zijn overlijden doorgeven aan de tweede verkrijger. Vandaar de naam tweetrapsmaking: Het is vererving in twee trappen.

Er zijn twee vormen:

1. de horizontale tweetrap (naar broers/ zussen)
2. de verticale tweetrap (naar kleinkinderen).

De horizontale tweetrap is goed inzetbaar in het geval één van de kinderen geen eigen kinderen en geen partner heeft. Bij overlijden van dit kind gaat de nalatenschap (veelal) naar broers/ zussen tegen het hoge tarief (30% of 40%). Doordat deze, dankzij de tweetrapsmaking, nu rechtstreeks verkrijgen van hun ouders, geldt voor hen het ouder-kindtarief (10 of 20%).

Voorbeeld van een verticale tweetrap:

Stel een echtpaar heeft twee kinderen, allebei getrouwd. Door de uitsluitingsclausule kan worden bereikt dat het door deze kinderen geërfde vermogen nooit in hun eventuele huwelijksgemeenschap kan vallen en daarmee bij echtscheiding buiten schot blijft, maar als het betrokken kind zelf komt te overlijden, eindigt de controle: Het geërfde vermogen valt dan in diens nalatenschap en kan dus ook vererven naar de aangetrouwde schoonzoon/ schoondochter. Dit wordt niet altijd gewenst en kan voorkomen worden met de tweetrapsmaking.

De tweetrapsmaking pakt fiscaal wel slecht uit bij de verticale tweetrap: De kleinkinderen erven dan van opa/ oma en hun tarief is daardoor 80% hoger. Dit kan voorkomen worden door de eerste verkrijgers de bevoegdheid te geven de tweetrap ongedaan te maken, waarbij de voorwaarde geldt dat de eerste verkrijgers dan bij testament moeten bepalen dat hetgeen zij van hun vader/ moeder hebben geërfd naar hun kinderen gaat. Zo wordt alsnog bereikt dat het vermogen "doorvereft" conform de wens van vader/ moeder, maar dan wel tegen het ouder-kindtarief.

Een tweetrapsmaking heeft als (theoretisch) nadeel dat er administratieve verplichtingen ontstaan. Het vermogen, dat onder de tweetrapsmaking valt, moet te zijner tijd worden "doorgegeven" aan de opvolgende verkrijger, de verwachter. De mutaties moeten dan echter goed worden bijgehouden om te voorkomen dat het vermogen onder de tweetrapsmaking wordt vermengd met ander vermogen. De verwachter heeft alleen recht op hetgeen er over is van het oorspronkelijk geërfd vermogen, maar moet dat wel kunnen controleren. Op de administratieplicht staat echter geen sanctie. Het is dus de vraag of hieraan zwaar moet worden getild, vooral als de verwachter ook erfgenaam is van de eerste verkrijger. Dat kan echter anders zijn als de verwachter een broer of zus is.

In veel gevallen is een vruchtgebruik een beter (lees goedkoper) alternatief.

13.5.3 Herroepelijke schenking

Een schenking kan herroepelijk worden gemaakt. Dat kan bijvoorbeeld nuttig zijn bij een naderende echtscheiding, maar ook met het oog op de mogelijkheid dat kinderen zich anders ontwikkelen dan verwacht. Dat kan allerlei vormen hebben: criminaliteit, lichtvaardig schulden maken, geld over de balk smijten, verkeerde vrienden/ vriendinnen, geestelijk onvermogen, financiële tegenslag (bijstand) en dergelijke. In deze omstandigheden kan de schenker dan de schenking ongedaan maken. Het geschonken vermogen keert dan terug, de schenkingsbelasting die al betaald is, wordt gedeeltelijk teruggegeven. Overigens is dat "terugkeren" nog niet zo simpel: het gaat niet vanzelf. Met name als feitelijk uitvoering is gegeven aan de schenking, moet de ontvanger er wél aan meewerken dat de tenaamstelling wordt gewijzigd of de feitelijke macht wordt overgedragen. Dit speelt niet als is geschonken door schuldiggerkenning. Herroeping kan verder heel nuttig zijn in het kader van estateplanning, om onbedoelde effecten te herstellen. Stel bijvoorbeeld dat met schenkingen tijdens leven een bepaalde vermogensovergang is gepland, rekening houdend met sterftেকansen, maar door onverwacht lang leven de zorgvuldige planning in de war dreigt te raken. Dan kunnen schenkingen door herroeping worden "teruggenomen", zodat de uitkomst van de planning weer zoveel mogelijk klopt. Fiscaal leidt herroeping van schenkingen sinds 1 januari 2010 tot een ander effect dan daarvoor. De betaalde schenkingsbelasting wordt niet meer volledig, maar slechts gedeeltelijk gerestitueerd. Het rendement dat met de herroepelijke schenking is behaald, wordt in mindering gebracht op de schenking. Over het aldus bepaalde bedrag wordt de betaalde schenkbelasting terugbetaald.

Het behaalde rendement is het daadwerkelijk behaalde voordeel. Hoe dat berekend moet worden is niet altijd duidelijk.

Dit wordt wél duidelijk in het volgende voorbeeld:

De schenking = € 100.000, de schenkbelasting is 10% = € 10.000. De jaarlijkse rentevergoeding = 6%. Na tien jaar herroeping: De betaalde schenkbelasting wordt gerestitueerd, echter verminderd met de schenkbelasting over het genoten voordeel, in casu 10% over 10 x € 6.000 = € 6.000. De restitutie is in dit voorbeeld dus € 4.000.

13.5.4 De uitsluitingsclausule

De uitsluitingsclausule zorgt ervoor dat vermogen, dat wordt verkregen uit een schenking of een erfenis, niet binnen een gemeenschap of verrekeningsbeding valt, maar altijd privévermogen blijft. De bedoeling is met name dat het verkregen vermogen niet hoeft te worden betrokken in een verdeling of verrekening bij echtscheiding. Er zijn meerdere varianten. De meest verstreckende is dat onder alle omstandigheden wordt "uitgesloten". Als het huwelijk wordt ontbonden door overlijden en niet door echtscheiding, schiet de clausule zijn doel eigenlijk voorbij en kunnen ongewenste gevolgen voor de erfbelasting ontstaan. Het uitgesloten vermogen valt dan immers volledig in de nalatenschap en is dus aan erfbelasting onderworpen. Als het wél in de gemeenschap of onder een finaal verrekenbeding zou zijn gevallen, was er 50% buiten de heffing gebleven. Om die reden wordt ook wel een gematigder variant gebruikt, waarbij de clausule niet geldt als het huwelijk wordt ontbonden door overlijden.

