

kan worden uitgesloten. Uit het feit dat de huidige regeling niet op grote schaal daadwerkelijk tot niet-afrekbare financieringskosten leidt, kan niet zonder meer worden afgeleid dat het budgettaire belang gering is.'

Er zijn geen duidelijke redenen om thans tot een ander oordeel te komen. Integendeel, dit oordeel lijkt ook door anderen te worden gedeeld. Zo schrijft de Advocaat-generaal bij de Hoge Raad in zijn conclusie van 19 oktober 2000 in zaak nr. 35 729, waarvan een gedeelte als bijlage bij dit rapport is gevoegd: 'Volgend jaar zal in Duitsland een grote *Steuerreform* in werking treden, die onder meer zal meebrengen de invoering van een klassiek stelsel van belastingheffing over uitgedeelde vennootschapswinsten (in plaats van het thans nog geldende verrekeningsstelsel), met een deelnemingsvrijstelling en, voor zover nu bekend, in beginsel onbeperkte aftrekbaarheid van deelnemingskosten, ook bij deelnemingen die geen in Duitsland belastbare winst genereren. Ik kan mij slecht voorstellen dat een dergelijk stelsel van vrijstelling voor buitenlandse deelnemingsvoordelen gecombineerd met onbeperkte aftrekbaarheid van alle deelnemings(financierings) kosten bij de binnenlandse moedervervennootschap een lang leven zal zijn beschoren.' Verder moet worden bedacht dat Frankrijk, dat tot en met het fiscale jaar 1999 een systeem van onbeperkte kostenafrek in combinatie met onbeperkte vrijstelling had, daarvan is teruggekomen.

Aan de andere kant zou, zoals in paragraaf 2 is aangegeven, het afschaffen van de niet-afrekbaarheid in sommige gevallen een knelpunt wegnemen voor de acquisitie van buitenlandse deelnemingen. Daarnaast zou het voor de Belastingdienst en voor het bedrijfsleven een vereenvoudiging betekenen, doordat de lastige vraag welke kosten moeten worden toegerekend aan een buitenlandse deelneming, niet langer beantwoord zou behoeven te worden. Tenslotte kan niet volledig worden uitgesloten dat het Europese Hof komt tot een voor Nederland negatieve beslissing over de afrekbeperking. Deze overwegingen maken het zinvol om te bezien of er reële mogelijkheden zijn om een afschaffing van de afrekbeperking te combineren met aanvullende maatregelen om de budgettaire risico's weg te nemen of om de gevolgen daarvan te compenseren.

3.2 Kostenafrek in combinatie met een forfaitaire beperking van de vrijstelling

Het Belgische systeem

België kent een deelnemingsvrijstelling waarbij de feitelijke kosten die verband houden met een (buitenlandse) deelneming bij de moeder in afrek worden toegelaten, maar de vrijstelling van de deelnemingsvoordelen geen 100% bedraagt doch 95%. Vertaald naar het Nederlandse systeem, kan worden gesteld dat een dergelijke aanpak de achterliggende gedachte van een nettovrijstelling in buitenlandse verhoudingen (vrijstelling voor het saldo van opbrengsten en kosten) intact laat. Om praktische redenen worden de kosten die niet in afrek komen, echter forfaitair gesteld op een bepaald percentage (bijvoorbeeld 5) van de deelnemingsvoordelen. Daardoor kan ook geen geschil meer ontstaan over de aard en omvang van de kosten.

De Moeder-dochterrichtlijn van de EU staat een beperking van de vrijstelling met ten hoogste 5% toe in verband met managementkosten. Als in Nederland de vrijstelling zou worden beperkt tot 95%, en daartegenover alle deelnemingskosten (financieringskosten en hoofdkantoorkosten) in aftrek zouden worden toegelaten, zou dit dus passen binnen het kader van de richtlijn.

Om te voorkomen dat zich dan opnieuw de vraag zou voordoen of de regeling wel verenigbaar is met het in het EG-verdrag neergelegde recht op vrije vestiging, zou de beperking van de vrijstelling niet alleen moeten gelden voor buitenlandse, maar ook voor binnenlandse deelnemingsvoordelen. Ook in de Belgische regeling, die thans een beperking van de vrijstelling tot 95% kent, wordt geen onderscheid gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse deelnemingen.

In de Belgische regeling ziet de beperking van de vrijstelling overigens alleen op de ontvangen dividenden. Voordelen uit hoofde van vervreemding van de deelneming zijn volledig vrijgesteld. Dat bergt het gevaar in zich dat dividenden uitblijven en het voordeel uit de deelneming bij vervreemding wordt gerealiseerd. Dit vraagt dan weer om antisubsidiëerbepalingen. Het is beter dit probleem te voorkomen door de vervreemdingsvoordelen ook in aftrek te beperken.

Vanuit budgettair oogpunt is van belang in hoeverre een dergelijke regeling het risico van de hiervoor genoemde "aanzuigende werking" beperkt. *(dit moet nog nader worden gezien)*

Wat de gevolgen voor het bedrijfsleven betreft, kan worden opgemerkt dat zo'n regeling ten opzichte van de huidige situatie voordelen kan hebben voor internationaal georiënteerde bedrijven die hun deelnemingen met vreemd vermogen (willen) financieren. Bedrijven die hun buitenlandse deelnemingen nu met eigen vermogen financieren, zullen er op achteruit gaan. Hetzelfde geldt voor bedrijven met uitsluitend binnenlandse deelnemingen. Voor nieuwe deelnemingen werkt de compenserende maatregel overigens pas met enige vertraging, namelijk naarmate voordelen uit de deelneming worden genoten.

Het Franse systeem

Frankrijk kent sinds 1 januari 2000 voor houdstermaatschappijen een systeem van vrijstelling voor 95% van de ontvangen dividenden. Dit percentage kan echter hoger worden als de totale kosten van de houdster - niet alleen de kosten die verband houden met de desbetreffende deelneming - in het jaar lager zijn dan 5% van het ontvangen dividend. Het laatste betekent grosso modo dat de vrijstelling niet wordt gekort als de houdster al haar deelnemingen heeft gefinancierd met eigen vermogen. *(dit systeem moet nog nader op zijn effecten worden gezien)*

4. Toepassingsvragen

4.1 Ruimteregeling

In de praktijk is het niet eenvoudig om vast te stellen met welke financieringsmiddelen een onderneming een bepaalde bezitting heeft aangeschaft. Dat geldt ook voor deelnemingen. Als een moedermaatschappij zowel eigen vermogen heeft (verkregen) als vreemd vermogen heeft aangetrokken, is moeilijk te bepalen hoe de verwerving van de deelneming is gefinancierd. In de wettelijke bepaling is daarom opgenomen dat leningen die zijn aangegaan in de zes maanden voorafgaande aan de verwerving van een deelneming, geacht worden te zijn gebruikt voor die verwerving, tenzij de belastingplichtige het tegendeel aannemelijk maakt. Ook dat tegenbewijs gaf in de praktijk aanleiding tot veel moeizame discussies tussen de belastingplichtige en de fiscus. Daarom is enige jaren geleden het concept van de ruimteregeling als bewijsmiddel geïntroduceerd. De ruimteregeling behelst een rekenregel om vast te stellen hoeveel vrij beschikbaar eigen vermogen een moedermaatschappij heeft ten tijde van de verwerving van een buitenlandse deelneming. Als die ruimte groter is dan het voor de deelneming opgeofferde bedrag, wordt de deelneming geacht geheel met dit eigen vermogen te zijn gefinancierd. Overigens behoeft de belastingplichtige voor zijn bewijsvoering geen gebruik te maken van de ruimteregeling, maar mag hij dat.

Bij de introductie is afgesproken dat met betrekking tot een belastingplichtige die gebruik maakt van de ruimteregeling, in evidente gevallen kan worden afgeweken van de gevolgen van de ruimteregeling. Als de belastingplichtige een aandelenemissie verricht waarvan evident is dat de opbrengst bestemd is voor de verwerving van een buitenlandse deelneming, kan hij zich beroepen op dit evidente verband. Omgekeerd kan de fiscus, als een belastingplichtige evident een lening sluit om een deelneming te financieren, zich daarop beroepen. In de praktijk leidt deze uitzondering soms tot moeizame discussies tussen de belastingplichtige en de inspecteur. In verband daarmee lijkt een meer consequente aanpak voor de hand te liggen:

- voor het leveren van het hierboven bedoelde tegenbewijs maakt de belastingplichtige gebruik van de ruimteregeling, of
- voor het leveren van het tegenbewijs maakt de belastingplichtige gebruik van de vrije bewijsleer.

4.2 Hoofdkantoorkosten

In de relatie tussen een hoofdkantoor en een buitenlandse dochtermaatschappij doet zich de vraag voor welk deel van de kosten van het hoofdkantoor moet of kan worden doorberekend aan de dochter. In Nederland zijn de kosten die moeten worden toegerekend aan de buitenlandse dochter, niet aftrekbaar. In de praktijk blijkt de buitenlandse fiscus de doorberekening van kosten in sommige gevallen echter niet te accepteren. *(dit nader uitwerken)*

Bijlage 2: Dividendstripping

1. Inleiding

In de Belastingherziening 2001 zijn maatregelen opgenomen ter voorkoming van het zogenoemde dividendstrippen (deze maatregelen bestaan uit drie componenten, te weten een maatregel in de inkomstenbelasting, een maatregel in de vennootschapsbelasting en een maatregel in de dividendbelasting). De gekozen opzet van deze maatregelen heeft tijdens de parlementaire behandeling van de Belastingherziening 2001 tot kritische kanttekeningen geleid, onder meer geïnitieerd door de NVB en de AEX. De maatregel zou niet goed uitvoerbaar zijn en zou overkill bevatten. Die kritiek heeft er uiteindelijk toe geleid dat de inwerkingtreding van de maatregelen is uitgesteld om zodoende het bedrijfsleven meer ruimte te geven om alternatieven aan te dragen.

In verband met het onderzoek naar de mogelijkheden van een alternatief zijn hierna de verschillende vormen van dividendstripping in kaart gebracht. Met deze beschrijving in de hand zal de werkgroep nagaan of de verschillende vormen van dividendstripping daadwerkelijk zijn te onderkennen in de jaarstukken van o.a. commissionairs, hoeklieden, marketmakers en anderen die betrokken zijn bij de effectenhandel. Het resultaat van dat onderzoek is vooral van belang voor het antwoord op de vraag of een maatregel die zich beperkt tot een aantal expliciet beschreven gevallen van dividendstripping, wel uitvoerbaar is.

Verder is in dit memo een beschrijving gegeven van de Duitse maatregelen tegen dividendstripping.

2. Vormen van dividendstripping

De dividendbelasting vormt voor de in Nederland wonende/gevestigde belastingplichtige aandeelhouders een voorheffing op de inkomsten- of vennootschapsbelasting en kan daarmee worden verrekend. Voor buitenlandse aandeelhouders, bij wie het dividend niet is onderworpen aan de Nederlandse inkomsten- of vennootschapsbelasting fungeert de dividendbelasting als eindheffing. Overigens wordt in het buitenland - in zekere mate - ook wel verrekening gegeven van in Nederland ingehouden dividendbelasting.

Dividendstripping houdt in dat aandeelhouders met behoud van het economische belang bij hun aandelen de Nederlandse dividendbelasting trachten te ontgaan door de dividenden te laten toekomen aan een ander. Die ander zal de belasting kunnen verrekenen of terugvragen.

In verband met het zoeken naar een oplossing tegen dividendstripping is het gewenst om zuiver buitenland situaties (treaty shopping) te onderscheiden van situaties waarbij binnenlandse belastingplichtigen betrokken zijn (hollandrouting). Hierna wordt dit onderscheid verder uitgewerkt.

2.1 Treaty-shopping

De dividendbelasting kent een tarief van 25%. Dit tarief is in beginsel verschuldigd door degenen die buiten Nederland dividend ontvangen. In de door Nederland afgesloten belastingverdragen is voorzien in een beperking van het tarief dividendbelasting. Deze reductie van Nederlandse dividendbelasting kan worden geëffectueerd door degene die als uiteindelijk gerechtigde tot de dividenden wordt aangemerkt. Dit kan door middel van een verzoek om teruggaaf van de 'teveel' ingehouden belasting. In een enkel geval vindt de reductie plaats aan de "bron". Dit laatste geldt bijvoorbeeld voor Amerikaanse pensioenfondsen; met een beroep op het verdrag Nederland-VS wordt geen dividendbelasting ingehouden op aan het pensioenfonds uitgekeerde dividenden.

Degenen die geen beroep kunnen doen op een gunstig verdragstarief kunnen door middel van dividendstripping toch het voordeel genieten van een dergelijk tarief. De aandeelhouder laat de dividend in dat geval toekomen aan een persoon in een ander land dat in zijn belastingverdrag met Nederland wel een gunstig tarief kent. De oorspronkelijke aandeelhouder ontvangt een dividendvervangende betaling waarop geen belasting wordt ingehouden. Een dergelijk geval was aan de orde in de procedure die heeft geleid tot het arrest van 6 april 1994, nr. 28 638, BNB 1994/217c* (SBC). De fiscus had in deze procedure het nakijken omdat de Hoge Raad kortweg besliste dat degene die op het moment van dividendvaststelling in het bezit is van de dividendbewijzen, kan worden aangemerkt als de uiteindelijk gerechtigde. In dit geval bleken de dividendbewijzen kort voor dividendvaststelling te zijn overgedragen.

2.2 Holland-routing

In de situatie van Holland-routing laat een buitenlandse aandeelhouder het dividend toekomen aan een in Nederland gevestigde (rechts)persoon. De binnenlands belastingplichtige ontvangt in dat geval het dividend en kan de daarop ingehouden dividendbelasting verrekenen met inkomsten- of vennootschapsbelasting. Een variant hierop is het dividend te laten toekomen aan een voor de vennootschapsbelasting onbelast lichaam waardoor in plaats van verrekening recht bestaat op teruggaaf van de ingehouden belasting. Door de verrekening cq teruggaaf is per saldo geen dividendbelasting verschuldigd. In deze situaties zal de buitenlandse aandeelhouder in plaats van het dividend een vervangende betaling ontvangen van de binnenlandse partij. Op die vervangende betaling kan geen belasting worden ingehouden.

De vervangende betaling leidt voor de binnenlandse partij tot een vermindering van het belastbaar inkomen. Hierdoor wordt het ontvangen dividend per saldo slechts voor een gedeelte belast, globaal gesproken de provisie. Deze variant doet zich voor in een aantal lopende procedures bij de Hoge Raad.

2.3 Verschijningsvormen (afdekken koersrisico)

Zowel treatyshopping als holland-routing kunnen zich in verschillende transactievormen manifesteren afhankelijk van de wijze waarop men koersrisico's wil afdekken. Deze transactievormen hebben gemeen dat de aandeelhouder weliswaar zijn oorspronkelijke aandelenbezit - in materieel opzicht cum-dividend -

heeft vervreemd, maar door het gekozen samenstel van rechtshandelingen het economisch belang behoudt bij de aandelen. Hierna wordt ingegaan op een aantal veel voorkomende verschijningsvormen.

2.3.1. Repurchase agreement ofwel repo

Een eerste variant betreft de repurchase overeenkomst ofwel repo. Een repo is een bijzondere vorm van een koopovereenkomst waarbij bepaalde effecten worden verkocht en dezelfde effecten tegelijkertijd op een nader afgesproken tijdstip en tegen een tevoren afgesproken prijs weer worden teruggekocht. Het verschil tussen aankoop- en verkoopprijs wordt doorgaans bepaald door de 'reporente'. Deze rente strekt tot vergoeding van het financieringsnadeel van de kopende partij voor de duur van de repo-periode. Wordt dividend uitgekeerd tijdens de looptijd van de repo, dan wordt de tegenwaarde van het dividend verdisconteerd in de terugkoopprijs bij expiratie van de repo. Wanneer de repo kort voor de dividendvaststelling wordt afgesloten, zal de dividendverwachting veelal besloten liggen in de prijsbepaling van de aandelen (cum-dividend). Het koersrisico wordt afgedekt door de prijsafspraken met de verkopende tegenpartij; de koper kan op grond van de 'repo' zijn aandelen weer voor de vastgestelde prijs kwijt aan de verkopende aandeelhouder.

Naarmate de 'repo' zich over een langere periode uitstrekt, zullen in de prijsstelling van de aandelen veelal ook de actuele beursontwikkelingen worden meegenomen, waardoor dan het verschil tussen een normale verkoop en een repo-transacties zal verwateren.

De (dividend-)vervangende betaling die onderdeel uitmaakt van de repo is geen object van heffing voor de dividendbelasting aangezien inhouding van dividendbelasting pas aan de orde komt bij betaalbaarstelling van het dividend. Bovendien is in deze situatie voor de dividendvervangende betaling geen inhoudingsplichtige aan te wijzen.

2.3.2 Verkoop van aandelen onder het schrijven van een 'deep-in-the-money' putoptie

Bij de verkoop van het aandeel vóór dividenddeclaratie onder het gelijktijdig schrijven van een 'deep-in-the-money' putoptie ontvangt de aandeelhouder in feite twee bedragen, namelijk de verkoopopbrengst van zijn aandelen, waarin dan tevens is begrepen een vergoeding voor het gemiste dividend, en een premie voor het schrijven van de putoptie. Daar staat tegenover, dat de optieschrijvende partij in de regel de aandelen weer zal moeten terugkopen tegen de uitoefenprijs. De verkoper van de aandelen (oorspronkelijke aandeelhouder) zet bij het schrijven van de opties hoog in (deep-in-the-money). Hieruit valt op te maken dat de wens bestaat wederom in het bezit te komen van dezelfde aandelenpositie.

Voor de relatief hoge uitoefenkoers wordt de aandeelhouder deels gecompenseerd door de optiepremie

die hem het schrijven van de putopties oplevert.