Omdat niet altijd goed in het oog wordt gehouden wat er met het uitgesloten vermogen gebeurt, is het vaak lastig het spoor terug te volgen.

Voorbeeld:

Echtgenoten kopen samen een huis, waarbij ze deels eigen middelen inzetten (waaronder het geërfde/geschonken vermogen) en deels bancaire financieringen. Na een aantal jaren gaan ze scheiden en moet de financiering van het huis worden afgelost en de meerwaarde van het huis worden verdeeld. Op dat moment moet de puzzel worden ontward: Hoeveel had elk van hen nu in het huis gestoken en hoe moet de overwaarde worden verdeeld? Voor de afrekening kan de nominaliteitsleer of de beleggingsleer worden gehanteerd.

13.5.5 Nominaliteitsleer/ beleggingsleer

Als tussen echtgenoten iets te verrekenen valt, omdat uit het ene privévermogen (bijvoorbeeld ontstaan door de uitsluitingsclausule) iets terecht is gekomen in het andere privévermogen, of in gemeenschappelijk vermogen, ontstaat de vraag op welke grondslag de verrekening moet plaatshebben. De nominaliteitsleer houdt in dat ieder terugkrijgt wat hij/zij nominaal in het huis heeft gestoken, de meerwaarde wordt 50/50 verdeeld. De beleggingsleer houdt in dat de waarde van het huis (na aflossing bankfinanciering) wordt verdeeld naar rato van de mate, waarin ieder in de financiering heeft bijgedragen. De waardestijging wordt dus gekoppeld aan de middelen die ter financiering zijn aangewend. Op 1 januari 2012 is nieuw recht in werking getreden, waarmee de beleggingsleer nu leidend is. Artikel 1:87 BW, waarin het vergoedingsrecht is opgenomen, is regelen recht; partijen zijn dus vrij om ervan af te wijken. Artikel 1:87 BW is alleen van toepassing op vergoedingsvorderingen, die ontstaan op grond van verkrijgingen, voldoeningen of aflossingen, die na het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet (1 januari 2012) zijn ontstaan. Op de vergoedingsvorderingen, die voor die tijd zijn ontstaan, blijft het recht van toepassing, zoals dat gold onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet. Dat wil zeggen dat die 'oude' vergoedingsrechten in beginsel beheerst blijven door het nominaliteitsbeginsel.

Uit onderstaand rekenvoorbeeld blijkt duidelijk het financiële verschil tussen de nominaliteitsleer en de beleggingsleer.

Voorbeeld:

Man en vrouw zijn op huwelijkse voorwaarden getrouwd en hebben gezamenlijk een woning aangekocht (ieder 50% eigenaar). De koopsom van de woning bedroeg € 400.000 en is als volgt voldaan:

Eigen middelen man	€ 300.000
Eigen middelen vrouw	€ 100.000

In 2014 gaan de man en vrouw scheiden. Op dat moment is de waarde van de woning gestegen naar € 1.000.000. Voor het opmaken van het convenant is relevant wanneer de man en vrouw de woning hebben aangekocht (vóór of ná 1 januari 2012), omdat dat de toe te passen verdelingsleer bepaalt.

Op basis van de nominaliteitsleer krijgt de man zijn inleg (€ 300.000) terug en wordt de waardestijging (€ 600.000) 50/50 verdeeld, zodat hij recht heeft op een vergoeding van € 600.000 (en de vrouw € 400.000).

Op basis van de beleggingsleer krijgt de man zijn inleg plus zijn aandeel in de waardestijging naar rato van de oorspronkelijke inleg, dus $\frac{3}{4} \times € 600.000 = € 450.000 + € 300.000 = € 750.000$ in totaal (en de vrouw "slechts" € 250.000).

Als de woning in waarde is gedaald, heeft de beleggingsleer tot gevolg dat de man voor een groter deel opdraait voor het verlies dan bij toepassing van de nominaliteitsleer.

13.5.6 Overgang naar gemeenschap

Als twee partijen, die buiten gemeenschap zijn getrouwd, alsnog willen kiezen voor een algehele gemeenschap kan dat: zij heffen dan de huwelijkse voorwaarden op en zijn vervolgens gezamenlijk gerechtigd tot het hele vermogen. Deze "versmelting" leidt niet tot schenking. Al in 1959 (BNB 1959/122) en opnieuw in 1971 (BNB 1971/95) heeft de Hoge Raad dit bepaald, en daar is sindsdien geen verandering in gekomen. Ook de Minister van Financiën heeft dit in 2008 nog uitdrukkelijk bevestigd (zie het bijgevoegde Besluit 14 10 2008 CPP2008/1426M). Dragende overweging daarbij is dat er geen sprake is van een voltooide vermogensverschuiving: Hoe de gemeenschap eruit zal zien bij het einde is immers niet te voorspellen. Dat gaat zelfs op als een rijke partner een gemeenschap vormt met een arme partner.

Behalve een algehele gemeenschap kan ook een beperkte gemeenschap worden gevormd. Bijvoorbeeld: Voor één specifiek bestanddeel (een pand, een aandelenpakket) of het andere uiterste: voor alles met uitzondering van één specifiek bestanddeel (een pand, een aandelenpakket). Hierbij bestaat echter wél het risico van een schenking. In tegenstelling tot een algehele gemeenschap neemt de Staatssecretaris hierbij het standpunt in dat wél van een schenking sprake kán zijn, afhankelijk van omstandigheden. Dit wordt van geval tot geval beoordeeld. De vraag of er sprake is van een voltooide of onvoltooide vermogensverschuiving zal daarbij een belangrijke rol spelen.

13.5.7 "Reparatie" huwelijksgemeenschap

Als partijen in algehele gemeenschap zijn getrouwd, maar dat eigenlijk niet hadden gewild of daarvan toch spijt krijgen, kunnen ze dat binnen drie jaar alsnog onbelast herstellen.

Op basis van Artikel 63 AWR (hardheidsclausule) heeft de Staatssecretaris op 14 oktober 2008 besloten (CPP2008/1426M) dat het alsnog aangaan van huwelijkse voorwaarden geen schenking inhoudt, tenzij wordt teruggekeerd naar de toestand van voor het huwelijk (algehele uitsluiting van gemeenschap!). Hiertoe moet een verzoek worden gedaan. Later kunnen partijen hun regime natuurlijk altijd weer wijzigen.

Nu is de algehele gemeenschap van goederen standaard, tenzij partijen anders bepalen in de vorm van huwelijkse voorwaarden. Er is een wetsvoorstel "in de maak" op grond waarvan voorhuwelijkse eigendommen en schulden, net als erfenissen en giften, niet meer standaard worden opgenomen in de gemeenschap van goederen.

13.5.8 Keuzelegaat

Een keuzelegaat is een legaat dat afhankelijk wordt gesteld van de wil van degene, die het ontvangt (de legataris kan dus kiezen). Kan zowel met als zonder inbreng van de waarde. Een keuzelegaat met inbreng van de waarde is geen bevoordeling van de legataris, maar een optie tot verkrijging van bepaalde bestanddelen uit de boedel. Een keuzelegaat kan betrekking hebben op bepaalde bestanddelen (de juwelen van oma) of op de hele nalatenschap. Het keuzelegaat biedt dus de mogelijkheid bepaalde bestanddelen uit de boedel te halen, voordat die in verdeling komen.

13.5.9 Plaatsvervulling

Als een kind overlijdt, voordat de erfenis van zijn ouders openvalt, worden zijn afstammelingen "in de plaats gesteld" en erven zij dus rechtstreeks van de erflater. In de wettelijke verdeling is dit "automatisch" het geval. Als er een testament gemaakt wordt, moet dit specifiek opgenomen worden.

13.5.10 Afullegaat

Hiermee wordt beoogd een erfgenaam (vaak de echtgenoot) optimaal te laten profiteren van een vrijstelling. Voor zover daarvan geen volledig gebruik wordt gemaakt in de erfstelling, wordt dit "afgevuld" met een aanvullende making tot het maximum van de vrijstelling. Bijvoorbeeld: De echtgenoot wordt voor 1% tot erfgenaam benoemd, maar krijgt ook een afullegaat tot het maximum van de vrijstelling.

13.5.11 Legitieme portie

Kinderen kunnen beperkt worden onterfd, namelijk tot 50% van het wettelijke erfdeel. Het gedeelte, waarvoor ze niet onterfd kunnen worden, heet "de legitieme portie". Als ze voor meer onterfd worden, kunnen ze het testament aantasten. In de praktijk pleegt in testamenten te worden opgenomen dat kinderen, die zich op de legitieme beroepen, zoveel mogelijk worden onterfd en hun minimale erfdeel krijgen in de vorm van een vordering op de langstlevende, die pas bij diens overlijden opeisbaar is. Over de vordering is (enkelvoudige) rente verschuldigd, die echter niet hoeft te worden betaald, maar mag worden bijgeschreven en ook pas opeisbaar is bij overlijden van de langstlevende. De rente is gelijk aan de wettelijke rente voor zover die hoger is dan 6% (en is nu dus gelijk aan 0%).

13.5.12 Boedelafwikkeling

Het afwickelen van de nalatenschap kan in principe door de erfgenamen zelf worden gedaan. Het gebeurt ook vaak door een notaris, omdat die veel expertise heeft op het gebied van familie- en erfrecht, maar het is, behoudens bijzondere gevallen (B.V. bij minderjarigen en curatele), niet verplicht. Ook dient vaak door een notaris een verklaring van erfrecht of een verklaring van executele te worden afgegeven ten behoeve van derden (bank!). Ook het toedelen van onroerende zaken (woonhuis) of aandelen moet via de notaris.

Tegenwoordig komt het vaak voor dat in het testament al iemand is aangewezen voor de afwikkeling. Daarvoor bestaan instellingen als executele en afwikkelingsbewind. Wie als executeur-testamentair of als afwikkelingsbewindvoerder wordt benoemd, heeft zeer ruime bevoegdheden en kan in feite afwikkelen zonder last te hebben van de (overige) erfgenamen. Zonder een executeur-testamentair of afwikkelingsbewindvoerder kunnen de erfgenamen ook gezamenlijk iemand machtigen (één van hen of een notaris) om de afwikkeling te doen.

De afwikkeling houdt onder meer in het verdelen van de boedel en het uitkeren van legaten. Als (zoals in de meeste gevallen) er sprake is van een wettelijke of quasi-wettelijke verdeling (alles wordt toegedeeld aan de langstlevende, die de erfden van de kinderen schuldig blijft), is een boedelverdeling niet meer nodig, want de langstlevende wordt automatisch eigenaar van alles. Wél dienen dan in het kader van de afwikkeling de tenaamstellingen te worden gewijzigd (onroerende zaken, aandelen, en dergelijke), want de langstlevende is dan de enige eigenaar geworden. Als er geen sprake is van een wettelijke of quasi-wettelijke verdeling, dient een akte van verdeling te worden opge maakt, waaruit blijkt wie van de erfgenamen wat uit de nalatenschap krijgt. Het is in alle gevallen voor de duidelijkheid aan te bevelen een boedelbeschrijving op te maken, waaruit de samenstelling van de nalatenschap blijkt (langstlevende en kinderen kunnen dat zelfs eisen). Ook voor de aangifte erfbelasting (onderdeel van de afwikkeling) is dit praktisch.