De koper van de aandelen en de put-opties (veelal de market maker) krijgt het dividend uitgekeerd en zal de ingehouden dividendbelasting verrekenen met de door hem verschuldigde vennootschaps-belasting (of inkomstenbelasting). Deze koper is immers op (de vooravond van) de ex-dividenddatum juridisch eigenaar van de aandelen/dividendbewijzen en derhalve gerechtigd tot het dividend. Het door hem genoten dividend zal door afboeking op de kostprijs van de aandelen, de winst per saldo niet of slechts gedeeltelijk beïnvloeden.

Voorbeeld:

| | | |
|-----------|---|----------------------------------|
| Verkoper: | verkoop 100 aandelen à f 166,40 | + f 16.640,- |
| | schrijven 1 optiecontract put 175, premie: | + f 1.300,- |
| | koop 100 aandelen à f 175 | - f 17.500,- |
| | resultaat | + f 27,- |
| | | |
| Koper: | koopt 100 aandelen à f 166,40 | - f 16.640,- |
| | Premie putoptie | - f 1.300,- |
| | Ontvangen dividend | + f 485,- |
| | Verkoop 100 aandelen à f 175 | + f 17.500,- |
| | verrekening div. bel. leidt tot Vpb-voordeel: | + f 29,- . (121,25*35%)-(45*35%) |
| | resultaat | + f 74,- |

Zonder deze transactie had een buitenlander uiteindelijk een netto-dividend ontvangen van $(100 \times f 4,85) - (100 \times 15\% \text{ verdragstarief} \times f 4,85) = f 412,25$. Hij is dus f 27,75 voordeliger uit vanwege de transactie.

2.3.3 Stock- of securitieslending

Bij een overeenkomst van stocklending gaat het om de civielrechtelijke vorm van verbruikleen in de zin van art. 1791 boek 7A BW. Het (uit-)lenen van aandelen heeft tot gevolg, dat de inlener juridisch eigenaar wordt van de aandelen met de op hem rustende verplichting om aan de uitlener op een nader afgesproken tijdstip soortgelijke stukken terug te leveren. De uitlener behoudt in beginsel het economisch belang bij de aandelen en ontvangt tijdens de uitleenperiode van de inlener een compensatie voor de gederfde opbrengsten in de vorm van zogenaamde substitute payments.

Bij stocklending leidt het door de inlener ontvangen dividend niet tot belastbare winst, aangezien het resultaat wordt gedrukt door de verplichting tot betaling van substitute payments. De inlener is als juridisch eigenaar gerechtigd tot de opbrengst van de aandelen en zal de op het dividend ingehouden

dividendbelasting willen verrekenen.

In de mededeling van 9 mei 1989, nr. DB89/2550 (Infobulletin 1989/327) is het standpunt ingenomen, dat substitute payments geen opbrengst van aandelen vormen in de zin van art. 2 Wet div.bel. 1965. Dit levert vooral een heffingslacune op indien de uitlener buitenlands belastingplichtige is dan wel een vrijgesteld lichaam dat in Nederland is gevestigd. In deze situaties kan de dividendbelasting namelijk niet 'in de plaats treden' van de inkomsten- of vennootschapsbelasting.

Stocklending komt op veel punten overeen met de hiervoor beschreven repo. Een verschil met de repo vormt de omstandigheid dat de inlener in veel gevallen de ingeleende aandelen op zijn beurt wederom vervreemdt aan een derde die door deze transactie gerechtigd wordt tot het dividend.

2.3.4 Swapovereenkomst

Als een vorm van dividendstripping kan ook worden genoemd de verkoop van aandelen vóór het moment van dividenddeclaratie onder het gelijktijdig sluiten van een swapovereenkomst met de koper van de aandelen. Veelal ligt bij deze variant op voorhand reeds vast dat de aandelen na korte tijd - uiterlijk bij expiratie van de swapovereenkomst - wederom in het bezit komen van de verkoper.

Met de swapovereenkomst wordt bereikt dat door de koper van de aandelen geen koers- en valutarisico wordt gelopen in de periode dat de aandelen onder de koper zijn. De risico's blijven achter bij de vervreemder van de aandelen met wie ook de swapovereenkomst is afgesloten terwijl het dividend wordt uitbetaald aan de koper.

2.3.5 Vruchtgebruik op de aandelen

Door het vestigen van een genotsrecht zoals vruchtgebruik op aandelen kan dividendstripping optreden. Niet de aandeelhouder maar degene ten behoeve van wie het vruchtgebruik op de aandelen is gevestigd kan de op het dividend ingehouden dividendbelasting met zijn aanslag inkomsten- of vennootschapsbelasting verrekenen. De betalingen die een vergoeding vormen voor toekomstig dividend vormen geen belastbaar object voor de dividendbelasting.

3. Maatregelen in het buitenland tegen dividendstripping

In de werkgroep is afgesproken dat van een aantal landen de maatregelen tegen dividendstripping in kaart zullen worden gebracht. Hierna volgt de beschrijving van het Duitse systeem.

3.1. Duitse maatregelen

Als aanleiding voor de hausse in dividendstripping in Duitsland is gewezen op de invoering in 1977 van het zgn. Anrechnungsverfahren. Op grond van het Anrechnungsverfahren ontvangen aandeelhouders in Duitse vennootschappen bij dividenduitkering een belastingkrediet. Dit belastingkrediet stelt de aandeelhouder in staat de door de uitkerende vennootschap betaalde vennootschaps- en dividendbelasting gedeeltelijk te verrekenen met de eigen aanslag.

Buitenlandse aandeelhouders zijn verstoken van die verrekeningsmogelijkheid als zij naast het dividend geen Duitse inkomsten hebben genoten. Dividendstripping biedt voor die gevallen uitkomst: de aandelen worden voorafgaand aan het moment van dividenduitkering overgedragen aan een belastingplichtige inwoner van Duitsland (veelal bank of beurshandelaar) die het belastingkrediet kan verrekenen met binnenlands inkomen. Na uitkering van het dividend worden dezelfde aandelen of vergelijkbare aandelen weer teruggeleverd.

Omdat de Duitse fiscus onder de toen geldende regelgeving niet kon optreden tegen dividendstripping is in 1994 een tweetal maatregelen van kracht geworden:

Beperking verrekening belastingkrediet

Op grond van artikel 36 Einkommenssteuergesetz wordt de verrekening van het belastingkrediet uitgesloten/beperkt als tegenover het ontvangen dividend een dividendvervangende betaling staat voor het inlenen van de aandelen. Deze maatregel is getroffen om dividendstripping in de vorm van *securities lending* tegen te gaan.

Over de exacte reikwijdte van de bepaling is discussie ontstaan: enerzijds wordt de stelling betrokken dat de verrekening overeind blijft naar rato van het dividend dat na aftrek van de dividendvervangende betaling in de grondslag is opgenomen: wordt bijvoorbeeld een dividend ontvangen van 100 000 DM waar tegenover een dividendvervangende betaling staat van 90 000 DM, dan wordt 10% van het dividend geacht te zijn onderworpen aan de Duitse belastingheffing. In dat geval kan nog 10% van het belastingkrediet worden verrekend. Anderzijds wordt in artikel 36 gelezen dat bij aanwezigheid van een dividendvervangende betaling, de verrekening in z'n geheel vervalt.

De maatregel beperkt zich niet tot leentransacties die zich binnen een bepaalde periode rond dividenddatum voordoen: zo worden ook leencontracten met een periode van bijvoorbeeld 3 maanden getroffen door de maatregel.

Geen aftrek van koersverlies

Buitenlandse aandeelhouders en vrijgestelde binnenlandse aandeelhouders kunnen geen gebruik maken van het Anrechnungsverfahren. Een van de mogelijkheden om het voordeel van de verrekening van belastingkrediet te kunnen genieten, is de aandelen cum dividend te verkopen aan een belastingplichtige die wel recht heeft op verrekening, onder de verplichting tot terugverkoop ex dividend (deze vorm staat bekend als repo). Het verschil tussen aan- en verkoopprijs resulteert voor de binnenlandse partij in een aftrekbaar koersverlies (waar tegenover o.a. het ontvangen dividend staat).

Om dividendstripping d.m.v. een repo onaantrekkelijk te maken, blijft een koersverlies op basis van artikel 50c Einkommenssteuergesetz buiten aanmerking voor de winstbepaling als aan één van de volgende voorwaarden is voldaan:

- a. de periode tussen aan- en verkoop rond dividenddatum bedraagt minder dan 10 dagen (inzet was 30 dagen maar na groot verzet uit de beurswereld is dit teruggebracht tot 10);
- b. een (terug)verkoop vindt plaats onder zodanige voorwaarden dat een potentieel koersrisico is uitgesloten dan wel de vergoeding voor de verkochte aandelen geheel of ten dele bestaat uit nieuw geëmitteerde aandelen of aandelen die geen recht geven op dividend.

Een tegenbewijsregeling maakt onderdeel uit van de regeling: verrekening wordt alsnog toegestaan in geval de belastingplichtige aantoont dat degene waarvan de aandelen zijn verworven, ook aanspraak had kunnen maken op verrekening van het belastingkrediet.

Bijlage 3: Hybrides

Toelichting van het probleem

De aanleiding om de aftrekbaarheid van de vergoeding op hybride financieringsvormen onder de loep te nemen is de volgende.

De vergoeding op vreemd vermogen (rente) is aftrekbaar. Voor de vergoeding op eigen vermogen (dividend) geldt dit niet. Vanuit fiscaal oogpunt is het daarom voor een vennootschap aantrekkelijk zoveel mogelijk vreemd vermogen aan te trekken. Vanuit commercieel oogpunt wordt de mogelijkheid om vreemd vermogen aan te trekken beperkt, doordat tegenover het vreemd vermogen voldoende eigen vermogen moet staan, of met andere woorden de EV/VV-ratio "gezond" moet zijn.

Er bestaan in de praktijk ook mengvormen van eigen en vreemd vermogen. Vermogensvormen die formeel het karakter hebben van een lening maar ook materiële trekken van eigen vermogen hebben (hybride leningen). Geconstateerd kan worden dat de fiscale jurisprudentie veel ruimte laat voor het construeren van eigen vermogen dat fiscaal als vreemd vermogen moet worden geduid, en waarop de vergoeding derhalve aftrekbaar is. Zo heeft de Hoge Raad met betrekking tot zogenoemde deelnemerschapsleningen geoordeeld dat zo'n lening slechts als eigen vermogen kan worden aangemerkt indien deze geen vaste looptijd heeft, de vergoeding winstafhankelijk is en de lening volledig achtergesteld is. Aan deze criteria wordt ook nog een zeer formele invulling gegeven. Dit maakt het voor vennootschappen erg eenvoudig is om ter wille van de aftrekbaarheid deze instrumenten op te zoeken of om nieuwe producten op dit grensvlak te ontwikkelen.

Het feit dat de jurisprudentie het gebruik van hybride financieringsvormen in de hand werkt, wordt door Financiën als problematisch ervaren. Dit probleem is nog verstrekt door de introductie van het forfaitair rendement. Voorheen hadden particuliere beleggers er fiscaal belang bij om te kiezen voor de verstrekking van eigen vermogen (in verband met de daarmee te realiseren onbelaste vermogenswinsten). Dit is niet langer het geval. Dit zou bij ondernemingen de tendens tot de uitgifte van hybride instrumenten aan het beleggend publiek kunnen versterken.

Een ander probleem dat zich ten aanzien van hybride financieringsvormen kan voordoen, zijn kwalificatieverschillen tussen verschillende landen. Als een lening van een buitenlandse vennootschap aan een Nederlandse vennootschap door de Nederlandse fiscus wordt aangemerkt als vreemd vermogen en door de fiscus in het andere land als eigen vermogen, kan zich een zogenoemde "dubbel dip" voordoen (aftrek van de verschuldigde vergoeding in Nederland, deelnemingsvrijstelling voor de ontvangen vergoeding in het andere land). Ook de spiegelbeeldige situatie is mogelijk. Om dit probleem enigszins te mitigeren is in de uitvoeringssfeer een besluit uitgebracht dat geen zekerheid vooraf wordt verstrekt "ten aanzien van financieringsstructuren die als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat

gebruikt gemaakt wordt van kwalificatieverschillen in internationale verhoudingen, waarbij tevens aannemelijk is dat de belastingbesparing de enige dan wel de doorslaggevende beweegreden voor de gekozen vorm is." Dit besluit is mede ingegeven door de reeds genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad. Nader zal worden gezien of bestaande kwalificatieverschillen kunnen worden verkleind dan wel de dubbel dip kan worden voorkomen, zodat in voorkomende gevallen zekerheid over toepassing van het recht kan worden gegeven.

In de Veegwet IB 2001 was voorgesteld om in de Vpb geen aftrek van de vergoeding toe te laten met betrekking tot hybride financieringsinstrumenten waarbij was voldaan aan twee uit drie criteria. De drie criteria waren een looptijd van meer dan 30 jaar, winstafhankelijkheid (waaronder begrepen achterstelling of de mogelijkheid van opschorting) van de vergoeding en achtergesteldheid van de hoofdsom. Mede door de concrete invulling die in de wettekst aan de verschillende criteria was gegeven, bleek het voorstel echter onbedoeld meer hybride instrumenten te bestrijken dan was voorzien.

Werkwijze

Bezien wordt hoe een regeling eruit kan zien waarbij Nederland internationaal niet uit de pas loopt en waarbij niet-fiscaal-geïndiceerde bancaire producten of transacties zoveel mogelijk ongemoeid worden gelaten.

Daartoe worden de volgende zaken onderzocht:

- De fiscale behandeling van hybride instrumenten in andere landen.
Uit de informatie die van het IBDB is verkregen, kan de voorlopige conclusie worden getrokken dat in een aantal landen de verplichting tot terugbetaling van de hoofdsom op een vast tijdstip het belangrijkste kenmerk is van een lening. Dit vaste tijdstip zal daarbij doorgaans niet verder in de toekomst liggen dan 30 à 50 jaar. In een aantal landen is het civielrechtelijk niet mogelijk een lening af te sluiten zonder vaste aflossingsdatum (VS, Zwitserland, Frankrijk). In een aantal landen volgt de fiscale kwalificatie van een vermogensverstrekking in principe de commerciële, maar kan het karakter van een lening wel worden bestreden op grond van algemene rechts- of antimisbruikbeginselen. Een aantal andere landen kent een meer economische benadering waarbij meestal de combinatie van een aantal factoren (looptijd, winstafhankelijkheid, achterstelling, EV/VV-ratio) bepalend is voor de vraag of een vermogensverstrekking als eigen vermogen moet worden behandeld. Naast de looptijd lijkt daarbij vooral het verband tussen de berekening van de vergoeding en de hoofdsom (dat wil zeggen niet teveel winstafhankelijkheid van de vergoeding) een rol te spelen.
- Mogelijke criteria voor winstafhankelijkheid
Vanuit een economische invalshoek lijkt voor het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen (c.q. aftrekbaarheid / niet-aftrekbaarheid) de vraag in welke mate de vergoeding op een lening winstafhankelijk is, belangrijker dan de looptijd of de mate van achtergesteldheid. Bezien wordt of het

mogelijk is om, in aanvulling op de criteria van de Hoge Raad, maatstaven te formuleren aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de vergoeding over de lening nog in voldoende mate het karakter van rente heeft. Met andere woorden, of het mogelijk is een toetsingskader te creëren voor variable rentevergoedingen.

Bijlage 4: Afschrijving op vastgoed

1. Probleemstelling

Het tempo van de afschrijving wordt bij een ondernemer (in de winstsfeer) bepaald door het goed koopmansgebruik. Afschrijving dient op zodanige wijze plaats te vinden dat lasten in verband met het gebruik op de juiste wijze worden toegerekend aan de jaren waarin het bedrijfsmiddel in de onderneming wordt aangewend. De volgende factoren zijn daarbij van belang: de aanschaffingskosten, de periode dat het bedrijfsmiddel wordt aangewend in de onderneming (de gebruiksduur) en de restwaarde. De praktijk leert dat met name bij de afschrijving op vastgoed dat als belegging wordt aangehouden in veel gevallen de restwaarde (van opstal en ondergrond) lager wordt vastgesteld dan deze in de toekomst – bij het afstoten van het vastgoed – blijkt op te brengen. Ook de geprognoseerde gebruiksduur blijkt achteraf in veel gevallen niet juist te zijn. Dit leidt tot afschrijvingen die achteraf bezien niet in overeenstemming zijn met de daadwerkelijke waardedaling van het bedrijfsmiddel tijdens de gebruiksduur van de ondernemer. Voorts blijkt dat vaak door het plegen van onderhoud, waarvan de kosten ten laste van de winst kunnen worden gebracht, en de inflatie de onroerende zaak niet in waarde te verminderen tijdens de bezitsperiode van de ondernemer. Deze problematiek klemmt te meer daar bij uiteindelijke vervreemding van de onroerende zaak de afschrijvingen uit het verleden per saldo “niet worden teruggedraaid” omdat een herinvesteringsreserve (vervangingsreserve) kan worden gevormd. Het resultaat is derhalve dat de fiscus afschrijvingen krijgt gepresenteerd die in feite niet op de ondernemer drukken. Hoewel de problematiek in theorie kan voorkomen bij alle soorten bedrijfsmiddelen wordt in dit memo aangegeven dat deze het pregnantst is bij als belegging gehouden onroerende zaken.

2. Probleem doet zich niet voor bij immateriële activa

Door de Studiegroep is gevraagd of de probleemstelling niet verbreed dient te worden naar immateriële activa. Hoewel ook bij immateriële activa afschrijving plaats vindt, doet zich in de praktijk daarbij niet de vraag voor of afschrijving gerechtvaardigd is. Dit komt door het verschil in wezen tussen vastgoed en immateriële activa. Bij immateriële activa wordt in het algemeen aangenomen dat *gekochte* immateriële activa binnen een bepaalde periode in waarde dalen en dat daarop kan worden afgeschreven. Daarnaast wordt aangenomen dat de ondernemer die immateriële activa heeft gekocht normaliter ook weer waarde toevoegt aan het activum. Deze zogenoemde zelfgekteekte immateriële activa behoeven niet geactiveerd te worden. Alhoewel economisch gezien sprake is van immateriële activa die per saldo niet in waarde dalen (of zelfs stijgen) is binnen de fiscale praktijk geen twijfel over het hiervoor beschreven systeem waarbij afschrijving over *gekochte* immateriële activa binnen een bepaalde periode is toegestaan. Het verbreden van de probleemstelling is daarom niet aan te bevelen.

3. Oplossing in de wetgevende – of uitvoerende sfeer?

Met wetgevende maatregelen kunnen de hiervoor genoemde knelpunten op een effectieve manier worden opgelost. Wetgeving heeft als voordelen dat meer zekerheid voor zowel belastingplichtige als de

Belastingdienst wordt geboden (bij aanpak in de uitvoeringssfeer bestaat de mogelijkheid dat de Hoge Raad de zienswijze van de Belastingdienst niet accepteert) en voorts dat zo nodig meer "ingrijpende" maatregelen kunnen worden getroffen..

4. Aanduiding van enige maatregelen

Binnen de categorie bedrijfsmiddelen kunnen worden onderscheiden roerende en onroerende zaken. De problematiek doet zich nauwelijks voor bij roerende zaken, zodat een maatregel beperkt kan blijven tot onroerende zaken. Wat betreft onroerende zaken kan een splitsing worden gemaakt in installaties en de rest. Ook bij installaties doet zich de problematiek nauwelijks voor. Bij installaties is de technische slijtage evident; daar komt bij dat installaties niet als belegging worden gehouden. De restcategorie valt uiteen in onroerende zaken die als belegging worden gehouden en onroerende zaken die in de eigen onderneming worden gebruikt. Binnen deze restcategorie doet zich de problematiek voor waarbij het accent met name ligt bij die zaken die vanaf de aanvang als belegging worden gehouden. Er kan dan ook worden gedacht aan een maatregel die zich beperkt tot de beleggingssfeer. Daar komt bij dat de vraag kan worden gesteld of er aanleiding is om beleggingen in aandelen anders te behandelen dan beleggingen in onroerende zaken.

a. Maatregel voor alle onroerende zaken met uitzondering van bedrijfsinstallaties

Een denkbaar fiscaal regime voor deze categorie bedrijfsmiddelen zou kunnen zijn:

• *Afschrijvingsmethoden op forfaitaire basis*

1. Door middel van een wettelijk gefixeerd percentage van de aanschafprijs. Daarbij kan als voorwaarde worden opgenomen dat afschrijving alleen kan plaatsvinden voorzover in het kalenderjaar de waarde van de ondergrond en opstal tezamen in waarde zijn gedaald ¹
2. Wettelijk vast stellen van de gebruiksperiode en de restwaarde².
3. De afschrijving stopzetten als de boekwaarde minder zou gaan bedragen dan een bepaalde waarde (bijvoorbeeld WOZ-waarde) .

• *Geen afschrijving*

1. Afschrijving (en afwaardering³) uitsluiten.
2. Verplicht fiscaal waarderen op de WOZ-waarde of de waarde in het economische verkeer, zonder afschrijving, waarbij geen opwaardering behoeft plaats te vinden bij een waardestijging.

De voor- en nadelen van deze optie zijn de volgende.

¹ Voorbeeld: aanschaf pand 600.000. Wettelijke afschrijving 1%. Afschrijving bedraagt 6000 per jaar mits waardedaling aannemelijk is.

² Voorbeeld: aanschaf pand 600.000. Wettelijke gebruiksduur en restwaarde resp 20 jaar en 80%. Afschrijvingspotentieel 600.000 – 480.000 (80%) = 120.000. Afschrijving per jaar 120.000:40= 3000.

³ Afwaarderen in verband met een lagere marktwaarde blijft dan mogelijk. Een stijging van die waarde leidt tot winstneming.

Voordelen:

- Vaste normen zijn eenvoudig te hanteren.
- Geen onderscheid naar aanwending van de onroerende zaken is praktisch goed hanteerbaar.

Nadelen:

- Onroerende zaken die heel verschillend worden aangewend krijgen eenzelfde afschrijvingsregime.
- Het hanteren van een gefixeerd percentage, een vaste gebruiksperiode en een vaste restwaarde is een grove methode.
- Ten aanzien van de definitie van bedrijfsinstallaties is reeds veel discussie in het kader van de WOZ.
- WOZ waarde wordt eens in de vier jaar vastgesteld en wel 2 jaar voor het tijdvak waarvoor het geldt. De werkelijke waarde zal bij waardedaling en –stijging afwijken van de WOZ waarde.

b. Maatregel voor onroerende zaken die voor beleggingsdoeleinden worden aangehouden

- Geen afschrijving meer; uitsluitend *waarden op kostprijs of lagere marktwaarde*

Bij deze optie worden beleggingen in onroerende zaken op dezelfde wijze behandeld als beleggingen in effecten⁴.

De voor- en nadelen van deze optie zijn de volgende.

Voordelen:

- De maatregel beperkt zich tot de sfeer waar de problematiek zich het heftigst voordoet..
- De maatregel leidt tot meer gelijkheid (geen onderscheid belegging in effecten en onroerend goed)
- Relatief eenvoudig systeem.
- Gelijke behandeling van ondernemingen in de IB-sfeer en de Vpb-sfeer.

Nadelen:

- Het onderscheid beleggen – niet beleggen is niet altijd even gemakkelijk aan te brengen.
- Jaarlijks bepalen van de marktwaarde is lastig.

⁴ Bij effecten wordt doorgaans een hoge jaarlijkse opbrengst behaald en een relatief lage vervreemdingswinst; bij onroerende zaken wordt veelal een lage jaarlijkse opbrengst behaald (door te hoge afschrijving) en een relatief hoge vervreemdingswinst.

Bijlage 5: Voorzieningen

1. Inleiding

In deze notitie wordt de vraag beantwoord of het wenselijk is om:

1. het fiscale voorzieningenbegrip op het jaarrekeningenrecht en de IAS-normen aan te sluiten, of
2. de eis te stellen dat fiscaal alleen een voorziening kan worden gevormd als commercieel ook een voorziening is gevormd.

Over de problematiek rond milieuvoorzieningen volgt een afzonderlijk memo.

2. Achtergrond

In het zogenoemde baksteenarrest wijzigde de Hoge Raad de vereisten voor het vormen van een fiscaal aftrekbare voorziening voor toekomstige uitgaven. Daarbij is één van de voorwaarden voor de mogelijkheid om een voorziening te vormen, komen te vervallen. Dit betreft de voorwaarde dat sprake moet zijn van een rechtsverhouding, dat wil zeggen dat er een juridische verplichting moet bestaan waaruit de toekomstige betalingen voortvloeien. In 1999 is een wetsvoorstel ingediend om de gevolgen van dit arrest te repareren. Dit wetsvoorstel is inmiddels ingetrokken. Daarbij is aangekondigd dat het voorzieningenbegrip na het baksteenarrest (en de foutenarresten van 25 juli 2000) nog wel in een breder verband nader zal worden gezien. Dit bredere verband betreft het commerciële jaarrekeningenrecht en de regelgeving in andere landen.

3. Analyse opties

Vergelijking optie 1 en optie 2

In principe is er voor rechtspersonen die een commerciële jaarrekening moeten opstellen geen verschil tussen de twee in de inleiding genoemde opties. Het jaarrekeningenrecht schrijft immers voor of al dan niet een voorziening in de commerciële jaarrekening moet worden opgevoerd. Het fiscaal aansluiten bij hetgeen in de commerciële jaarrekening is opgevoerd in plaats van bij hetgeen het jaarrekeningenrecht voorschrijft, lijkt dan ook een "motie van wantrouwen". Anderzijds zal in de praktijk in sommige gevallen sprake zijn van een "grijs gebied" waarin het onduidelijk is of al dan niet een commerciële voorziening moet worden gevormd. Verder blijken commerciële voorzieningen in de praktijk soms te worden gebruikt ter egalisatie van het resultaat.

Ondernemers-natuurlijke personen en een aantal soorten aan de vennootschapsbelasting onderworpen rechtspersonen hoeven geen commerciële jaarrekening op te stellen. Voor die categorieën belastingplichtigen kan dus niet de eis worden gesteld dat slechts een fiscale voorziening kan worden gevormd, als dat commercieel ook het geval is, en is het dus alleen mogelijk om het fiscale voorzieningenbegrip aan te sluiten op het jaarrekeningenrecht.

In deze paragraaf wordt geabstraheerd van deze verschillen tussen beide opties.

Vergelijking goed koopmansgebruik vs. jaarrekeningenrecht en IAS-normen

Zowel op grond van het jaarrekeningenrecht en de IAS-normen als op grond van het fiscale goedkoopmansgebruik kan alleen een voorziening voor toekomstige uitgaven worden gevormd als er een behoorlijke kans bestaat dat de uitgaven zich voordoen en de uitgaven kunnen worden geschat. Naast deze overeenkomsten zijn er ook verschillen:

- Op grond van het jaarrekeningenrecht en de IAS-normen wordt – in afwijking van het fiscale goedkoopmansgebruik – rekening gehouden met toekomstige loon- en prijsstijgingen.
- Op grond van het jaarrekeningenrecht en de IAS-normen kan voor toekomstige uitgaven alleen een voorziening worden gevormd indien de ondernemer tot het doen van die uitgaven op grond van een op de balansdatum bestaande verplichting tegenover derden (juridisch of op grond van ongeschreven gedragsregels) is gehouden. Fiscaal is het vereiste van de rechtsverhouding door het baksteenarrest vervallen (dit vereiste was strenger dan het commerciële verplichtingenvereiste, omdat sprake moest zijn van een juridische verplichting). Wel is het na het baksteenarrest vereist dat de kosten toerekenbaar zijn aan de periode voorafgaand aan de balansdatum. Aan dit vereiste zal wat sneller worden voldaan dan aan het commerciële verplichtingenvereiste.
Daarnaast kan commercieel een kostenegalisatievoorziening worden gevormd die in grote lijnen vergelijkbaar is aan de fiscale kostenegalisatiereserve.

Is aansluiting wenselijk?

Het fiscaal rekening houden met toekomstige loon- en prijsstijgingen zal tot een weliswaar grotendeels tijdelijke, maar wel aanzienlijke budgettaire derving leiden⁵. Voorts zal dit tot uitvoeringsproblemen leiden omdat de omvang van toekomstige loon- en prijsstijgingen moeilijk is in te schatten. Op dit punt is het in ieder geval niet wenselijk het fiscale voorzieningenbegrip aan te sluiten op het commerciële voorzieningenbegrip.

Het voor het overige aansluiten van het fiscale voorzieningenbegrip op het commerciële voorzieningenbegrip, heeft als voordeel dat wordt voorkomen dat belastingplichtigen naar de schuldeisers en kapitaalverschaffers toe geen voorziening presenteren, maar richting de belastingdienst een pleidooi houden voor het opvoeren van een fiscale voorziening.

Anderzijds zijn er ook argumenten contra: het feit dat commercieel geen voorziening wordt gevormd waardoor geen getrouw beeld wordt gegeven van het vermogen, is op zichzelf geen reden om een aftrekpost te weigeren. Daarbij komt dat het mogelijk is dat in de periode tussen de opstelling van de commerciële jaarrekening en de indiening van de aangifte feiten over de situatie op de balansdatum bekend zijn geworden (bijvoorbeeld claims) die aanleiding geven tot het vormen van een voorziening. Een aansluiting van het fiscale op het commerciële voorzieningenbegrip zou verder het dynamische begrip goed koopmansgebruik inperken. Voorts is nog niet gebleken dat de nieuwe criteria van de Hoge

⁵ Dit is af te leiden uit een rapport van het platform versterking vaktechniek van de belastingdienst van 1997 over (cijfermatige) verschillen tussen de commerciële en fiscale jaarrekening naar aanleiding van een steekproef bij 1500 bedrijven.

Raad tot uitvoeringsproblemen zullen leiden. Verder is het in de omringende landen eerder regel dan uitzondering dat het fiscale voorzieningenbegrip afwijkt van het (op Europees niveau geharmoniseerde) jaarrekeningenrecht (zie bijlage). Bovendien lijkt de budgettaire opbrengst als gevolg van het overnemen van de commerciële verplichtingsvoorwaarde beperkt: door het ruime commerciële verplichtingenvereiste zal het verschil tussen het fiscale en commerciële voorzieningenbegrip niet zo groot zijn. Verder zou het moeilijk verdedigbaar zijn om voorzieningen die na de intrekking van het wetsvoorstel op grond van het baksteenarrest zijn gevormd, alsnog geheel of gedeeltelijk te laten vrijvallen. Een aanscherping van het fiscale voorzieningenbegrip zou dus alleen voor de toekomst kunnen gelden. Dit beperkt de eventuele budgettaire opbrengst. Voorts betreft het budgettaire effect voornamelijk een verschuiving in de tijd⁶.

Een en ander tegen elkaar afwegende zijn er onvoldoende argumenten om na de intrekking van het wetsvoorstel waarin het baksteenarrest werd gerepareerd, alsnog nadere voorwaarden te stellen aan het vormen van een fiscale voorziening.

4. Samenvatting

In dit memo zijn twee alternatieven voor het huidige fiscale voorzieningenbegrip geanalyseerd, namelijk:

1. het aansluiten van het fiscale voorzieningenbegrip op het jaarrekeningenrecht en de IAS-normen
2. het stellen van de eis dat fiscaal alleen een voorziening kan worden gevormd als commercieel ook een voorziening is gevormd.

Daarbij is uiteengezet dat er theoretisch geen verschil tussen optie 1 en 2 bestaat. Verder is geconcludeerd dat het niet wenselijk is om te kiezen voor één van beide opties. Het fiscaal voortaan – net als commercieel – rekening houden met toekomstige loon- en prijsstijgingen, is niet gewenst vanwege de budgettaire gevolgen en de uitvoeringsproblemen daarvan. Indien het fiscale voorzieningenbegrip voor het overige zou worden aangesloten op het commerciële voorzieningenbegrip, zouden alsnog nadere voorwaarden worden gesteld aan het vormen van een fiscale voorziening. Hiervoor zijn, na de intrekking van het wetsvoorstel waarin het baksteenarrest werd gerepareerd, onvoldoende argumenten. Daarbij is meegewogen dat de budgettaire opbrengst naar verwachting beperkt is en in veel andere landen ook geen aansluiting tussen het fiscale en commerciële voorzieningenbegrip bestaat.

Bijlage fiscale voorzieningenbegrip in omringende landen en de VS.

Hierna volgt een overzicht van de vereisten die in de omringende landen en de VS worden gesteld aan het vormen van een fiscale voorziening. Daaruit is af te leiden dat Nederland in vergelijking met andere landen ruime mogelijkheden tot het vormen van een fiscale voorziening kent. In een aantal landen geldt namelijk een uitputtende opsomming van de voorzieningen die kunnen worden gevormd. Voorts kan

⁶ Een aanscherping van het voorzieningenbegrip leidt ertoe dat kosten en lasten op een later moment in aftrek komen.

daaruit worden afgeleid dat in veel andere landen het fiscale voorzieningenbegrip – evenals in Nederland – niet aansluit op het hiervoor beschreven jaarrekeningenrecht en de IAS-normen.

1. België

België staat slechts onder specifieke voorwaarden de vorming voorzieningen toe.

In België zijn voorzieningen toegestaan:

1. voor waarschijnlijke verliezen.

Voorwaarde is dat de verliezen verband houden met aanspraken van debiteuren

2. voor waarschijnlijke risico's en kosten

De belastingplichtige mag een dergelijke voorziening vormen voor verplichtingen die hun oorsprong hebben in het jaar van passivering.

2. Denemarken

Afgezien van specifieke voorzieningen voor ondernemers met buitenlandse dochters en vaste inrichtingen kent Denemarken geen aftrekbare voorzieningen.

3. Duitsland

Fiscaal zijn in Duitsland – naast de zekere formele schulden (Verbindlichkeiten) – slechts ⁷ de volgende passiva aftrekbaar:

1. voorzieningen voor onzekere verplichtingen (§ 249, Abs. 1 HGB) ⁸;
2. voorzieningen voor nog te plegen onderhoud, indien het onderhoud binnen 3 maanden na balansdatum uitgevoerd wordt (§ 249, Abs. 1, Nr. 1 HGB);
3. voorzieningen voor bodemsaneringen indien de sanering binnen 12 maanden na balansdatum uitgevoerd wordt (§ 249, Abs. 1, Nr. 1 HGB);
4. garantieverplichtingen, zonder dat er van een juridisch afdwingbare verplichting sprake is (§ 249, Abs. 1, Nr. 2 HGB);
5. vooruitontvangen opbrengsten (§ 250, Abs. 2 HGB);
6. voorzieningen voor schendingen van patentrechten van anderen, indien die ander de ondernemer daarvoor aansprakelijk heeft gesteld of met de mogelijkheid dat dat zal gebeuren ernstig rekening moet worden gehouden (§ 5, Abs 3 EStG);
7. voorzieningen voor uitkeringen bij dienstjubilea van werknemers indien de desbetreffende werknemer tenminste tien jaren in dienst is, de uitkering betrekking heeft op een arbeidsovereenkomst die tenminste 15 jaren geduurd heeft en de uitkering schriftelijk overeengekomen is (§ 5, Abs 4 EStG);.

⁷ Zie (§ 249, Abs. 3 HGB

⁸ In § 249, Abs. 1 HGB worden als aftrekbare passiva ook nog de Rückstellungen für drohende Verluste aus swebenden Geschäfte genoemd; fiscaal zijn die passiva op basis van § 5, 4a EStG verboden.