Bij de afwikkeling is het van belang enkele termijnen goed in de gaten te houden. In de eerste plaats de termijn voor het ongedaan maken van de wettelijke verdeling. Die termijn is slechts drie maanden na het overlijden. Door de ongedaanmaking vervalt de bescherming, die de langstlevende van de wettelijke verdeling geniet en moet de nalatenschap op de "ouderwetse" manier verdeeld worden: De erfgenamen moeten het daar onderling maar over eens worden. Er kunnen redenen zijn om de wettelijke verdeling niet te willen (bijvoorbeeld om bepaalde vermogensbestanddelen niet in eigendom te verkrijgen, maar alvast aan de kinderen toe te delen, eventueel belast met een vruchtgebruik). De termijn is echter kort. Bij een testamentaire quasi-wettelijke verdeling geldt die termijn niet, omdat dan het testament en niet de wet regeert. Het is daarom dus van belang in het testament uitdrukkelijk te kiezen voor een quasi-wettelijke verdeling en niet de wettelijke verdeling van overeenkomstige toepassing te verklaren, want dan zit je aan de korte termijn van drie maanden vast.

Een andere belangrijke termijn is die om de (wettelijke of testamentaire) rente op onderbedelingsvorderingen van de kinderen te wijzigen. In veel testaments is opgenomen dat de rente op onderbedelingsvorderingen door de langstlevende of de erfgenamen in onderling overleg anders kan worden bepaald dan in het testament. Voor de wettelijke verdeling is dit zelfs in de wet opgenomen. De fiscus volgt een dergelijke renteovereenkomst als die binnen acht maanden na het overlijden is gesloten.

13.6 Bedrijfsopvolgingsregeling

13.6.1 De faciliteit in de successiewet

Om het voortbestaan van ondernemingen niet in gevaar te brengen, is er een tegemoetkoming getroffen in de Successiewet voor vererving en schenking van ondernemingsvermogen. Als de onderneming wordt voortgezet door de erfgenamen, kan een gedeeltelijke vrijstelling worden geclaimd voor het verschuldigde successierecht; er is sprake van een zogenaamde vrijstelling aan de top. Daarnaast is er de mogelijkheid van (10 jarig) rentedragend uitstel van betaling.

De tegemoetkoming geldt grofweg voor de verkrijging van ondernemingsvermogen en aandelen, die bij de vervreemder onder een AB vielen (ook: winstbewijzen en opties).

De tegemoetkoming houdt in:

1. Het verschil tussen de liquidatiewaarde en de voortzettingswaarde wordt aangemerkt als een voorwaardelijk geconserveerde waarde. Voor de geconserveerde waarde wordt een conserverende aanslag opgelegd.
2. 83% van de voortzettingswaarde wordt eveneens aangemerkt als een voorwaardelijk onbelast geconserveerde waarde.
3. Voor de belastingaanslagen, die naar aanleiding van de geconserveerde waarden worden opgelegd, wordt automatisch renteloos uitstel van betaling verleend.
4. Bij voortzetting van de onderneming kan na vijf jaar vermindering van deze aanslag tot nihil plaatsvinden. Dit wordt wel de voorwaardelijk onbelaste geconserveerde waarde genoemd.
5. Het resterende recht (17%), dat toerekenbaar is aan het ondernemingsvermogen, wordt aangemerkt als belaste geconserveerde waarde. Voor de over deze waarde verschuldigde belasting wordt op verzoek van de voortzetter gedurende tien jaar rentedragend (enkelvoudige invorderingsrente) uitstel van betaling verleend.
6. Voor andere erfgenamen, die ter zake van het ondernemingsvermogen een overbedelingsvordering hebben verkregen op de voortzettende ondernemer, wordt op verzoek eveneens gedurende maximaal tien jaar rentedragend uitstel van betaling verleend.

De uitstelfaciliteit voor de conserverende aanslag vervalt als de schuldenaar failliet gaat of de schuldsaneringsregeling van toepassing wordt.

De conserverende aanslag wordt omgezet in een "gewone" aanslag voor zover gedurende de eerste vijf jaar na de verkrijging de onderneming wordt gestaakt, de aandelen worden vervreemd of de vennootschap een beleggingsmaatschappij wordt. Als tenminste vijf jaar wordt voortgezet, dan wordt de conserverende aanslag ter zake van de voorwaardelijk onbelaste geconserveerde waarde tot nihil teruggebracht.

Het uitstel voor de verkrijger van de overbedelingsvordering wordt beëindigd:

- als de belastingschuldige failliet gaat of de schuldsaneringsregeling van toepassing wordt
- als de medeverkrijger niet meer voldoet aan de eis van vijf jaar voortzetting
- voor zover de overbedelingssschuld wordt afgelost.

De bedrijfsopvolgingsfaciliteit geldt niet voor het recht van overgang en bij schenking slechts als:

- de schenker tenminste 55 jaar oud is of 45% arbeidsongeschikt
- het geschonken ondernemingsvermogen of AB-belang tenminste vijf jaar voorafgaand aan de schenker behoorde.

Als er sprake is van een verkrijging tegen een tegenprestatie of onder een last, dan wordt de waarde van die last of tegenprestatie niet in mindering gebracht op de voorwaardelijk onbelaste geconserveerde waarde.

13.6.2 De faciliteit in de inkomstenbelasting

Ondernemingsvermogen

Een ondernemer kan zijn onderneming geruisloos doorschuiven aan een medeondernemer, die tenminste gedurende drie jaar als medeondernemer of als werknemer in de onderneming heeft gewerkt. De voortzetter gaat dan verder met de boekwaarden van de overdrager en neemt de fiscale claim ook over. Bij overlijden geldt de termijn van drie jaar niet en is de doorschuiffaciliteit direct van toepassing.

Aandelen

Bij schenking van aandelen, die tot een aanmerkelijk belang behoren, wordt er bij toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteit geen aanmerkelijkbelangheffing geheven.

Bij schenking dient de verkrijger gedurende een periode van minimaal 36 maanden, voorafgaand aan de schenking, in dienstbetrekking te zijn geweest van de vennootschap waarop de aandelen betrekking hebben.

Daarnaast moet voldaan zijn aan de volgende eisen:

- de vennootschap drijft een onderneming of is medegerechtigde
- de aandelen vormen geen aanmerkelijk belang op grond van de meetregel
- de aandelen vormen geen ondernemingsvermogen.

Bij overlijden van de aanmerkelijkbelanghouder wordt er geen aanmerkelijk belang geheven als voldaan wordt aan de volgende eisen:

- de vennootschap drijft een onderneming of is medegerechtigde
- de aandelen vormen geen aanmerkelijk belang op grond van de meetregel
- de aandelen vormen geen ondernemingsvermogen
- een verkrijging bij legaat moet binnen twee jaar na overlijden plaatsvinden.

Het gedeelte van de overdrachtprijs, dat aan het vermogen van de onderneming is toe te rekenen, vermeerderd met 5% van het beleggingsvermogen, wordt zonder heffing doorgeschoven naar de erfgenamen.

Voor preferente aandelen gelden aanvullende voorwaarden. Er moet sprake zijn van een eerdere omzetting van gewone aandelen in het kader van een bedrijfsopvolging, waarbij gewone aandelen aan een ander zijn uitgegeven.

De faciliteiten bij schenking zijn ook van toepassing bij overdracht van de onderneming of aandelen tegen een te lage prijs.

Als de onderneming of aandelen verkocht worden en vervolgens de niet-betaalde koopschuld in gedeelten wordt kwijtgescholden, is de bedrijfsopvolgingsfaciliteit niet van toepassing.

Alleen voor de kwijtschelding van de eerste termijn wordt op grond van de hardheidsclausule de bedrijfsopvolgingsregeling toegepast.

13.6.3 Ondernemingsvermogen

Voor de toepassing van de faciliteit wordt als ondernemingsvermogen aangemerkt:

- De bestanddelen van een onderneming of een gedeelte daarvan of van een medegerechtigdheid, tenzij het een onderneming betreft van de erflater of de schenker, die door de verkrijger rechtstreeks wordt voortgezet.
- De aandelen in of winstbewijzen van een kapitaalvennootschap, niet zijnde een beleggingsmaatschappij, die bij de erflater of de schenker een aanmerkelijk belang vormden.

Ook een aandeel als een commanditaire vennoot geldt als een onderneming en komt in aanmerking voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteit.

Voorbeeld:

Pa heeft een groot Box 3-vermogen of bijvoorbeeld een eigen woning met een grote waarde en zijn zoon heeft een actieve onderneming. Inbreng: commanditair vermogen door pa. Eventueel kan een lening aangetrokken worden ter verkrijging van het aandeel in de C.V. De betaalde rente is verrekenbaar in Box 1 met de ontvangen rendementen op het commanditair vermogen. Na vijf jaar kan onbelast geschonken worden. Bij eerder overlijden is er sprake van kwalificerend vermogen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Het lijkt erop dat deze structurering aantrekkelijker is dan uitgifte van cumulatief preferent kapitaal, met name als financiering moet worden aangetrokken.

13.6.4 TBS-vermogen

TBS-vermogen is uitgesloten van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, een bedrijfspand dat ter beschikking wordt gesteld aan de onderneming of vennootschap valt echter wel onder de faciliteit van de Successiewet. Ter zake van vorderingen kan overwogen worden deze om te zetten in aandelenkapitaal of commanditair vermogen in een actieve onderneming.

13.6.5 Aanmerkelijkbelangaandelen en dergelijke

Voor de bedrijfsopvolgingsregeling kwalificeren:

- aandelen in en winstbewijzen van kapitaallichamen
- niet zijnde een lichaam, waarvan de feitelijke werkzaamheid bestaat uit onmiddellijk of middellijk beleggen van vermogen of daarmee overeenkomende werkzaamheid
- die behoorden tot een aanmerkelijk belang.

Beleggingsactiviteiten delen niet in de opvolgingsfaciliteiten.

In het geval, waarbij de werkzaamheden van de vennootschap gedeeltelijk belegging betreffen, is de bedrijfsopvolgingsregeling alleen van toepassing op dat vermogen, voor zover het beleggingsvermogen niet meer bedraagt dan 5% van het ondernemingsvermogen.

Ten aanzien van houdstervenootschappen is er sprake van het drijven van een onderneming, als de erflater/ schenker middellijk tenminste 5% van het nominaal geplaatste kapitaal in de (actieve) onderneming bezit.

13.6.6 Herziening

De bedrijfsopvolgingsregeling wordt herzien als binnen vijf jaar na de verkrijging:

- de verkrijger ophoudt uit de onderneming, of een gedeelte daarvan, winst te genieten
- de verkrijger ophoudt aandeelhouder te zijn of de vennootschap haar onderneming staakt of onmiddellijk of middellijk beleggingsactiviteiten gaat bedrijven.

13.6.7 Keuze overdracht onderneming bij leven of na overlijden

Bij de keuze ten aanzien van de overdracht van de onderneming bij leven of na overlijden spelen meer aspecten dan alleen fiscale aspecten. Hierna wordt ingegaan op de fiscale aspecten.

Bij een onderneming kan redelijk gemakkelijk zonder belastingheffing in de opvolging worden voorzien, tenzij voldaan wordt aan de voorwaarden.

Voor schenking van aanmerkelijkbelangaandelen bestaat er, anders dan bij vererving, geen doorschuifregeling. De aanmerkelijkbelangheffing komt aan de orde als de aandelen worden geschonken.

Bij de schenking van aanmerkelijkbelangaandelen zal de cumulatieve belastingdruk, ondanks alle faciliteiten, doorgaans relatief hoog zijn. Bij een verwachte grote waardestijging in de toekomst kan het dus zaak zijn om de kinderen in een vroegtijdig stadium bij de (aandelen in de) onderneming te betrekken. De cumprefstructuur en de overnameholdingstructuur komen dan in aanmerking. Door certificering van de aandelen kan de oude generatie grip houden.