Duitsland kent derhalve geen voorzieningen voor verliescontracten, geen kostenegalisatievoorzieningen en geen voorzieningen het 'zelf verzekeren' van bepaalde risico's.

4. **Spanje**

In Spanje zijn naast herwaarderingsvoorzieningen geen andere voorzieningen toegestaan.

5. **Frankrijk**

In Frankrijk zijn voorzieningen toegestaan als aan 6 voorwaarden wordt voldaan

1. de voorziening heeft een specifieke bestemming
2. het verlies of de uitgave vormt een zakelijke last
3. het verlies of de uitgave is waarschijnlijk
4. het verlies of de uitgave houdt verband met kosten die hun oorsprong voor balansdatum vinden
5. de voorziening moet ook commercieel gevormd worden
6. de voorziening moet afzonderlijk toegelicht worden.

Voor gebruikelijke jaarlijkse uitgaven, voor de kosten van het 'zelf verzekeren' van bepaalde risico's, voor gebruikelijke reparatie- en onderhoudskosten is geen voorziening toegestaan.

Frankrijk kent ook een aantal specifieke voorzieningen, bijvoorbeeld voor het vestigen van een buitenlandse onderneming, voor kredietrisico's, voor ondernemingen in de mijnbouw, voor verzekeraars.

6. **Italië**

In Italië zijn slechts de door de wet aangewezen voorzieningen aftrekbaar. De Italiaanse wet kent de voorziening voor dubieuze debiteuren en verder slechts een enkele specifieke voorziening (bijvoorbeeld voor afvloeiingsregelingen van personeel, koersrisico's, voor kortingzegels, spaaracties en dergelijke,).

7. **Luxemburg**

Voorzieningen voor onzekere verplichtingen zijn toegestaan. Voorbeelden van toegestaan voorzieningen zijn: garanties, schadeclaims, pensioenverplichtingen. De voorziening voor het 'zelf verzekeren' van bepaalde risico's en de kostenegalisatiereserves zijn er niet mogelijk.

8. **Oostenrijk**

Oostenrijk kent twee categorieën van toegestane voorzieningen:

1. voorzieningen voor onzekere verplichtingen; bijvoorbeeld voorzieningen voor afvloeiingsregelingen, voorzieningen voor lopende pensioenen;
2. voorzieningen voor verliezen uit lopende contracten.

9. Portugal

De volgende voorzieningen zijn in Portugal aftrekbaar:

1. voorziening dubieuze debiteuren
2. voorziening voor de afwaardering van voorraden
3. voorziening voor proces-verplichtingen en proceskosten
4. voorziening voor de herinvesteringen van oliemaatschappijen
5. voorzieningen voor banken en verzekeraars
6. voorzieningen voor de mijnbouwindustrie

Daarnaast kent Portugal een herwaarderingsreserve en enige specifieke voorzieningen voor banken en verzekeraars.

10. Finland

In Finland mag geen voorziening voor dubieuze debiteuren gevormd worden. Het land kent wel garantievoorzieningen voor aannemers, vliegtuigbouwers, scheepsbouwers en machine bouwers. Andere ondernemers mogen de garantievoorziening niet vormen.

Voorzieningen voor waarschijnlijke pensioenuitkeringen, reorganisaties, saneringskosten zijn niet aftrekbaar.

11. Noorwegen

De voorziening dubieuze debiteuren is in de regel niet toegestaan. Deze is pas mogelijk zodra definitief vaststaat dat de schuldenaar niet aan zijn verplichtingen zal voldoen.

Noorwegen kent daarnaast een soort rampenvervangingsreserve.

Een onderneming mag geen voorziening vormen voor waarschijnlijke toekomstige uitgaven die voortvloeien uit garanties e.d. Ook is geen voorziening voor het 'zelf verzekeren' van bepaalde risico's niet toegestaan. Er zijn geen speciale regels die voorzieningen toestaan voor toekomstige milieukosten.

12. Verenigd Koninkrijk van Groot Brittannië

Voorzieningen zijn slechts toegestaan voorzover een redelijke schatting mogelijk is en de wet de vorming van de voorziening niet verbiedt.

Niet aftrekbaar zijn bijvoorbeeld:

1. algemene voorzieningen voor dubieuze debiteuren;
2. voorzieningen voor het 'zelf verzekeren' van bepaalde risico's;
3. voorzieningen voor verplichtingen en toekomstige verliezen die niet redelijkerwijs geschat

kunnen worden;

4. bestemmingsreserves;
5. voorzieningen voor specifieke toekomstige uitgaven indien de verplichting nog niet ontstaan is, bijvoorbeeld voor reparatiekosten of onderhoud.

Aftrekbaar zijn onder andere:

1. voorzieningen voor specifieke dubieuze debiteuren;
2. voorzieningen voor veroudering van voorraden;
3. voorzieningen voor verplichtingen die op balansdatum zijn ontstaan en die qua omvang geschat kunnen worden, mits de vorming leidt tot een getrouw beeld van het transactieresultaat;
4. voorzieningen voor reparaties die onmiddellijk uitgevoerd moeten worden;

13. Verenigde Staten van Amerika

Voorzieningen mogen in aanmerking worden genomen in het jaar waarin

1. alle feiten waarvan het ontstaan van de verplichting afhankelijk is zich hebben voorgedaan;
2. de omvang van de verplichting redelijkerwijs geschat kan worden;
3. de kosten van de verplichting aan het jaar van passivering zijn toe te rekenen.

Voor voorwaardelijke verplichtingen is pas een passiefpost toegestaan nadat alle voorwaarden zijn vervuld.

Bijlage 6: CFA-Regime

Inleiding

Bij de invoering van het concernfinancieringsregime (CFA-regime) werd beoogd kapitaalvlucht tegen te gaan. Met name regime's in de ons omringende landen zijn/waren dusdanig fiscaal aantrekkelijk dat actie nodig werd geacht. De introductie van het CFA-regime was een onderdeel van een pakket van maatregelen onder de noemer het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur waarbij o.a. wijzigingen in de deelnemingsvrijstelling werden doorgevoerd.

Momenteel wordt gestudeerd op alternatieven voor het CFA-regime om de doelstelling van de introductie in stand te houden, één van de belangrijkste kenmerken daarbij is dat het alternatief als een generieke maatregel is te kwalificeren.

De volgende alternatieven worden nader besproken:

- "Box-gedachte" met eigen tarief

Bij de box-gedachte wordt het winstbegrip als het ware gesplitst in een winst uit financieringsactiviteiten en winst uit overige (normale) activiteiten. De financieringswinsten kunnen dan tegen een lager tarief worden belast en de 'restwinst' tegen het normale tarief.

De kwalitatieve eisen kunnen voor een groot deel worden overgenomen van het huidige concernfinancieringsregime. In hoofdlijnen zou het regime er als volgt uit komen te zien:

1. een eigen tarief (valt nog nader te bepalen);
2. een eigen winstbegrip;
3. substance eisen;

Ad 2)

Welke activiteiten leveren financieringswinst op; hierbij moet men denken aan een globale omschrijving van financieringsactiviteiten:

- activiteiten bestaande uit het arrangeren en uitvoeren van financiële transacties ten behoeve van het concern moeten anders dan incidenteel plaatsvinden;
- mogelijke eisen aan de kapitalisatie van de financieringsactiviteiten;
- beleggingsactiviteiten uitsluiten, tenzij uit hoofde van een overnamekas;
- bedrijfsmatig beleggen uitsluiten.

Ad 3)

Welke minimale eisen aan de substance moeten/kunnen worden gesteld; de faciliteit moet alleen gelden voor bedrijven die de activiteiten werkelijk in Nederland laten plaatsvinden.

Hierbij kan aan de volgende eisen worden gedacht (zie ook art. 2a Uitv.besch. Vpb):

- kwalificaties personeel moet aansluiten bij de omvang van het concern;
- bevoegdheden personeel moeten meer zijn dan louter het uitvoeren van opdrachten;
- eigen bankrekeningen in Nederland van waaruit meeste activiteiten worden gefinancierd;

Ter voorkoming van de grondslag uitholling zullen eisen worden gesteld aan de verhouding van de financiering met vreemd vermogen/eigen vermogen aan de gelieerde maatschappijen door terug te grijpen wat in het concern gebruikelijk is.

Er zal een aparte verliesverrekening worden geïntroduceerd t.b.v. de winst uit financieringsactiviteiten.

- Een vermogensaftrek

Door het introduceren van een vermogensaftrek over het vermogen dat wordt aangewend voor financieringsactiviteiten binnen het concern kan de effectieve belastingdruk worden verlaagd (nader te bepalen).

Voor de invulling van het begrip financieringsactiviteiten kan wederom teruggegrepen worden naar het huidige CFA-regime dit houdt globaal in:

- het arrangeren en uitvoeren van financiële transacties ten behoeve van het concern moeten anders dan incidenteel plaatsvinden;
- mogelijke eisen aan de kapitalisatie van de financieringsactiviteiten;
- beleggingsactiviteiten uitsluiten, tenzij uit hoofde van een overnamekas.

Ook bij deze maatregel kunnen substance eisen worden geformuleerd, hierbij kan gedacht worden aan (zie ook art. 2a Uitv.besch. Vpb):

- kwalificaties personeel moet aansluiten bij de omvang van het concern;
- bevoegdheden personeel moeten meer zijn dan louter het uitvoeren van opdrachten;
- eigen bankrekeningen in Nederland van waaruit meeste activiteiten worden gefinancierd;

Voorbeeld:

Ervan uitgaand dat het rendement over het EV 7% bedraagt, zou de vermogensaftrek bijvoorbeeld 4% kunnen bedragen.

Financieringsvermogen is 100. Dit vermogen wordt in zijn geheel aangewend voor leningen binnen concernverband. Opbrengst 7, vermogensaftrek 4, belastbare winst 3, Vpb 1. Dit komt bij het huidige tarief neer op een belastingdruk van ca. 15%.

Ter voorkoming van de uitholling van de Nederlandse grondslag worden eisen gesteld aan de verhouding van de financiering met vreemd vermogen/eigen vermogen aan de gelieerde maatschappijen voor de verhouding zou teruggegrepen kunnen worden naar wat in het concern gebruikelijk is.

Bijlage 7: Dochtermaatschappijen die niet ter belegging worden gehouden (art. 13g)

1. Betekenis van de deelnemingsvrijstelling

In de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 neemt de deelnemingsvrijstelling een centrale plaats in. Deze vrijstelling houdt in dat onder bepaalde voorwaarden de voordelen worden vrijgesteld die een moedermaatschappij geniet uit hoofde van het aandelenbezit in een dochtermaatschappij (deelneming). Dit geldt zowel voor ontvangen dividenden als voor de winst of het verlies behaald met de verkoop van de aandelen in de deelneming. Met deze vrijstelling, die zowel geldt met betrekking tot in Nederland als in het buitenland gevestigde dochtermaatschappijen, wordt voorkomen dat in deelnemingsverhoudingen bij de moedermaatschappij nogmaals belastingheffing zou plaatsvinden over de winst die met de activiteiten van de dochtermaatschappij worden behaald en die daar reeds zijn belast (economische dubbele belastingheffing).

Voor de concurrentiepositie van het Nederlandse bedrijfsleven heeft de deelnemingsvrijstelling tot gevolg dat buitenlandse vestigingen zich op de markt van het vestigingsland in een gelijkwaardige concurrentiepositie bevinden ten opzichte van op die markt aanwezige binnenlandse investeerders. Dit komt doordat de hoogte van de belastingdruk op de buitenlandse actieve inkomsten in beginsel wordt bepaald door de in het land van de dochtermaatschappij heersende belastingdruk. Daarmee vormt de deelnemingsvrijstelling een bepalende factor voor het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat.

2. Behandeling van buitenlandse deelnemingen

2.1. Buitenlandse dochtermaatschappijen mogen niet ter belegging worden gehouden

In internationaal verband geldt de vrijstelling niet met betrekking tot dochtermaatschappijen die door de moedermaatschappij ter belegging worden gehouden (de zogenoemde "niet-ter-beleggingseis"). Zoals uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden, strekt deze niet-ter-beleggings-eis er vooral toe te voorkomen dat beleggingsmaatschappijen naar het buitenland zouden worden verplaatst. Dit moet worden gezien in het licht van de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling in binnenlandse verhoudingen van fiscale beleggingsinstellingen waarvoor een Vpb-tarief van 0% geldt.

Op de niet-ter-beleggingseis wordt een uitzondering gemaakt voor binnen de Europese Unie gevestigde dochtermaatschappijen. Op grond van artikel 13g van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geldt de deelnemingsvrijstelling met betrekking tot dergelijke beleggingsdochters namelijk wel, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan. Dit is een uitvloeisel van de implementatie van de zogenoemde moeder/dochterraichtlijn. Uit de in artikel 13g opgenomen uitzondering vloeit aldus een verschil in behandeling voort tussen beleggingsdochters die binnen de EU zijn gevestigd (vrijstelling) en beleggingsdochters die buiten de EU zijn gevestigd (geen vrijstelling). Het is echter gebleken dat het

mogelijk is om buiten de EU gevestigde dochtermaatschappijen beleggingsdochters toch onder de werkingssfeer van de deelnemingsvrijstelling te brengen door tussenschakeling van een EU-beleggingsdochter.

Deze ongelijkheid tussen beleggingsdochters binnen en buiten de EU en het gesignaleerde oneigenlijke gebruik vormden aanleiding om als onderdeel van het wetsvoorstel "ondernemerspakket 2001" een wijziging op het punt van artikel 13g aan te brengen. Voorgesteld werd om op EU-beleggingsdochters niet langer de deelnemingsvrijstelling toe te passen maar in plaats daarvan aan de in Nederland gevestigde moedermaatschappij verrekening te verlenen van de door de lidstaat van de dochtermaatschappij geheven winstbelasting voorzover die is toe te rekenen aan van de dochtermaatschappij ontvangen winstuitkeringen. Naar aanleiding van de op dit voorstel geuite kritiek is er tijdens de parlementaire behandeling van het bovengenoemde wetsvoorstel uiteindelijk voor gekozen dit voorstel een jaar uit te stellen en het nader te laten bezien in de studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief.

3.2 Buitenlandse dochters moeten zijn onderworpen aan een buitenlandse winstbelasting

De tweede eis die met betrekking tot een buitenlandse dochtermaatschappij wordt gesteld is dat deze in het vestigingsland moet zijn onderworpen aan een winstbelasting (de zogenoemde onderworpenheidseis). Aan deze onderworpenheid worden echter geen concrete eisen gesteld. Onder meer op dit punt is er de laatste jaren in EU- en OESO-verband kritiek, omdat hierdoor winsten worden vrijgesteld die in het land van de dochtermaatschappij zijn onderworpen aan een lagere winstbelasting dan die in EU-landen geldt.

De invulling van de onderworpenheidseis moet worden gezien in het licht van het uitgangspunt dat aan het Nederlandse internationale fiscale beleid ten grondslag ligt, namelijk dat bij de verdeling van heffingsrechten tussen Nederland en het (bron-)land waarin door inwoners van Nederland genoten inkomsten opkomen, een onderscheid moet worden gemaakt tussen zogenoemde "actieve" inkomsten en "passieve" inkomsten. Dat wil zeggen: tussen inkomsten uit een actieve bedrijvigheid en inkomsten die meer het karakter van beleggingsopbrengsten hebben. Bij winsten die als "actieve" inkomsten zijn aan te merken, gaat Nederland er in beginsel vanuit dat het primaat van de heffingsbevoegdheid toekomt aan de bronstaat. Nederland verleent voor dergelijke inkomsten een vrijstelling, uitgaande van de onderworpenheid van deze inkomsten aan een buitenlandse belastingheffing. Dit uitgangspunt wordt aangeduid als het principe van de kapitaal-import-neutraliteit (CIN). Met betrekking tot passieve inkomsten, zoals beleggingsopbrengsten, stelt Nederland zich op het standpunt dat de heffingsbevoegdheid in beginsel toekomt aan het woonland van de genietster van de inkomsten. Ter voorkoming van dubbele belasting staat Nederland in het laatstgenoemde geval in beginsel een verrekening toe van de in het buitenland over de beleggingsinkomsten geheven belasting. Indien de

buitenlandse druk over die buitenlandse beleggingsinkomsten niet hoger is dan de Nederlandse, betekent dit in de praktijk dat voor Nederlandse beleggers de hoogte van de belastingdruk op hun buitenlandse beleggingsinkomsten in principe wordt bepaald door de in Nederland heersende belastingdruk. Dit uitgangspunt wordt ook wel het principe van kapitaal-export-neutraliteit (CEN) genoemd.

Het hiervoor omschreven onderscheid tussen de CIN- en de CEN-benadering is binnen de deelnemingsvrijstelling niet geheel consequent doorgevoerd. Aan de ene kant kan namelijk de vraag worden gesteld waarom onderworpenheid bij actieve inkomsten wordt verlangd indien de fiscale autonomie van het bronland het uitgangspunt is. Aan de andere kant valt op dat voor inkomsten uit hoofde van een ter belegging gehouden dochtermaatschappij, waarvoor derhalve de deelnemingsverhouding niet geldt, geen verrekening wordt verleend voor de bij de dochtermaatschappij geheven buitenlandse winstbelasting.

In het vervolg van deze notitie wordt ingegaan op de vraag op welke wijze recht kan worden gedaan aan de doelstellingen die ten grondslag lagen aan het voorstel tot reparatie van artikel 13g met betrekking tot EU-beleggingsdochters. Daarbij wordt tevens gezien of de deelnemingsvrijstelling daarmee ook minder gevoelig kan worden gemaakt voor de internationale kritiek door ook de uitwerking van de niet-ter-beleggingseis en van de onderworpenheidseis in de beschouwing te betrekken.