13.6.8 Optimaliseren gebruik bedrijfsopvolgingsfaciliteit

Alleen de voortzetter van de onderneming komt in aanmerking voor de voorwaardelijk onbelaste conserverende aanslag, waarbij uitzicht bestaat op een 83%-vrijstelling van successierechten. Door tijdig maatregelen te treffen, kunnen de faciliteiten optimaal benut worden. Bijvoorbeeld door (een deel van) het kapitaal in de actieve vennootschap om te zetten in cumprefs. De cumprefs worden vervolgens toegedeeld aan degenen, die niet actief betrokken zijn bij de onderneming. De gewone aandelen worden toegedeeld aan de bedrijfsopvolger.

Omvorming van een legaat in de vorm van een geldbedrag in cumulatief preferente aandelen of een C.V.-aandeel, eventueel tegen (gedeeltelijke) inbreng van de waarde om effect te optimaliseren.

13.7 Bedrijfsopvolging via cumprefs

Bedrijfsopvolging kan worden gerealiseerd door het geheel of gedeeltelijk omvormen van de bestaande aandelen in cumulatief preferente aandelen in combinatie met uitgifte van gewone aandelen aan de persoonlijke holding van de opvolger. Een alternatief is dat de oude aandeelhouder bijvoorbeeld 20% van zijn aandelen verkoopt aan de nieuwe aandeelhouder, terwijl het behouden pakket van 80% wordt omgezet in cumprefs. Deze opvolgingsstructuur is veelal eenvoudiger te realiseren dan bedrijfsfusie, waarbij activa, passiva en contracten moeten worden overgedragen.

Ook financiering technisch gezien is dit een elegante oplossing.

Als de keuze moet worden gemaakt tussen een beroep op de bedrijfsopvolgingsfaciliteit van de Successiewet (BOF) en verlettering, wordt vaak aan de tweede optie de voorkeur gegeven. Daarbij vermijdt men namelijk AB-afrekening. Voor de verlettering van de aandelen is statutenwijziging noodzakelijk.

In geval van gelieerdheid van partijen zal de fiscus kritisch toezien op de zakelijkheid. Voorkomen moet worden dat er door de omzetting goodwill en/of stille reserves naar de opvolger verschuiven. Ook dient het dividendpercentage op de cumprefs zakelijk te zijn. Te denken valt aan een situatie, waarin de kinderen een minimaal pakket aan gewone aandelen verkrijgen, terwijl het pakket van de ouders in cumprefs wordt omgezet met een laag dividendpercentage. De fiscus zou in zo'n geval het standpunt kunnen innemen dat een materiële schenking heeft plaatsgevonden.

Deze gaat gepaard met AB-afrekening en heffing van schenkingsrecht.

Het dividend kan jaarlijks worden uitgekeerd of "rente" dragend worden bijgeschreven. Over het bijgeschreven dividend dient in de toekomst dan weer het preferente dividend te worden berekend. Na verloop van tijd kunnen de aandelen van de oorspronkelijke enig aandeelhouder worden ingekocht, of kan hij zijn aandelen overdragen aan de holding van de opvolger.

Als bij de inkoop van aandelen externe financiering benodigd is, biedt deze structuur het voordeel dat de financiering op het niveau van de werkmaatschappij plaatsvindt. Hierdoor is de fiscale verrekening van de rentelast in beginsel geen probleem.

Voor de vaststelling van de zakelijke hoogte van het dividend moet worden gekeken naar de functie van de cumprefs. Relevant hierbij is de normatieve verhouding eigen vermogen/ vreemd vermogen. Stel dat de waardering van de onderneming uitkomt op € 2 miljoen en dat gezien de risicograad de normatieve verhouding eigen vermogen/ vreemd vermogen 1 bedraagt. Stel dat er na de overdracht gewone aandelen zijn, die een waarde van € 1 miljoen vertegenwoordigen en cumprefs met dezelfde waarde. In dat geval fungeren de cumprefs als alternatief voor vreemd vermogen en kan worden uitgegaan van het rentepercentage met een beperkte risico-opslag. Stel dat financiering met extern vreemd vermogen tot de mogelijkheden zou behoren tegen een rentepercentage van 5%. Omdat het dividend onbelast is voor de ontvanger (deelnemingsvrijstelling), dient dit percentage netto te worden gemaakt. Bij 25,5% vennootschapsbelasting is de uitkomst van deze rekensom 3,725%. Hierbij is geen rekening gehouden met de eventuele risico-opslag.

Fungeren de cumprefs in het licht van de normatieve verhouding eigen vermogen/ vreemd vermogen als eigen vermogen (mezzaninefinanciering), dan dient voor de vaststelling van het dividend op de cumprefs te worden aangesloten bij de waardering van de onderneming. Uitgaande van het voorbeeld in de vorige alinea, is de financiering bijvoorbeeld als volgt: € 250.000 gewone aandelen, € 750.000 cumprefs en € 1.000.000 bankkrediet. Komt de waardering uit op zeven maal de winst, dan impliceert dit een geëiste rentabiliteit op het eigen vermogen van afgerond 14%. Als vuistregel kan worden aangehouden dat het rendement op de cumprefs tweederde bedraagt van het rendement van de gewone eigenvermogenverschaffers. Op basis hiervan kan het cumprefdividend worden vastgesteld in de range 9,3%. Bedacht moet hierbij worden dat de cumprefaandeelhouders hetzelfde neerwaartse risico lopen als de gewone aandeelhouders, maar niet delen in het opwaartse potentieel. Dat zou dus een hoger rendement rechtvaardigen. Daar staat echter de preferentie van de cumprefaandeelhouders tegenover. Bij bescheiden winsten behalen deze aandeelhoudersrendement, terwijl de gewone aandeelhouders niets of weinig krijgen.

Wijziging van gewone aandelen in preferente aandelen

Als aan de navolgende voorwaarden wordt voldaan, is er bij de omvorming van gewone aandelen in preferente aandelen geen sprake van een vervreemding voor de aanmerkelijkbelangregeling:

1. De gewone aandelen worden bij statutenwijziging omgevormd tot cumulatief preferente aandelen.
2. De vóór de statutenwijziging aan de om te zetten gewone aandelen verbonden zichtbare winstreserves en agioreserves worden volledig toegerekend aan deze (in preferente aandelen gewijzigde) aandelen. Hetzelfde geschiedt met de stille reserves en goodwill. Hiertoe zijn - zoveel mogelijk - in de jaarrekening en in de statuten afzonderlijke reserves gecreëerd.
3. De preferente aandelen geven recht op een - eventueel in overleg met de Inspecteur te bepalen - zakelijke vergoeding voor het ter beschikking stellen van vermogen aan de vennootschap (primaire dividend). Het primaire dividend wordt, in het verlengde van het vorige punt, berekend over het nominale kapitaal van de preferente aandelen en de aan deze aandelen verbonden zichtbare en onzichtbare reserves (inclusief goodwill). Als de winst in enig jaar niet voldoende is voor het uitkeren van het primaire dividend, bestaat er in de volgende jaren in zoverre recht op een aanvullend primaire dividend. De na de toekenning van het primaire dividend resterende winst, wordt toegerekend aan de gewone aandelen.
4. Als in enig jaar na de statutenwijziging in plaats van een dividenduitkering een bijschrijving plaatsvindt op de aan de preferente aandelen verbonden winstreserverekening, bestaat in de daarop volgende jaren ook recht op het vastgestelde percentage primair dividend over deze bijschrijving.
5. Als in enig jaar een verlies wordt afgeboekt op de aan de preferente aandelen verbonden winstreserverekening, wordt, als in een later jaar winst wordt gemaakt, een bedrag bijgeschreven op deze winstreserverekening, dat overeenkomt met het bedrag dat ter dekking van de verliezen was afgeschreven.

6. Bij liquidatie van de vennootschap worden de aan de preferente aandelen verbonden winstreserves uitgekeerd aan de houder van de preferente aandelen. Het gevolg is dat de direct vóór de statutenwijziging aan de oude aandelen verbonden zichtbare en onzichtbare reserves (inclusief goodwill) uiteindelijk op de preferente aandelen zijn uitgekeerd, tenzij deze winstreserves door verliezen definitief teniet zijn gegaan.

Verlettering van aandelen

Als aan de navolgende voorwaarden wordt voldaan, is er bij de verlettering van aandelen geen sprake van een vervreemding voor de aanmerkelijkbelangregeling:

1. De gewone aandelen worden verletterd in aandelen A en er worden nieuwe aandelen B geëmitteerd.
2. De vóór de statutenwijziging aan de gewone aandelen verbonden zichtbare winstreserves en agioreserves worden volledig toegerekend aan de aandelen A. Hetzelfde geschiedt met de stille reserves en goodwill. Hiertoe zijn - zoveel mogelijk - in de jaarrekening en in de statuten afzonderlijke reserves gecreëerd.
3. De aandelen A en B geven recht op een - eventueel in overleg met de Inspecteur te bepalen - zakelijke vergoeding voor het ter beschikking stellen van vermogen aan de vennootschap (primaire dividend). Het primaire dividend wordt, in het verlengde van het vorige punt, berekend over de nominale waarde van de aandelen A en B en het bedrag van de aan die aandelen verbonden zichtbare reserves. De aandelen A geven ook recht op primair dividend, berekend over de ten tijde van de verlettering aan deze aandelen verbonden stille reserves en goodwill, voor zover deze nog niet op de aandelen zijn uitgekeerd of door verliezen verloren zijn gegaan. Als de winst in enig jaar niet voldoende is voor het uitkeren van het primaire dividend, bestaat er in de volgende jaren in zoverre recht op een aanvullend primair dividend.
4. De na de toekenning van het primaire dividend op de aandelen A en B resterende winst, wordt in verhouding tot het nominale kapitaal aan de aandelen A en de aandelen B toegerekend.
5. Als in enig jaar na de statutenwijziging in plaats van een primaire dividenduitkering een bijschrijving plaatsvindt op de aan de aandelen A vervreemdingsvoordelen en B verbonden winstreserverekeningen, bestaat in de daarop volgende jaren ook recht op het vastgestelde percentage primaire dividend over deze bijschrijvingen.
6. Als in enig jaar een verlies wordt afgeboekt op een winstreserverekening, wordt, als in een later jaar winst wordt gemaakt, een bedrag bijgeschreven op deze winstreserverekening dat overeenkomt met het bedrag dat ter dekking van de verliezen was afgeschreven.
7. Bij liquidatie van de vennootschap worden de aan de aandelen A verbonden winstreserves uitgekeerd aan de houders van de aandelen A. Het gevolg is dat de direct vóór de statutenwijziging aan de gewone aandelen verbonden winstreserves uiteindelijk op de aandelen A zijn uitgekeerd, tenzij deze winstreserves door verliezen definitief teniet zijn gegaan.

De vraag rijst hoe stille reserves en niet-geactiveerde goodwill kunnen worden omgezet in een aparte winstreserve. Ten aanzien van stille reserves kan in de commerciële jaarrekening een herwaardering (belastinglatentie, herwaarderingsreserve) worden gevormd. Resteert de goodwill. Hierbij zal statutair moeten worden gedacht aan een regeling overeenkomstig een voorbehoud van stille reserves in een firmacontract. Essentieel is dat ook over de voorbehouden waarden het preferente dividend wordt vergoed.

Bovenstaande vormgeving is zeer ingewikkeld. Het kan ook simpeler.

Voorbeeld:

Stel A heeft 100 aandelen in B.V. A met een nominale waarde van € 100.000. B.V. A geeft 10 nieuwe aandelen uit aan B. De aandelen van A worden omgezet in cumprefs. De waarde van B.V. A is vastgesteld op € 2 miljoen. Vaststaat dat een cumprefdividend van 7% zakelijk is. Aan A dient een jaarlijks cumprefdividend toe te komen van € 140.000. Vertaald naar de nominale waarde van A's aandelen, impliceert dit een cumprefpercentage van 140%. Vanwege de koppeling van het cumprefdividend aan de waarde van de aandelen is tevens gewaarborgd dat A een vergoeding krijgt over de aanwezige reserves, stille reserves en goodwill.