3. Maatregel tegen onbedoeld gebruik van EU-beleggingsdochters

Een eerste optie is de aanpassing van artikel 13g te beperken tot een maatregel die beoogt het "meeliften" met artikel 13g door niet-EU beleggingsdochters te voorkomen.

De maatregel zou kunnen inhouden dat de vrijstelling voor EU-beleggingsdochters niet wordt verleend voorzover via de EU-dochter een belang wordt gehouden in een dochtermaatschappij waarop artikel 28b van de Wet op de vennootschapsbelasting van toepassing is. Dit artikel schrijft voor dat een belang van 25% of meer in een niet in Nederland gevestigd lichaam waarvan de bezittingen voor meer dan 90% bestaan uit beleggingen⁹, jaarlijks moeten worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer. Voorbeeld: BV A bezit een belang van 100% in een Luxemburgse SA. De enige activiteit van de SA is het houden van een 50%-belang in een buiten de EU gevestigde vennootschap die kwalificeert als een beleggingsdochter in de zin van artikel 28b. Stel, de beleggingsdochter maakt een nettowinst van 150. Zonder tussenschakeling van een EU-lichaam zou deze winst (voor 75, gezien het 50%-belang) tot uitdrukking komen via het waarderingsvoorschrift van artikel 28b. Door de tussenschakeling komt de waardestijging van de beleggingsdochter tot uitdrukking bij de SA. Geregeld zou kunnen worden dat BV A de SA moet opwaarderen zodanig dat in dit geval 50% van de winst van de beleggingsdochter tot uitdrukking komt.

⁹ Daaronder begrepen passieve financieringsmaatschappijen

Deze aanpak lijkt een afdoende reparatie op leveren. Ook de situatie dat de EU-beleggingsdochter haar activiteiten ontplooit met behulp van een (financierings) vaste inrichting, bij voorbeeld in Zwitserland, in plaats van met een dochtermaatschappij, lijkt door artikel 28b te worden bestreken. Artikel 28b kijkt namelijk naar de bezittingen van de ter-belegging-gehouden dochtermaatschappij; daartoe behoren juridisch gezien ook de bezittingen van die dochtermaatschappij die worden toegerekend aan een buitenlandse vaste inrichting. Een "doorkijk" is hier ook op zijn plaats, aangezien de Nederlandse moedermaatschappij zonder tussenschakeling van een EU-beleggingsdochter geconfronteerd zou worden met de in het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 opgenomen creditregeling ter zake van passieve vaste inrichtingen. Overigens lijkt het wel redelijk om bij de "doorkijk-aanpak" naar beleggings-kleindochters een uitzondering te maken voor EU-kleindochters. Op deze kleindochters zou immers bij een rechtstreekse aandelenband artikel 13g van toepassing zijn.

De vraag kan worden gesteld of deze aanpak in overeenstemming is met het Europees recht, met name met de moeder/dochterrichtlijn. Er zal immers in bepaalde situaties met betrekking tot EU-beleggingsdochters geen vrijstelling worden verleend. De moeder/dochterrichtlijn verplicht daar in beginsel wel toe. De richtlijn vormt echter "geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken". De aanpak om pro rata geen vrijstelling te verlenen voor middellijke beleggingsdochters lijkt hiermee mogelijk te zijn, en lijkt ook proportioneel.

Met betrekking tot het doorkijken in EU-situaties naar kleindochter-situaties wordt er overigens wel op gewezen dat de richtlijn uitsluitend ziet op direct gehouden belangen, derhalve op de band tussen een moeder- en een dochtermaatschappij. De vraag kan worden gesteld of dit betekent dat de lidstaat van de moedermaatschappij geen inbreuk zou mogen maken op een door de lidstaat van de dochtermaatschappij verleende vrijstelling voor inkomsten van een passieve (klein)dochtermaatschappij (of vrijgestelde vaste inrichtingswinst). Dit gaat ervan uit dat de band tussen de dochter- en kleindochtermaatschappij enkel wordt beheerst door de wetgeving van de lidstaat van de dochtermaatschappij (dit is als zodanig verwoord in de nota naar aanleiding van het eindverslag bij wetsvoorstel 22 334 met betrekking tot de implementatie van de moeder-/dochterrichtlijn).

Voorts is van belang dat er bij een beperkte reparatie geen wijziging wordt aangebracht op het punt van de behandeling van EU-beleggingsdochters waarin een belang wordt gehouden van 5 – 25%. Voor deze groep wordt geen vrijstelling verleend. Er blijft een mogelijke verboden discriminatie in vergelijking met Nederlandse beleggingsdochters; deze situatie bestaat overigens reeds vanaf de implementatie in 1992 van de moeder/dochter-richtlijn).

4. De actief/passief (CIN/CEN) benadering in de deelnemingsvrijstelling

[achtergrond en invulling van de niet-ter-beleggingseis]

[alternatieven]

[aanpak andere landen]

[afbakening "ter-belegging-gehouden" vennootschappen]

[relatie met het Besluit voorkoming dubbele belasting]

5. Aanscherping van de onderworpenheidseis

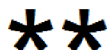
[achtergrond en invulling van de onderworpenheidseis]

[alternatieven]

[aanpak andere landen]

[relatie met het Besluit voorkoming dubbele belasting]

- 0



Memo

Aan De voorzitter en de leden van de studiegroep
vennootschapsbelasting in internationaal perspectief

Van De ambtelijk secretaris

Datum 1 maart 2001

Onderwerp **Werkgroep 3**

1. Aanleiding

Ten behoeve van de vergadering van de studiegroep van 7 maart 2001 treft u bijgaand de inbreng aan van de werkgroep 3, special topics. Onder punt 2 is de voortgangsrapportage van deze werkgroep opgenomen. Onder punt 3 zijn de diverse bijlagen opgenomen.

2. Voortgangsrapportage

Bijgevoegd treft u in de bijlagen diverse memo's aan over een aantal onderwerpen van werkgroep 3. De meeste memo's hebben nog steeds het karakter van onderhanden werk.

Voor alle onderwerpen waarover memo's zijn bijgevoegd geldt dat inmiddels concrete oplossingsrichtingen worden uitgewerkt en dat hiermee goede vorderingen worden gemaakt. Wat echter nog wel de nodige tijd zal vergen is het in kaart brengen van de budgettaire consequenties van de verschillende onderwerpen en het maken van internationale vergelijkingen. Dit komt doordat de daarvoor benodigde informatie pas laat ter beschikking is gekomen, of zelfs op dit moment nog niet beschikbaar is.

Ten aanzien van de prioritaire onderwerpen kan het volgende worden opgemerkt:

1. In het memo over het CFA-regime zijn 2 varianten uitgewerkt: een aparte box met een eigen - lager - tarief voor kwalificerende financieringsinkomsten en een vermogensaftrek voor het vermogen dat wordt aangewend voor kwalificerende financieringsactiviteiten.
2. Met het onderwerp "dividendstripping" zijn goede vorderingen gemaakt. Er is een mogelijke oplossing ontwikkeld waarvan thans wordt getoetst of deze uitvoerbaar is en niet leidt tot verstoringen op de aandelenmarkt. Deze variant is beschreven in bijgevoegd memo.
3. Ook ten aanzien van de "hybride leningen" is inmiddels een concrete oplossingsrichting uitgewerkt, die door de verschillende partijen wordt getoetst. Deze is uiteengezet in het bijgevoegde memo. Daarin is verder een specifieke anti-misbruikmaatregel uitgewerkt voor het welbewust inspelen op kwalificatieverschillen van hybride instrumenten ten opzichte van andere landen.
4. Over de deelnemingsvrijstelling is een drietal memo's bijgevoegd. Deze betreffen de deelnemingsvrijstelling in internationale verhoudingen (waaronder de 13g-problematiek), de niet-aftrekbare deelnemingskosten en de liquidatieverliesregeling. Op verzoek van de Studiegroep zullen deze memo's nog worden geïntegreerd tot één bijdrage memo. Daarbij zal het memo over de

deelnemingsvrijstelling in internationale verhoudingen als basis dienen, omdat in dat memo een brede beschouwing wordt gegeven. Die beschouwing vormt ook de basis voor de verdere uitwerking van de oplossingsrichtingen. Voor de uitwerking daarvan wordt gedacht aan:

- *oplossingen om tegemoet te komen aan de kritiek op onze deelnemingsvrijstelling:*
 - a. aanscherping van het onderscheid actief/passief. Dit zal per saldo een zekere inperking van het regime van de deelnemingsvrijstelling betekenen;
 - b. aanscherping van het onderscheid actief/passief, in combinatie met hetzij toch een vrijstelling als de beleggingsdochter aan een bepaald minimumtarief is onderworpen, hetzij een verrekeningsmethode voor beleggingsdochters. Dit is enerzijds een inperking van het regime van de deelnemingsvrijstelling, maar anderzijds een versoepeling voor (niet-EU) beleggingsdochters.
- *beperkte reparatie van artikel 13g:*

In plaats van algemene maatregelen op het punt van de deelnemingsvrijstelling zou ook een gerichte maatregel getroffen kunnen worden met als doel te voorkomen dat niet-EU beleggingsdochters onder de vrijstelling van artikel 13g zouden kunnen worden gebracht. Deze variant is reeds in het memo opgenomen.

Ten aanzien van de overige onderwerpen kan het volgende worden opgemerkt:

- Bijgevoegd is een memo over de 30%-regeling. Dit memo kan als definitief worden beschouwd.
- Het memo over het voorzieningenbegrip is thans aangevuld met een beschouwing over milieuvoorzieningen. Met VROM heeft over dit punt overleg plaatsgevonden. Het is waarschijnlijk dat VROM er zich in kan vinden. Onderzocht wordt nog of het zinvol is om voor het vormen van een milieuvoorziening als voorwaarde te stellen dat de belastingplichtige de verontreiniging moet hebben gemeld aan de autoriteiten.
- Ook is bijgevoegd een memo over de afschrijvingen op onroerend goed, waarin een viertal oplossingrichtingen wordt uitgeduid. De consequenties daarvan moeten nog verder worden gezien alvorens tot een nadere afweging te komen.
- Nog gewerkt wordt aan memo's over de vestigingsplaatsfictie in de vennootschapsbelasting en artikel 10a van de vennootschapsbelasting. Deze memo's zullen worden gevoegd bij de volgende rapportage.
- Het onderwerp belastingplicht over de wezensvreemde activiteiten van pensioenfondsen is weer opgepakt. Hierover kan de studiegroep de volgende keer een bijdrage verwachten. Hetzelfde geldt voor de egalisatiereserve van verzekeraars. Het is echter realistisch om ervan uit te gaan dat de werkgroep een afgewogen rapportage op deze punten nog niet gereed kan hebben op 23 maart, maar daarvoor nog wat meer tijd nodig heeft. Te denken valt aan 1 of 2 weken. Daar komt bij dat het verstandig lijkt om bij het onderwerp wezensvreemde activiteiten van pensioenfondsen nog iemand uit de sector te betrekken.

3. Bijlagen

Bijlage 1: De deelnemingsvrijstelling in internationaal perspectief

Bijlage 2: Hybride instrumenten

Bijlage 3: Dividendstripping

Bijlage 4: Niet-aftrekbare kosten buitenlandse deelnemingen

Bijlage 5: De liquidatieverliesregeling

Bijlage 6: 30%-regeling

Bijlage 7: Voorzieningen

Bijlage 8: Afschrijvingsregime / herinvesteringsreserve

1. Betekenis van de deelnemingsvrijstelling

In de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 neemt de deelnemingsvrijstelling een centrale plaats in. Deze vrijstelling houdt in dat onder bepaalde voorwaarden de voordelen worden vrijgesteld die een moedermaatschappij geniet uit hoofde van het aandelenbezit in een dochtermaatschappij (deelneming). Dit geldt zowel voor ontvangen dividenden als voor de winst of het verlies behaald met de verkoop van de aandelen in de deelneming. Met deze vrijstelling, die zowel geldt met betrekking tot in Nederland als in het buitenland gevestigde dochtermaatschappijen, wordt voorkomen dat in deelnemingsverhoudingen bij de moedermaatschappij nogmaals belastingheffing zou plaatsvinden over de winst die met de activiteiten van de dochtermaatschappij worden behaald en die daar reeds zijn belast (economische dubbele belastingheffing).

Een belangrijk aspect van de internationale werkingsfeer van de deelnemingsvrijstelling is dat hierdoor de hoogte van de belastingdruk op de buitenlandse inkomsten in beginsel wordt bepaald door de in het land van de dochtermaatschappij heersende belastingdruk. Daarmee wordt het Nederlandse bedrijfsleven in staat gesteld om op buitenlandse markten op basis van een gelijkwaardige fiscale positie te concurreren. Mede gezien de van oudsher internationale oriëntatie van het Nederlandse bedrijfsleven vormt de deelnemingsvrijstelling door deze neutraliteit met betrekking tot de herkomst van inkomsten uit een deelneming een bepalende factor voor het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat.

De Nederlandse deelnemingsvrijstelling kan in internationaal opzicht royaal worden genoemd. De aantrekkingskracht die hiervan uitgaat maakt de regeling echter ook kwetsbaar voor kritiek. Aan de andere kant heeft in enkele andere landen de laatste jaren een inhaalslag plaats-gevonden doordat men daar een op dezelfde leest geschoeide regeling heeft getroffen of wil treffen¹. Deze internationale ontwikkelingen, maar ook enkele zelf gesignaleerde knelpunten, vormen de aanleiding te bezien of de deelnemingsvrijstelling zou moeten worden aangepast op het punt van de toepassing op buitenlandse dochtermaatschappijen.

2. De toepassing van de deelnemingsvrijstelling op buitenlandse dochtermaatschappijen

Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling ter zake van buitenlandse dochtermaatschappijen worden, in vergelijking met puur binnenlandse situaties, twee aanvullende eisen gesteld. In de eerste plaats geldt de deelnemingsvrijstelling niet indien de buitenlandse dochtermaatschappij door de Nederlandse moedermaatschappij als een belegging wordt gehouden (niet-ter-beleggingseis), tenzij de dochtermaatschappij in een EU-lidstaat is gevestigd en aan enkele nadere eisen wordt voldaan (artikel

¹ Vooral Spanje en Denemarken hebben sterk concurrerende deelnemingsvrijstellingen geïntroduceerd en recentelijk heeft ook Duitsland vergaande plannen in die richting aangekondigd.

13g). Daarnaast is vereist dat de buitenlandse dochtermaatschappij in het vestigingsland is onderworpen aan een winstbelasting.

Met name als gevolg van de geringe eisen die aan de onderworpenheid aan een buitenlandse winstbelasting worden gesteld, krijgt Nederland de laatste jaren het verwijt dat ook laag belaste winsten worden vrijgesteld. Onder meer hierdoor staat de deelnemingsvrijstelling onder druk in het kader van de binnen de EU- en OESO gevoerde tax competition-discussie. Daarbij moet overigens wel worden beseft dat als gevolg van de niet-ter-beleggingseis de deelnemingsvrijstelling niet geldt voor door middel van buitenlandse dochtermaatschappijen behaalde beleggingswinsten in landen met een laag belastingtarief. In OESO-verband heeft men het (effectief) uitsluiten van beleggingswinsten als mogelijkheid geopperd om een deelnemingsvrijstelling minder tax competition-gevoelig te maken.

2.1. De niet-ter-beleggingseis

De deelnemingsvrijstelling is in beginsel van toepassing als een moedermaatschappij houder is van ten minste 5% van de aandelen in de dochtermaatschappij. Deze formele eis geldt zowel in binnenlandse als in buitenlandse verhoudingen. In buitenlandse verhoudingen wordt echter ook nog de materiële eis gesteld dat de dochtermaatschappij niet ter belegging mag worden gehouden door de moedermaatschappij.

De achtergrond hiervan is kort gezegd de volgende. Zoals in punt 1 is aangegeven strekt de deelnemingsvrijstelling ertoe te bewerkstelligen dat in moeder/dochterverhoudingen slechts één keer belasting wordt geheven over de door de dochtermaatschappij behaalde winst. De wetgever heeft daarbij wel een onderscheid willen maken tussen enerzijds de gevallen waarin er een zakelijke band is tussen de bedrijfsuitoefening van de moeder- en van de dochtermaatschappij en anderzijds de gevallen waarin de aandelen in de dochtermaatschappijen louter als belegging worden gehouden. Slechts in het eerste geval achtte de wetgever het gerechtvaardigd bij de moedermaatschappij af te zien van belastingheffing over de met de (aandelen in de) dochtermaatschappij behaalde winst.

Op grond van het in de loop van de tijd gegroeide inzicht dat zo'n zakelijke band reeds aanwezig kan zijn bij een gering aandelenbezit, maar ook om praktische redenen, is er in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 voor gekozen het onderscheid tussen de wel of niet ter belegging gehouden participaties in beginsel te maken door middel van het formele criterium van een aandelenbezit van ten minste 5%. Hoewel werd onderkend dat dit in vergelijking met in het buitenland geldende regelingen een ruimhartige benadering was, werd de lage bezitseis ook voor buitenlandse participaties wenselijk geacht met het oog op de belangen van het Nederlandse bedrijfsleven en de neutraliteit ten opzichte van rechtstreekse buitenlandse investeringen (vaste inrichtingen). Ook werd onderkend dat het met het formele criterium aantrekkelijk zou worden beleggingen onder te brengen in beleggingsmaatschappijen gevestigd in landen met een fiscaal gunstig klimaat, hetgeen mede moet worden gezien in relatie met de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling in binnenlandse verhoudingen

voor participaties in fiscale beleggingsinstellingen. Vooral om deze reden, maar ook in het licht van de strengere eisen die in het buitenland werden gesteld, is besloten ter belegging gehouden buitenlandse dochtermaatschappijen van de deelnemingsvrijstelling uit te zonderen.