Besef dat het vervreemdingsrisico voor het aanmerkelijk belang ook bestaat als de te verletteren aandelen door een (persoonlijke) holding worden gehouden in plaats van rechtstreeks door een natuurlijk persoon. Het risico ligt dan anders. In dat geval is er sprake van een (verkapt) dividend van de holding aan de aandeelhouder/ natuurlijk persoon. Het (verkapte) dividend bestaat dan uit het verschil tussen de werkelijke waarde en de in aanmerking genomen waarde.

Als de nieuwe aandelen door de werkmaatschappij worden uitgegeven, kan dit leiden tot verbreking van de fiscale eenheid.

14 Internationale aspecten

Zoals in paragraaf 1.2.5 genoemd, wordt een Coöperatie regelmatig in internationale houdsterstructuren ingezet. De achtergrond is dat uitkeringen door de Coöperatie niet onderworpen zijn aan (dividend)belasting, tenzij er sprake is van een structuur, die is opgezet voor fiscale motieven. Als dat het geval is, dan zijn uitkeringen door de Coöperatie belast met dividendbelasting als en voor zover de uitkeringen worden gedaan aan leden, die een belang hebben in de Coöperatie van tenminste 5% en voor wie het lidmaatschapsrecht als een passieve belegging kwalificeert.

Van een structuur met fiscale motieven is er sprake als de Coöperatie geen substance in Nederland heeft. Objectieve elementen om vast te stellen of er sprake is van Nederlandse substance zijn:

- de plaats van de werkelijke leiding van de Coöperatie
- de tastbare aanwezigheid van vestiging
- het hebben van een Nederlandse directie
- eigen personeel dat voldoende ervaring en expertise heeft.

Als er voldoende Nederlandse substance is, dan kan er met een Coöperatie als (tussen)houdster een fiscaal efficiënte structuur worden opgezet. De dividenden, die de Coöperatie ontvangt van dochtervennootschappen, zullen in het algemeen niet belast worden bij de Coöperatie (deelnemingsvrijstelling) en de Coöperatie keert dividenden uit aan haar leden zonder Nederlandse (dividend)belasting. Een voorbeeld ter verduidelijking.

Voorbeeld:

Stel ondernemer in land A wil gaan investeren in land B. Dividenden, betaald vanuit land B aan een ondernemer in land A zijn belast in land B tegen 10%. Dividenden uitgekeerd vanuit land B aan Nederland worden in land B niet belast.

De investering in land B opzetten via een Nederlandse Coöperatie zou dan een besparing van 10% van de dividenden kunnen opleveren.

Zonder Nederlandse Coöperatie:

Winst na lokale winstbelasting in land B	1.000
Belasting (10%) op uitkering aan land A	100
Netto-ontvangst door ondernemer in land A	<u>900</u>

Met Nederlandse Coöperatie:

Winst na lokale winstbelasting in land B	1.000
Belasting (0%) op uitkering aan Nederlandse Coöperatie	0
Uitkering door Nederlandse Coöperatie aan ondernemer in land A	<u>1.000</u>
Nederlandse belasting (0%)	0
Netto-ontvangst door ondernemer in land A	<u>1.000</u>

Het voorbeeld laat zien dat de netto-ontvangst voor de ondernemer in land A, met de Nederlandse Coöperatie, 100 groter is dan de netto-ontvangst van de ondernemer in land A, zonder Coöperatie in Nederland.

PKF Wallast Adviesreeks. Dit is een uitgave van de PKF Wallast Adviesreeks, een reeks vaktechnische uitgaven voor directeuren-aandeelhouders, controllers, administrateurs en middelgrote bedrijven. De reeks omvat onderwerpen op fiscaal, juridisch en administratief gebied. Redactie en auteurs zijn werkzaam bij PKF Wallast accountants en belastingadviseurs.

PKF Wallast, Accountants, fiscalisten, bedrijfsjuristen en business valuers. Lokaal, regionaal en landelijk actief, hoofdzakelijk voor ondernemers. We verstaan ons vak als weinig anderen, hebben een macht aan kennis en ervaring en kijken met een brede blik naar ondernemingen.

Eén aanspreekpunt, van alle markten thuis. Alles wat we weten, kunnen en doen, verbinden we met elkaar om een zo groot mogelijk positief effect te sorteren. Onze opdrachtgevers hebben dan ook te maken met slechts één PKF Wallast adviseur, die thuis is op het gehele terrein waarop wij actief zijn, dus in welhaast elke kwestie een oplossing biedt. Academisch gevormd, multidisciplinair, met een brede kennis van fiscale, financiële en juridische zaken.

Ook internationaal georiënteerd. We voelen het als onze verantwoordelijkheid om onze opdrachtgevers ook van dienst te kunnen zijn als er grensoverschrijdende kwesties spelen op financieel, fiscaal of bedrijfsjuridisch gebied. Wij zijn dan ook aangesloten bij PKF International*, een wereldwijd netwerk van accountants en belastingadviseurs, verspreid over 125 landen. Kijk ook op www.pkf.com.

Informatie. PKF Wallast heeft vier vestigingen. De gegevens staan hieronder vermeld.

* PKF Wallast is aangesloten bij PKF International Limited, een netwerk van juridisch onafhankelijke kantoren en aanvaardt geen enkele verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid voor het doen of nalaten van de zijde van andere aangesloten kantoren.

PKF WALLAST

Accountants & belastingadviseurs

Amsterdam

Postbus 74681, 1070 BR
Beechavenue 78-80, 1119 PW Schiphol-Rijk
Tel (020) 653 18 12
Fax (020) 653 18 47
E-mail amsterdam@pkfwallast.nl

Delft

Postbus 332, 2600 AH
Delftechpark 40, 2628 XH Delft
Tel (015) 261 31 21
Fax (015) 261 53 82
E-mail delft@pkfwallast.nl

Rotterdam

Postbus 84030, 3009 CA
Rivium Boulevard 34, 2909 LK Capelle a/d IJssel
Tel (010) 450 40 20
Fax (010) 450 69 50
E-mail rotterdam@pkfwallast.nl

Woerden

Postbus 533, 3440 AM
Pompmolenlaan 9, 3447 GK Woerden
Tel (0348) 41 62 62
Fax (0348) 41 42 80
E-mail woerden@pkfwallast.nl

www.pkfwallast.nl