2.2. De uitzondering op de niet-ter-beleggingseis: artikel 13g

Sinds 1 januari 1992 wordt op de niet-ter-beleggingseis een uitzondering gemaakt voor binnen de Europese Unie gevestigde dochtermaatschappijen. Op grond van artikel 13g geldt de deelnemingsvrijstelling met betrekking tot dergelijke beleggingsdochters namelijk wel, mits aan een aantal aanvullende voorwaarden² is voldaan. Dit is een uitvloeisel van de verplichtingen die uit de zogenoemde Europese moeder/dochterraichtlijn voortvloeien. Artikel 13g brengt aldus een verschil in behandeling met zich tussen enerzijds beleggingsdochters die buiten de EU zijn gevestigd (geen vrijstelling) en anderzijds beleggingsdochters die binnen de EU zijn gevestigd (vrijstelling). Gebleken is echter dat ook - oneigenlijk - gebruik gemaakt kan worden van artikel 13g, namelijk door buiten de EU gevestigde beleggingsdochters onder de werkingsfeer van de deelnemingsvrijstelling te brengen via tussenschakeling van een EU-beleggingsdochter. Het behoeft geen betoog dat hiermee geweld wordt gedaan aan het uitgangspunt dat in beginsel geen vrijstelling wordt verleend voor buitenlandse beleggingswinsten.

De ongelijke behandeling tussen beleggingsdochters van binnen en buiten de EU en het gesignaleerde oneigenlijke gebruik vormde de aanleiding om, als onderdeel van het wets-voorstel "ondernemerspakket 2001", een wijziging op het punt van artikel 13g aan te brengen³. Voorgesteld werd om op EU-beleggingsdochters niet langer de deelnemingsvrijstelling toe te passen maar in plaats daarvan aan de in Nederland gevestigde moedermaatschappij verrekening te verlenen van de door de lidstaat van de dochtermaatschappij geheven winst-belasting voorzover valt toe te rekenen aan van de dochtermaatschappij ontvangen winst-uitkeringen. Uiteindelijk is er tijdens de parlementaire behandeling van het bovengenoemde wetsvoorstel voor gekozen dit voorstel een jaar uit te stellen en nader te laten bezien in de studiegroep vennootschapsbelasting in internationaal perspectief.

2.3. De onderworpenheidseis

De eis dat de buitenlandse dochtermaatschappij in het vestigingsland moet zijn onderworpen aan een winstbelasting is terug te voeren op de grondslag van de deelnemingsvrijstelling in internationaal verband, te weten het voorkomen van economische internationale dubbele belasting. Hoewel de wetsgeschiedenis - de onderworpenheidseis gaat terug tot de Wet op de inkomstenbelasting 1914⁴ - op

² De moeder- en dochtermaatschappij dienen een in de bijlage bij de richtlijn genoemde rechtsvorm te hebben, de moedermaatschappij moet voor ten minste 25% aandeelhouder zijn, de dochtermaatschappij moet zonder keuzemogelijkheid, zonder ervan te zijn vrijgesteld en zonder toepassing van een bijzonder regime zijn onderworpen aan de winstbelasting van het vestigingsland, de dochtermaatschappij mag niet op grond van een belastingverdrag buiten de EU zijn gevestigd.

³ Aldus de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel.

⁴ Voor het eerst werd toen een wettelijke regeling getroffen voor de voorkoming van Internationale dubbele belasting ter zake van met buitenlandse vestigingen (vaste inrichtingen) en dochtermaatschappijen behaalde winst.

dit punt geen uitsluitel geeft, is het aannemelijk dat de leidende gedachte achter deze eis is dat als een buitenlandse vestiging niet is onderworpen aan een winstbelasting, er geen dubbele belasting optreedt en er dus ook geen reden is voor Nederland van heffing af te zien door een vrijstelling te verlenen.

Opvallend is evenwel dat de onderworpenheidseis - die min of meer ongewijzigd in de huidige vennootschapsbelasting is terecht gekomen - altijd een "open" norm is gebleven. Er zijn nooit materiële eisen gesteld aan de (hoogte van de) buitenlandse winstbelasting. Sterker nog, het stellen van materiële eisen is expliciet verworpen in de memorie van antwoord bij het voorstel van wet dat heeft geleid tot de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Zoals blijkt uit de onderstaande passage zijn daarbij overwegingen van praktische aard (welke eisen zouden gesteld moeten worden?) en van principiële aard (de mate van belastingheffing is een zaak van het vestigingsland) aangevoerd:

"De ondergetekenden menen dat het geen aanbeveling verdient aan de buiten-landse belasting naar de winst die van de dochtermaatschappij wordt geheven, materiële eisen te stellen. Dit zou in de eerste plaats moeilijk in overeen-stemming zijn te brengen met de bij de voorkoming van internationale dubbele belasting in Nederland gebruikelijke gedragslijn. Bij de eenzijdige vermindering van dubbele belasting ten aanzien van een vaste inrichting in het buitenland worden deze eisen evenmin gesteld. Bovendien is het zeer moeilijk deze eisen scherp te formuleren, hetgeen toch nodig zou zijn. Zou een buitenlandse winst-belasting van 30 pct. nog wel materieel gelijksoortig aan de Nederlandse vennootschapsbelasting moeten worden geacht en een belasting van 20 pct. niet meer? Ook de draagwijdte van bepaalde objectieve vrijstellingen laat zich niet in een eenvoudige formulering vangen. Ten slotte mag niet buiten beschouwing blijven hetgeen de overheid doet voor de infrastructuur in het desbetreffende land. Bij de vestiging van een dochtermaatschappij aldaar moge het een voordeel zijn dat de winstbelasting laag is, daartegenover kan het zeer wel zijn dat hoge kosten moeten worden gemaakt, bv. omdat het wegennet ten enenmale onvoldoende is. Op grond van al deze overwegingen zouden de ondergetekenden geen eisen willen stellen ten aanzien van de hoogte van de belastingdruk in de vreemde staat, maar willen volstaan met de meer formele eis dat de buitenlandse belasting een belasting naar de winst moet zijn. De hoogte van deze belasting is een zaak die de andere staat aangaat." (MvA, blz. 25, Wet van 7 oktober 1969, Stb. 445).

3. De deelnemingsvrijstelling in relatie met het huidige internationale fiscale beleid

Zoals reeds is opgemerkt, is er in verband met de internationaal geuite kritiek aanleiding te bezien of de internationale werkingssfeer van de deelnemingsvrijstelling, met name op het punt van de onderworpenheidseis en de niet-ter-beleggingseis, zou moeten worden aangepast. Daarbij is het zinvol, met het oog op de beoordeling van eventuele alternatieven, de deel-nemingsvrijstelling, en in het

bijzonder deze twee eisen, te plaatsen in de context van het huidige Nederlandse internationale fiscale beleid op het punt van de belastingheffing over buitenlandse winsten.

Een belangrijk uitgangspunt van het internationale fiscale beleid is dat met betrekking tot de internationale verdeling van heffingsrechten over ondernemingswinsten een onderscheid wordt gemaakt tussen actieve en passieve winsten. De belastingheffing over actieve winsten komt primair toe aan het bronland. Als woonland verleent Nederland ter voorkoming van dubbele belasting ter zake van deze inkomsten een vrijstelling. De belastingheffing over passieve (beleggings-) winsten komt primair toe aan het woonland. Als woonland verleent Nederland ter voorkoming van dubbele belasting een verrekening van de in het bronland geheven belasting.

In de recente Notitie Internationaal fiscaal (verdrags) beleid uit 1996 is dit beleid als volgt verwoord:

“In internationale verhoudingen maakt de Nederlandse fiscale wetgeving bij de verdeling van de heffingsrechten over inkomsten en winsten in beginsel een onderscheid tussen zogenoemde “actieve” inkomsten en “passieve” inkomsten. Bij dit onderscheid is van belang of sprake is van een actieve bedrijvigheid, dan wel van inkomsten die veeleer het karakter van beleggingsopbrengsten hebben. Bij de toewijzing van heffingsrechten over winsten die als actieve inkomsten zijn aan te merken, gaat Nederland in beginsel uit van een heffing in de bronstaat en een vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting in de woonstaat. Daar-bij maakt het in beginsel niet uit of de winst wordt gerealiseerd door middel van een in het buitenland gevestigde vaste inrichting of door de deelname in een in het buitenland gevestigde vennootschap. In het ene geval wordt dit gerealiseerd door vrijstelling op grond van het Besluit voorkoming dubbele belasting 1989 of de belastingverdragen (de vrijstellingsmethode ter voorkoming van dubbele belasting); in het andere geval door de deelnemingsvrijstelling ook in internationale verhoudingen toe te passen. Deze toewijzing van heffingsrechten aan de bronstaat betekent voor Nederlandse investeerders in het buitenland dat in de praktijk de hoogte van de belastingdruk op hun buitenlandse actieve inkomsten in beginsel wordt bepaald door de in het andere land heersende belastingdruk. Daardoor wordt bereikt dat het Nederlandse bedrijfsleven zich op de buitenlandse markt ten opzichte van de andere investeerders in een gelijkwaardige concurrentiepositie bevindt. Dit uitgangspunt wordt ook wel het principe van kapitaal-import-neutraliteit genoemd.

Passieve inkomsten, zoals beleggingsopbrengsten, worden daarentegen in Nederland in de belasting-heffing betrokken; dit ongeacht of zij uit Nederland of uit het buitenland afkomstig zijn. Als woonstaat/vestigingsstaat staat Nederland ter voorkoming van dubbele belasting een verrekening toe van de eventueel in het buitenland over die buitenlandse beleggingsinkomsten geheven belasting (de verrekeningsmethode ter voorkoming van dubbele belasting). Mits de buitenlandse druk over die buitenlandse

beleggingsinkomsten niet hoger is dan de Nederlandse, betekent dit in de praktijk dat voor Nederlandse beleggers de hoogte van de belastingdruk op hun buitenlandse beleggingsinkomsten in principe wordt bepaald door de in Nederland heersende belastingdruk. Dit uitgangspunt wordt ook wel het principe van kapitaal-export-neutraliteit genoemd.”

Gegeven deze uitgangspunten van het internationale fiscale beleid, kunnen bij de internationale werkingssfeer van de deelnemingsvrijstelling de volgende kanttekeningen worden geplaatst.

1. Het onderscheid tussen de behandeling van actieve en passieve winsten stemt - conceptueel - overeen met het uitgangspunt van de deelnemingsvrijstelling een onderscheid te maken tussen (binnen- en buitenlandse!) dochtermaatschappijen die niet respectievelijk wel als belegging worden aangehouden. De deelnemingsvrijstelling maakt dit onderscheid in beginsel forfaitair door middel van de 5%-bezitseis: bij een bezit van 5% of meer wordt er geacht geen sprake van een belegging te zijn. Voor buitenlandse dochtermaatschappijen wordt dit forfait echter door de niet-ter-beleggingseis ter zijde gesteld. Als daarbij wordt bedacht dat voor de beoordeling of ook een participatie van minder dan 5% als deelneming kan kwalificeren⁵, bepalend is of de participatie ter belegging wordt gehouden, zoals bevestigd in recente jurisprudentie⁶, kan worden geconstateerd dat het 5%-criterium met betrekking tot buitenlandse dochtermaatschappijen in feite geen reële functie meer vervult. Zowel onder als boven de 5%-streep is het beleggingskarakter immers doorslaggevend. In buitenlandse verhoudingen zou het 5%-criterium dus gemist kunnen worden en zou kunnen worden volstaan met het actief/passief-onderscheid.
2. Uit de genoemde uitgangspunten lijkt voort te vloeien dat op een dochtermaatschappij die een actieve bedrijvigheid uitoefent steeds de deelnemingsvrijstelling van toepassing zou moeten zijn. Dit is echter niet zo. Bij de vraag of een aandelenbezit al of niet ter belegging wordt gehouden, is van belang welke functie het aandelenbezit vervult in het vermogen van de moedermaatschappij. Daaronder wordt verstaan: het uitsluitend aanhouden van het bezit met het oog op het verkrijgen van waardeinstijgingen en het rendement dat bij normaal vermogensbeheer mag worden verwacht. Het bezit in een actieve dochtermaatschappij is dus niet vanzelfsprekend een deelneming. Wel kan worden gezegd dat een bezit in een buitenlandse passieve dochter steeds als een bezit ter belegging kwalificeert.

⁵ Op basis van artikel 13, derde lid, kan een aandelenbezit van minder dan 5% als deelneming kwalificeren indien het aanhouden van dat bezit in lijn ligt van de normale bedrijfsuitoefening van de door de moedermaatschappij gedreven onderneming dan wel met het verwerven dat het bezit een algemeen belang is gediend.

⁶ In BNB 1997/38 oordeelde de Hoge Raad dat uit de wetsgeschiedenis voortvloeit dat een aandelenbezit slechts dan *niet* in lijn met de normale bedrijfsuitoefening worden aangehouden, indien het aandelenbezit *ter belegging* wordt gehouden.

3. Het onderscheid actief/passief gaat verder dan het enkele streven te voorkomen dat een beleggingsmaatschappij naar een laagbelastend ander land zou worden verplaatst. Bij verplaatsing van een beleggingsmaatschappij naar een land met een "normaal" belastingtarief, zou er bij de laatste (anti-misbruik-) benadering geen reden zijn de toepassing van de deelnemingsvrijstelling te onthouden, bij de eerste benadering wel.

4. Met betrekking tot de neutraliteit ten opzichte van vaste inrichtingen kan in dit kader worden opgemerkt dat:

* voor de vrijstelling van vaste inrichtingswinst onder de belastingverdragen geen onderworpenheid wordt vereist. Voor dochtermaatschappijen die zijn gevestigd in verdragslanden geldt de onderworpenheidseis wel;

* voor vaste inrichtingswinst uit niet-verdragslanden een objectieve onderworpenheidseis geldt (de vrij te stellen winst moet in het andere land aan een winstbelasting zijn onderworpen). Bij de deelnemingsvrijstelling geldt een subjectieve onderworpenheidseis (het lichaam als zodanig moet zijn onderworpen, niet van belang is waarvoor de onderworpenheid bestaat. Bij de deelnemingsvrijstelling lijkt de fiscale autonomie van het vestigingsland meer op de voorgrond te staan dan bij vaste inrichtingswinst.

5. Het onderscheid tussen actieve en passieve inkomsten wordt in de deelnemings-vrijstelling niet consequent doorgevoerd. Er wordt voor winsten uit hoofde van buiten-landse beleggingsdochtermaatschappijen geen verrekening van de in het buitenland geheven winstbelasting verleend. Voor passieve vaste inrichtingswinst wordt daarentegen een verrekening van ten minste 17,5% verleend.

4. Aanpak in andere EU-lidstaten

Met name Duitsland, Frankrijk, Denemarken, Luxemburg, Spanje, België.

5. Mogelijkheden tot aanpassing van de deelnemingsvrijstelling

5.1. Aanpassing onderworpenheidseis

5.2. Aanpassing bezitseis

5.3. Benadrukken onderscheid actief/passief

[uitbreiding van de groep dochtermaatschappijen die geacht worden ter-belegging-gehouden te worden. Verrekening buitenlandse winstbelasting dan wel vrijstelling bij onderworpenheid aan x%-buitenlandse winstbelasting]

5.4. Aanscherping artikel 28b

[bij lager bezit waardering waarde in het economische verkeer]

5.5. Specifieke maatregelen tegen onbedoeld gebruik van EU-beleggingsdochters

Een eerste optie is de aanpassing van artikel 13g te beperken tot een maatregel die beoogt het “meeliften” met artikel 13g door niet-EU beleggingsdochters te voorkomen.

De maatregel zou kunnen inhouden dat de vrijstelling voor EU-beleggingsdochters niet wordt verleend voorzover via de EU-dochter een belang wordt gehouden in een dochtermaatschappij waarop artikel 28b van de Wet op de vennootschapsbelasting van toepassing is. Dit artikel schrijft voor dat een belang van 25% of meer in een niet in Nederland gevestigd lichaam waar-van de bezittingen voor meer dan 90% bestaan uit beleggingen⁷, jaarlijks moeten worden gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer. Voorbeeld: BV A bezit een belang van 100% in een Luxemburgse SA. De enige activiteit van de SA is het houden van een 50%-belang in een buiten de EU gevestigde vennootschap die kwalificeert als een beleggingsdochter in de zin van artikel 28b. Stel, de beleggingsdochter maakt een nettowinst van 150. Zonder tussenschakeling van een EU-lichaam zou deze winst (voor 75, gezien het 50%-belang) tot uitdrukking komen via het waarderingsvoorschrift van artikel 28b. Door de tussenschakeling komt de waardestijging van de beleggingsdochter tot uitdrukking bij de SA. Geregeld zou kunnen worden dat BV A de SA moet opwaarderen zodanig dat in dit geval 50% van de winst van de beleggingsdochter tot uitdrukking komt.

Deze aanpak lijkt een afdoende reparatie op leveren. Ook de situatie dat de EU-beleggings-dochter haar activiteiten ontplooit met behulp van een (financierings) vaste inrichting, bij voorbeeld in Zwitserland, in plaats van met een dochtermaatschappij, lijkt door artikel 28b te worden bestreken. Artikel 28b kijkt namelijk naar de bezittingen van de ter belegging gehouden dochtermaatschappij; daartoe behoren juridisch gezien ook de bezittingen van die dochtermaatschappij die worden toegerekend aan een buitenlandse vaste inrichting. Een “doorkijk” is hier ook op zijn plaats, aangezien de Nederlandse moedermaatschappij zonder tussenschakeling van een EU-beleggingsdochter geconfronteerd zou worden met de in het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 opgenomen creditregeling ter zake van passieve vaste inrichtingen. Overigens lijkt het wel redelijk om bij de “doorkijk-aanpak” naar beleggings-kleindochters een uitzondering te maken voor EU-kleindochters. Op deze kleindochters zou immers bij

⁷ Daaronder begrepen passieve financieringsmaatschappijen

een rechtstreekse aandelenband artikel 13g van toepassing zijn.

De vraag komt wel op of deze aanpak in overeenstemming is met het Europees recht, met name met de moeder/dochterrichtlijn. Er zal immers in bepaalde situaties met betrekking tot EU-beleggingsdochters geen vrijstelling worden verleend. De moeder/dochterrichtlijn verplicht daar in beginsel wel toe. De richtlijn vormt echter "geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken". De aanpak om pro rata geen vrijstelling te verlenen voor middellijke beleggingsdochters lijkt hiermee mogelijk te zijn, en lijkt ook proportioneel. Met betrekking tot het doorkijken in EU-situaties naar kleindochtersituaties wordt er overigens wel op gewezen dat de richtlijn uitsluitend ziet op direct gehouden belangen, derhalve op de band tussen een moeder- en een dochtermaatschappij. De vraag kan worden gesteld of dit betekent dat de lidstaat van de moedermaatschappij geen inbreuk zou mogen maken op een door de lidstaat van de dochtermaatschappij verleende vrijstelling voor inkomsten van een passieve (klein)dochter-maatschappij (of vrijgestelde vaste inrichtingswinst). Dit gaat ervan uit dat de band tussen de dochter- en kleindochtermaatschappij enkel wordt beheerst door de wetgeving van de lidstaat van de dochtermaatschappij (dit is als zodanig verwoord in de nota naar aanleiding van het eindverslag bij wetsvoorstel 22 334 met betrekking tot de implementatie van de moeder-/dochterrichtlijn). Voorts is van belang dat er bij een beperkte reparatie geen wijziging wordt aangebracht op het punt van de behandeling van EU-beleggingsdochters waarin een belang wordt gehouden van 5 – 25%. Voor deze groep wordt geen vrijstelling verleend. Er blijft een mogelijke verboden discriminatie in vergelijking met Nederlandse beleggingsdochters; deze situatie bestaat overigens reeds vanaf de implementatie in 1992 van de moeder/dochter-richtlijn).

Bijlage 2: Hybride instrumenten

1. Toelichting van het probleem

De aanleiding om de aftrekbaarheid van de vergoeding op hybride financieringsvormen onder de loep te nemen is de volgende.

De vergoeding op vreemd vermogen (rente) is aftrekbaar. Voor de vergoeding op eigen vermogen (dividend) geldt dit niet. Vanuit fiscaal oogpunt is het daarom voor een vennootschap aantrekkelijk zoveel mogelijk vreemd vermogen aan te trekken. Vanuit commercieel oogpunt wordt de mogelijkheid om vreemd vermogen aan te trekken beperkt, doordat tegenover het vreemd vermogen voldoende eigen vermogen moet staan, of met andere woorden de EV/VV-ratio "gezond" moet zijn.

Er bestaan in de praktijk ook mengvormen van eigen en vreemd vermogen. Vermogensvormen die formeel het karakter hebben van een lening maar ook materiële trekken van eigen vermogen hebben (hybride leningen). De fiscale jurisprudentie biedt vrijwel geen ruimte om een vermogensverstrekking die formeel het karakter heeft van vreemd vermogen, maar materieel zeer sterk lijkt op eigen vermogen, fiscaal als eigen vermogen te duiden. Zo heeft de Hoge Raad met betrekking tot zogenoemde deelnemerschapsleningen geoordeeld dat zo'n lening slechts als eigen vermogen kan worden aangemerkt indien deze geen vaste looptijd heeft, de vergoeding winstafhankelijk is en de lening volledig achtergesteld is. Aan deze criteria wordt ook nog een zeer formele invulling gegeven. Dit maakt het voor vennootschappen mogelijk is om ter wille van de aftrekbaarheid deze instrumenten op te zoeken of om nieuwe producten op dit grensvlak te ontwikkelen.

Het feit dat onder de jurisprudentie het gebruik van hybride financieringsvormen mogelijk is, wordt door Financiën als problematisch ervaren. Dit probleem is nog versterkt door de introductie van het forfaitair rendement. Voorheen hadden particuliere beleggers er fiscaal belang bij om te kiezen voor de verstrekking van eigen vermogen (in verband met de daarmee te realiseren onbelaste vermogenswinsten). Dit is niet langer het geval. Dit zou bij ondernemingen de tendens tot de uitgifte van hybride instrumenten aan het beleggend publiek kunnen versterken.

In het voorstel van Veegwet IB 2001 was daarom voorgesteld om in de Vpb geen aftrek van de vergoeding toe te laten met betrekking tot hybride financieringsinstrumenten waarbij was voldaan aan twee uit drie criteria. De drie criteria waren een looptijd van meer dan 30 jaar, winstafhankelijkheid (waaronder begrepen achterstelling of de mogelijkheid van opschorting) van de vergoeding en achtergesteldheid van de hoofdsom. Mede door de concrete invulling die in de wettekst aan de verschillende criteria was gegeven, bleek het voorstel echter onbedoeld meer hybride instrumenten te bestrijken dan was voorzien. Daarom is het uit het wetsvoorstel Veegwet IB 2001 gehaald.

Een ander probleem dat zich ten aanzien van hybride financieringsvormen kan voordoen, zijn

kwalificatieverschillen tussen verschillende landen. Als een lening van een buitenlandse vennootschap aan een Nederlandse vennootschap door de Nederlandse fiscus wordt aangemerkt als vreemd vermogen en door de fiscus in het andere land als eigen vermogen, kan zich een zogenoemde “dubbel dip” voordoen (aftrek van de verschuldigde vergoeding in Nederland, deelnemingsvrijstelling voor de ontvangen vergoeding in het andere land). Ook de spiegelbeeldige situatie is mogelijk. De vraag is of het mogelijk is bestaande kwalificatieverschillen te verkleinen dan wel de dubbel dip te voorkomen.

In het vervolg van dit memo wordt ingaan op de vraag hoe zo goed mogelijk een oplossing kan worden gevonden voor de genoemde twee problemen.

2. Nadere invulling van het fiscale begrip eigen vermogen

2.1 De criteria van de Hoge Raad

De Hoge Raad komt alleen tot herkwalificatie van een lening tot eigen vermogen, indien op 3 elementen het karakter van eigen vermogen overheerst. Deze 3 elementen zijn 1) een winstafhankelijke vergoeding, 2) een eeuwigdurende looptijd (perpetualiteit) en 3) achtergesteldheid.

De Hoge Raad heeft daarbij onder andere geoordeeld dat indien een vaste looptijd is afgesproken, ook al is deze zeer lang, nimmer sprake kan zijn van eigen vermogen (HR BNB 98/208). Voorts heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een rentevergoeding waarvan de uitbetaling kan worden opgeschort als er geen dividend wordt uitgekeerd niet als een winstafhankelijke vergoeding kan worden geduid (HR BNB 99/176).

De Hoge Raad hanteert dus een “drie-uit-drie” test, waarbij de invulling van de drie criteria deels kan worden afgeleid uit de genoemde arresten. Het lijkt zo te zijn dat men alleen al door het afspreken van een looptijd de drie-uit-drie test kan frustreren. Aan het element perpetualiteit wordt formeel dan immers niet voldaan. De vraag is of een nadere wettelijke invulling van de door de Hoge Raad gehanteerde criteria mogelijk is om te voorkomen dat louter fiscaal gedreven producten worden benut of ontwikkeld op het grensvlak van eigen en vreemd vermogen.

2.2. Randvoorwaarden bij nadere invulling

Randvoorwaarden bij een nadere invulling zijn dat niet-fiscaal-geïndiceerde bancaire producten of transacties zoveel mogelijk ongemoeid worden gelaten en dat Nederland internationaal niet uit de pas gaat lopen.

Hybride leningen vervullen om meerdere redenen een belangrijke functie op de kapitaalmarkten. Allereerst kunnen hybride leningen een belangrijke rol spelen in het kader van de voorschriften met betrekking tot het toetsingsvermogen die DNB oplegt in verband met het bedrijfseconomisch toezicht op

kredietinstellingen. De hierbij te hanteren normen zijn in het Bazelakkoord wereldwijd geharmoniseerd, hetgeen zorgt voor een internationaal level-playing-field in de bancaire sector.

Voorkomen moet worden dat Nederlandse banken, ten opzichte van buitenlandse concurrenten, worden getroffen door kostenstijgingen in de vorm van het niet meer aftrekbaar zijn van rente die betaald wordt op leningen die meetellen voor het toetsingsvermogen

Verder spelen hybride leningen eveneens een belangrijke rol in de de laatste jaren sterk groeiende markt van securitisatietransacties. Hybride financieringsinstrumenten vormen daarbij een noodzakelijk instrument om marktwerking ten aanzien van risicospreiding mogelijk te maken. Tevens geeft securitisatie vanuit het toezichtsperspectief veelal een besparing op het aangewende toetsingsvermogen van de vennootschap die aldus activa buiten haar balans brengt.

Uit de informatie die van het IBDB is verkregen (zie bijlage), kan de voorlopige conclusie worden getrokken dat in een aantal landen de verplichting tot terugbetaling van de hoofdsom op een vast tijdstip een belangrijk kenmerk is van een lening. Dit vaste tijdstip zal daarbij doorgaans niet verder in de toekomst liggen dan 30 à 50 jaar. In een aantal landen is het civielrechtelijk niet mogelijk een lening af te sluiten zonder vaste aflossingsdatum (VS, Zwitserland, Frankrijk). In een aantal landen volgt de fiscale kwalificatie van een vermogensverstrekking in principe de commerciële, maar kan het karakter van een lening wel worden bestreden op grond van algemene rechts- of antisubsidiëbeginselen.

Een aantal andere landen kent een meer economische benadering waarbij meestal de combinatie van een aantal factoren (looptijd, winstafhankelijkheid, achterstelling, EV/VV-ratio) bepalend is voor de vraag of een vermogensverstrekking als eigen vermogen moet worden behandeld. Naast de looptijd lijkt daarbij vooral het verband tussen de berekening van de vergoeding en de hoofdsom (dat wil zeggen niet teveel winstafhankelijkheid van de vergoeding) een rol te spelen.

Uit het voorgaande kan voorlopig worden geconcludeerd, dat er binnen het internationale kader enige ruimte lijkt te zijn om op twee punten te komen tot een nadere invulling van twee van de drie door de Hoge Raad gehanteerde criteria. Het gaat daarbij om het karakter van de vergoeding en om de looptijd van de kapitaalverstrekking.

2.3. Nadere invulling

Voor een nadere invulling lijkt een aanpak waarbij binnen de drie criteria de mate van winstafhankelijkheid het zwaarste gewicht krijgt, perspectief te bieden. In de mate van winstafhankelijkheid komt immers tot uiting in hoeverre de geldgever, kan delen in het opwaartse en/of neerwaartse risico van de onderneming, hetgeen het belangrijkste aspect is van de verschaffing van eigen vermogen. Naarmate de winstafhankelijkheid minder is, spelen de factoren looptijd en achtergesteldheid een belangrijker rol.

De looptijd speelt dus alleen een rol in combinatie met de winstafhankelijkheid en zal op zichzelf niet leiden tot een her kwalificatie.

Zodoende komen we tot het volgende aflopende schema:

1. De hoogte van de vergoeding op de lening is volledig afhankelijk van het resultaat (de winst) of van de winstuitdeling van de onderneming. De geldgever deelt dus met zijn vergoeding volledig in het opwaartse en neerwaartse risico van de onderneming. In dit geval is sprake van eigen vermogen, mits de looptijd langer is dan bijvoorbeeld 7 a 10 jaar. Als er sprake is van een relatief lage vaste rente en een opslag die afhankelijk is van de winst of van de winstuitdeling, zou dit ook aanleiding kunnen zijn voor herkwalificatie van het instrument, namelijk als de vaste vergoeding minder bedraagt dan bijvoorbeeld de helft van de marktrente voor een lening met een vergelijkbare looptijd en een vergelijkbaar debiteurenrisico.
2. De vergoeding bedraagt een vast percentage van de hoofdsom, maar de verschuldigdheid ervan is afhankelijk van het resultaat of het dividend van de geldnemer. De geldgever deelt dan - meer dan bij een "gewoon" kredietrisico - in het downside risico van de onderneming. In dat geval is sprake van eigen vermogen, indien ook andere kenmerken van eigen vermogen aanwezig zijn, te weten een zeer lange looptijd (meer dan bijvoorbeeld 30 a 50 jaar) en achtergesteldheid van de hoofdsom. Perpetualiteit lijkt hier een te zwak criterium voor de looptijd, omdat dit wel zeer makkelijk valt te vervangen door een heel lange vaste looptijd. De looptijd van een lening zou in dit verband wel materieel beoordeeld moeten worden. Indien een lening formeel perpetueel is, maar het is zeer waarschijnlijk dat de geldnemer na 10 jaar zal aflossen, omdat na 10 jaar een substantiële step-up in ingebouwd in de rente, kan dit een aanwijzing zijn voor het feit dat geen sprake is van perpetualiteit.
3. De vergoeding bedraagt een vast percentage van de hoofdsom, maar de betaling ervan kan afhankelijk van resultaat of dividend worden opgeschort, maar dient te worden betaald zodra het er weer winst wordt gemaakt of dividend wordt uitgekeerd door de geldnemer (de vergoeding is met andere woorden cumulatief). Hier is in principe sprake van vreemd vermogen.

Indien een instrument wordt geherkwalificeerd als eigen vermogen, betekent dit in beginsel dat dit zowel geldt voor de hoofdsom als de vergoeding. Zowel in de vennootschapsbelasting als in de dividendbelasting worden daar dan consequenties aan verbonden.

Bij een dergelijke aanpak worden, voorzover thans kan worden overzien, reële financiële producten niet getroffen (*Financiën en het bedrijfsleven bezien ieder nog nader of dit werkelijk het geval is*). Wel lijkt ermee te kunnen worden voorkomen dat men meer dan nu het geval is, producten gaat ontwikkelen op het grensvlak van eigen en vreemd vermogen. De maatregel heeft dus met name een preventief effect en zal geen budgettaire opbrengst genereren.

Een ander belangrijk winstpunt is dat voor de praktijk duidelijkheid wordt geschapen.

3. Kwalificatieverschillen

In de praktijk wordt de Belastingdienst regelmatig geconfronteerd met casusposities waarin door belastingplichtigen welbewust wordt ingespeeld op kwalificatieverschillen tussen landen om een belastingvoordeel te behalen.

De figuren die tot nu toe onder de aandacht zijn gekomen, betreffen constructies waarbij in Nederland aanspraak wordt gemaakt op toepassing van de deelnemingsvrijstelling en in het andere land (vaak Luxemburg) recht bestaat op renteaftrek. Om dit probleem enigszins te mitigeren is in de uitvoeringssfeer een besluit uitgebracht dat geen zekerheid vooraf wordt verstrekt "ten aanzien van financieringsstructuren die als gemeenschappelijk kenmerk hebben dat gebruikt gemaakt wordt van kwalificatieverschillen in internationale verhoudingen, waarbij tevens aannemelijk is dat de belastingbesparing de enige dan wel de doorslaggevende beweegreden voor de gekozen vorm is." Dit besluit is mede ingegeven door de reeds genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad. De verwachting is dat enkele gevallen op korte termijn aan de belastingrechter zullen worden voorgelegd. De vraag is of het mogelijk is bestaande kwalificatieverschillen te verkleinen, dan wel de dubbel dip te voorkomen, zodat in voorkomende gevallen zekerheid vooraf kan worden gegeven over toepassing van het recht.

Hoewel de problematiek zich ook in omgekeerde richting zou kunnen voordoen, concentreert de problematiek zich momenteel op de toepassing van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Dit betekent dat het vermogensverstrekkingen betreft die formeel het karakter hebben van een lening, maar in Nederland op grond van de huidige jurisprudentie (althans dat is het standpunt van belanghebbenden) kwalificeren als eigen vermogen. Men zorgt er dus voor dat wordt voldaan aan de drie-uit-drie test. Het is duidelijk dat deze problematiek niet opgelost kan worden met de in paragraaf 2 beschreven oplossing. Integendeel, die oplossing zal de mogelijkheden voor belanghebbenden juist verruimen. Om dit onbedoelde gebruik van de deelnemingsvrijstelling te bestrijden, lijkt daarom een specifieke anti-misbruikmaatregel nodig in de deelnemingsvrijstelling. Een dergelijke maatregel was overigens al voorzien in de het voorstel van Veegwet IB 2001. Hij bevat twee elementen:

- De deelnemingsvrijstelling kan op een vermogensverstrekking die juridisch het karakter heeft van een lening, alleen van toepassing zijn indien de verstrekker van de lening reeds een deelneming heeft. De vermogensverstrekking wordt dan meegesleept. (Deze benadering geldt nu ook al voor winstbewijzen).
- Indien een lening vervolgens in beginsel kwalificeert voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling, kan de toepassing daarvan toch geweigerd worden, indien de belastingplichtige niet aannemelijk kan maken dat in het land van de geldnemer de vergoeding niet als rente wordt behandeld.

Het lijkt goed verdedigbaar de toepassing deelnemingsvrijstelling te beperken tot gevallen waarin reeds een deelneming aanwezig is. Indien men vermogen verstrekt aan een lichaam, met het oogmerk in dat lichaam te gaan deelnemen, heeft men immers altijd de keuze dit te gaan doen in de vorm van aandelenkapitaal. Dit is hiervoor dan toch nog meer een geëigend middel. Bovendien zou het meetellen

van leningen voor de 5%-toets leiden tot uitvoeringstechnische problemen. De uitgifte van een hybride lening zou dan leiden tot verwatering van het belang van een “echte” aandeelhouder.

(dit memo zal later nog worden samengevoegd met het memo van 8 februari jl.)

4. Oplossingsrichtingen

4.1 Recente jurisprudentie

Uit de jurisprudentie blijkt dat de huidige wettekst niet de mogelijkheid biedt om dividendstripping aan te pakken, ook als uit de feiten duidelijk is dat sprake is van dividendstripping. Zo heeft de Hoge Raad in 1994 in een geval van treaty shopping geoordeeld dat de bezitter van de dividendbewijzen moet worden beschouwd als de uiteindelijk gerechtigde tot de opbrengst van de aandelen, ook als de dividendbewijzen kort voor het moment van dividenddeclaratie zijn verworven. 21 Februari jl. heeft de Hoge Raad arrest gewezen in een drietal zaken waarbij sprake is van holland-routing. In deze arresten is geconcludeerd dat de bereidheid van belanghebbende (binnenlands belastingplichtige) om mee te werken aan een constructie die gericht is op verijdeling door derden (buitenlandse partij) van dividendbelasting als eindheffing, geen grond is om aan te nemen dat voor belanghebbende niet het behaalde transactieresultaat maar de verijdeling van dividendbelasting de doorslaggevende beweegreden is geweest. Kortom, het beroep van de fiscus op *fraus legis* is afgewezen en belanghebbenden kunnen de ingehouden dividendbelasting verrekenen met hun aanslag vennootschapsbelasting.

4.2 Kenbaarheid van de transacties

De werkgroep is nagegaan of de verschillende vormen van dividendstripping eenvoudig zijn te onderkennen in de boekhouding van commissionairs, hoeklieden, marketmakers en anderen die betrokken zijn bij de effectenhandel. Dit is van belang om te kunnen beoordelen of oplossingsrichtingen die aanhaken bij concreet omschreven vormen van dividendstripping, praktisch uitvoerbaar zijn.

De werkgroep is tot de conclusie gekomen dat gezien de veelheid aan transacties en het aantal marktpartijen/tussenpersonen dat daarbij betrokken is, dividendstripping niet eenvoudig uit de boekhouding van de marktpartijen is te destilleren. De transacties die tot dividendstripping leiden zijn althans wat hun vormgeving betreft, niet te onderscheiden van transacties die dat gevolg niet oproepen.

Een maatregel tegen dividendstripping die aanhaakt bij een limitatieve opsomming van transactievormen lijkt daarom geen begaanbare weg voor het zoeken naar een alternatief voor de bij de belastingherziening 2001 voorgestelde maatregelen.

4.3 Mogelijk alternatief

Rekening houdend met de inmiddels gewezen arresten op het terrein van de dividendstripping is door de werkgroep bezien op welke wijze een maatregel kan worden getroffen die de fiscus bij bestrijding meer kans van slagen geeft. Dit is in eerste instantie gedaan door het motief tot belastingverijdeling te objectiveren: er is sprake van belastingverijdeling indien het dividend ten goede is gekomen aan een persoon die niet in dezelfde mate gerechtigd is tot vermindering, teruggaaf of verrekening van dividendbelasting als degene die feitelijk het dividend heeft ontvangen en een beroep doet op vermindering, teruggaaf of verrekening. Zonder nadere regeling zou de maatregel zich echter niet beperken tot transacties waarbij dividendstripping optreedt. Daarom is deze verder toegespitst op personen die hun oorspronkelijk belang bij de aandelen hebben behouden of na dividenddatum hebben verworven.

Om zoveel mogelijk te voorkomen dat normale beurstransacties hinder zouden ondervinden van de maatregel – met het risico dat de koersen onder druk komen te staan – is de bewijslast bij de fiscus gelegd; deze zal dus aannemelijk moeten maken dat sprake is van 'besmette' transacties. De bewijsvoering zal lastiger zijn naarmate tussen de transacties en de dividenddatum een langere periode ligt zoals bij lendingtransacties met een contractsduur van bijv. 3 of meer maanden. Met de maatregel wordt dan ook beoogd om slechts evidente gevallen van dividendstripping te bestrijden. Hiermee wordt tegemoetgekomen aan de kritiek van het bedrijfsleven op de maatregelen tegen dividendstripping zoals die bij de belastingherziening 2001 zijn voorgesteld. Die kritiek zag op de grote mate van overkill die van de maatregelen uitging: in feite werden alle transacties die binnen een bepaalde periode voor dividenddatum werden gesloten als besmet verklaard behoudens – in de praktijk moeilijk te leveren – tegenbewijs.

Tekstvoorstel artikel 1, eerste lid, Wet Div.Bel. 1965

Concept wettekst voor het eerste lid van artikel 1 van de Wet op de dividendbelasting 1965:

1. Onder de naam "dividendbelasting" wordt een directe belasting geheven van degenen, die uiteindelijk - rechtstreeks of door middel van certificaten - gerechtigd zijn tot de opbrengst van aandelen in, en winstbewijzen en winstdelende obligaties van in Nederland gevestigde naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, open commanditaire vennootschappen en andere vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.

Voor een vermindering of teruggaaf van dividendbelasting wordt niet als uiteindelijk gerechtigde beschouwd degene die een tegenprestatie heeft verricht waarbij aannemelijk is dat:

a. de opbrengst direct of indirect ten goede is gekomen aan een natuurlijk persoon of rechtspersoon die niet in dezelfde mate gerechtigd is tot vermindering of teruggaaf van dividendbelasting als degene die de tegenprestatie heeft verricht; en

b. deze natuurlijk persoon of rechtspersoon een positie in aandelen, winstbewijzen of winstdelende obligaties behoudt of verkrijgt die overeenkomt met zijn positie in soortgelijke aandelen, winstbewijzen of winstdelende obligaties voorafgaand aan het moment waarop de opbrengst direct of indirect aan hem ten goede is gekomen.

Om de maatregel ook onder de belastingverdragen te kunnen toepassen ingeval van treaty shopping, wordt aangehaakt bij het begrip uiteindelijk gerechtigde (beneficial owner): dit begrip is niet gedefinieerd in de verdragen en kan daarom nationaal worden ingevuld. De uiteindelijk gerechtigde tot de opbrengst van aandelen, winstbewijzen en winstdelende obligaties, kan normaalgesproken een beroep doen op teruggaaf of verrekening van dividendbelasting. In de tekst is voorts aangegeven wanneer men in ieder geval niet als uiteindelijk gerechtigde wordt aangemerkt, te weten als voldaan is aan de vereisten in de onderdelen a en b. Het betreft hier een tweetal cumulatieve vereisten: dus slechts als voldaan is aan zowel a en b wordt men niet als uiteindelijk gerechtigde aangemerkt.

Om te voorkomen dat de maatregel niet zou kunnen worden toegepast ingeval de aandelen door een buitenlandse partij eerst worden overgedragen aan een stroman alvorens ze door te leveren aan een binnenlandse partij die een beroep doet op verrekening, is in onderdeel a aangegeven dat de opbrengst *direct of indirect* ten goede is gekomen. Daarmee kunnen eventueel tussenliggende schakels worden genegeerd bij toepassing van de regeling. Uiteraard geldt ook hier dat de bewijsvoering voor de fiscus lastiger wordt naarmate meer schakels tussengeschoven zijn. Aan de andere kant zullen de kosten van de transactie daarmee toenemen en voor belanghebbende onvoordeliger worden.

Een vergelijkbare tekst dient te worden opgenomen in artikel 9.2 Wet IB 2001 en in artikel 25 Wet Vpb 1969 waarin de dividendbelasting is aangewezen als een voorheffing op respectievelijk de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting. Ook in het Besluit voorkoming dubbele belasting zal een vergelijkbare bepaling worden opgenomen.

Bijlage 4: Niet-afrekbare kosten buitenlandse deelneming

1. Inleiding

Een onderdeel van de Nederlandse regeling van de deelnemingsvrijstelling is dat kosten die verband houden met buitenlandse deelnemingen voor de Nederlandse moederverenootschap niet aftrekbaar zijn. Het gaat daarbij vooral om financieringskosten, maar managementkosten vallen bijvoorbeeld ook onder deze uitsluiting. De principiële gedachte achter die uitsluiting is dat er geen reden is om kosten die worden gemaakt ten behoeve van opbrengsten die in Nederland vrijgesteld zijn van belastingheffing, in aftrek toe te laten. Daarnaast speelt de vrees voor winstdrainage zoals blijkt uit de volgende passage uit de parlementaire behandeling van de Wet Vpb. 1969: 'Zonder art. 13, vierde lid, [thans het eerste lid] zou de deelnemingsvrijstelling duidelijk een te ruime faciliteit bieden. Buitenlandse concerns zouden bijvoorbeeld nieuwe NV's in het buitenland kunnen laten oprichten door een Nederlandse dochter (productiemaatschappij), die het kapitaal voor de oprichting te leen krijgt van de buitenlandse moeder. De rente komt dan ten laste van de Nederlandse (productie)winst, terwijl de dividenden vrij doorstromen naar de buitenlandse moeder.'

2. Probleemstelling

Er is een drietal vraagstukken gesignaleerd met betrekking tot de regeling van de niet-afrekbare kosten van buitenlandse deelnemingen:

- Er loopt een aantal procedures over de vraag of het feit dat de aftrekbeperking alleen geldt met betrekking tot buitenlandse deelnemingen en niet met betrekking tot binnenlandse deelnemingen, wel verenigbaar is met het in het EG-verdrag neergelegde recht op vrije vestiging. Tot nu toe zijn alle uitspraken in het voordeel van de fiscus. Inmiddels ligt er een zaak voor de Hoge Raad waarin de Advocaat-Generaal een conclusie heeft uitgebracht, eveneens in het voordeel van de fiscus. Niettemin adviseert hij de Hoge Raad 'prejudiciële vragen' te stellen aan het Hof van Justitie van de EG teneinde volstrekte duidelijkheid te krijgen over de juiste toepassing van het EG-verdrag. Inmiddels heeft de Hoge Raad dit advies gevolgd waardoor een aantal jaren onzekerheid zal bestaan over de vraag of artikel 13, eerste lid, in overeenstemming is met Europees recht. Bij een eventuele negatieve beslissing zal Nederland de kosten die verband houden met buitenlandse deelnemingen in aftrek moeten toelaten. De vraag is of dit aanzienlijke budgettaire gevolgen zou hebben en of die zouden kunnen worden beperkt of vermeden met een aanpassing van de huidige regeling.
- Door het bedrijfsleven wordt de aftrekbeperking in sommige gevallen als knelpunt ervaren. Een probleem ontstaat als men over onvoldoende eigen vermogen beschikt voor de financiering van een buitenlandse acquisitie en daardoor geconfronteerd dreigt te worden met niet-afrekbare financieringskosten. Dit probleem zal zich in het algemeen sterker voordoen naarmate de acquisitie omvangrijker is ten opzichte van het in Nederland gevestigde deel van het concern. Daarnaast kan

het zich als incidenteel probleem voordoen (ten tijde van de acquisitie is er onvoldoende ingehouden winst, of zijn de omstandigheden niet geschikt voor een aandelenemissie). Zou het gaan om een structureel probleem dat de expansie van het Nederlandse bedrijfsleven in ernstige mate belemmert, dan lijkt het wenselijk te bezien welke aanpassingen van de huidige regeling daarin verbetering zouden kunnen brengen.

Overigens is het beeld op dit punt wisselend. Niet alle bedrijven ervaren de huidige regeling als belemmerend.

- Voorts zijn van de zijde van het bedrijfsleven enkele toepassingsvragen aangedragen. Deze betreffen in de eerste plaats de wijze waarop wordt vastgesteld of en in welke mate een buitenlandse deelneming is gefinancierd met eigen vermogen (de zogenaamde ruimteregeling). Voorts betreffen zij de behandeling van hoofdkantoorkosten.

3. Alternatieven

In deze paragraaf wordt een tweetal alternatieven voor de bestaande regeling onderzocht:

- volledige afschaffing van de beperking van de kostenaftek;
- afschaffing van de beperking gecombineerd met een aanvullende maatregel.

De budgettaire gevolgen van het eerstgenoemde alternatief zijn vergelijkbaar met die van een eventuele voor de fiscus nadelige beslissing van het Europese Hof van Justitie.

3.1 Onbeperkte kostenaftek

Afschaffing van de niet-afteikbaarheid brengt moeilijk te kwantificeren budgettaire risico's met zich mee. In de eerste plaats gaat het daarbij om het verloren gaan van de huidige opbrengst. Uit de bijlage (*nog te maken*) blijkt dat het hierbij gaat om een belastingbedrag van gemiddeld xx mln. per jaar.

In de tweede plaats gaat het ook om mogelijke verschuiving van rentelasten uit het buitenland naar Nederland, bekend als het risico van de aanzuigende werking. Buitenlandse concerns zouden nieuwe deelnemingen in andere landen kunnen laten oprichten door een Nederlandse productiemaatschappij die het kapitaal voor de oprichting te leen krijgt van de buitenlandse moeder. De rente komt dan ten laste van de Nederlandse (productie)winst, terwijl de dividenden vrij doorstromen naar de buitenlandse moeder. De budgettaire gevolgen van dergelijke gedragseffecten laten zich zeer moeilijk becijferen. Verder zullen zij vermoedelijk pas na een aantal jaren hun volle omvang bereiken. Hoe het ook zij, het invoeren van een onbeperkte kostenaftek voor buitenlandse deelnemingen zou een wezenlijke grondslagversmalling betekenen.

In 1996 concludeerde Werkgroep II van de Werkgroep Fiscale Infrastructuur, samengesteld uit vertegenwoordigers van de overheid en het bedrijfsleven, nog het volgende: 'Toch meent de werkgroep dat het verlaten van de zogenoemde netto vrijstelling ten aanzien van buitenlandse deelnemingen, in elk geval op dit moment een brug te ver zou zijn. De belangrijkste reden hiervoor is dat de budgettaire

consequenties van een dergelijke maatregel onduidelijk zijn, waarbij een forse budgettaire derving niet kan worden uitgesloten. Uit het feit dat de huidige regeling niet op grote schaal daadwerkelijk tot niet-afrekbare financieringskosten leidt, kan niet zonder meer worden afgeleid dat het budgettaire belang gering is.'

Er zijn geen duidelijke redenen om thans tot een ander oordeel te komen.

Daar komt bij dat binnen de OESO wordt gesproken over de kaders waarbinnen houdsterregimes niet leiden tot schadelijke belastingconcurrentie. In deze weliswaar nog lopende discussie wordt door de OESO een relatie gelegd tussen het hanteren van de deelnemingsvrijstelling en de aftrekbaarheid van de met het houden van deelnemingen samenhangende kosten (waaronder financieringskosten); dit in de zin dat aftrekbaarheid van zulke kosten een indicatie is voor schadelijke belastingconcurrentie. De bestaande Nederlandse houdsterrulings zijn op de voorlopige lijst van de OESO als mogelijk schadelijk aangemerkt. Beoordeeld moet worden of een versoepeling van de deelnemingsvrijstelling op een punt dat in de nog lopende OESO discussie als kritiek punt is aangemerkt, wenselijk is. Van de andere kant wordt hier door het bedrijfsleven tegen aangevoerd dat dit zou (kunnen) betekenen dat reëel gemaakte kosten nergens in aftrek komen. Door het land waar de deelneming is gevestigd zullen deze kosten veelal niet als aftrekbare kosten van die deelnemingen worden geaccepteerd. Dit zal toch ook niet de bedoeling van de OESO (mogen) zijn.

Indien de kostenaftekbepanking zoals we die thans kennen ongemoeid zou worden gelaten, bestaat aan de andere kant het risico dat het Europese Hof komt tot een voor Nederland negatieve beslissing over de aftrekbepanking, hetgeen op dat moment materieel alsnog zou leiden tot een afschaffing van de bepaling. De budgettaire consequenties die hiervoor zijn geschetst treden dan alsnog op.

Verder zou, zoals in paragraaf 2 is aangegeven, het afschaffen van de niet-aftrekbaarheid voor het bedrijfsleven in sommige gevallen een knelpunt wegnemen voor de acquisitie van buitenlandse deelnemingen. Daarnaast zou het voor de Belastingdienst en voor het bedrijfsleven een vereenvoudiging betekenen, doordat de lastige vraag welke kosten moeten worden toegerekend aan een buitenlandse deelneming, niet langer beantwoord zou behoeven te worden.

Deze overwegingen maken het zinvol om te bezien of er reële mogelijkheden zijn om een afschaffing van de aftrekbepanking te combineren met aanvullende maatregelen om de budgettaire risico's weg te nemen of de gevolgen daarvan te compenseren. Wel dient hierbij rekening te worden gehouden met de gevoeligheid van dit onderwerp in het kader van de discussie binnen de OESO over schadelijke belastingconcurrentie.

3.2 Kostenaftek in combinatie met een forfaitaire beperking van de vrijstelling

Een alternatief voor de kostenaftekbepanking zou kunnen zijn het hanteren van een gedeeltelijke vrijstelling. De daadwerkelijk gemaakte kosten zijn dan gewoon aftrekbaar.

Met een dergelijke benadering wordt ook in een aantal andere landen gewerkt. In de bijlage is ter

illustratie een beschrijving opgenomen van het Belgische en het Franse systeem.

In plaats van het verbod op aftrek van de daadwerkelijke kosten die betrekking hebben op een buitenlandse deelneming zou dan voortaan een forfaitair gedeelte van de deelnemingsvoordelen niet worden vrijgesteld (bijvoorbeeld 5%).

De achterliggende gedachte van een nettovrijstelling (vrijstelling voor het saldo van voordelen en kosten) wordt in een dergelijk systeem overeind gehouden, doch om praktische redenen worden de kosten die niet in aftrek komen forfaitair gesteld op een bepaald percentage van de deelnemingsvoordelen.

Daardoor kan ook geen geschil meer ontstaan over de aard en omvang van de kosten.

Een forfaitaire regeling zou op verschillende manieren vorm kunnen worden gegeven. De gedeeltelijke vrijstelling zou betrekking kunnen hebben op alleen de buitenlandse dividenden, op binnenlandse en buitenlandse dividenden of op zowel dividenden als vermogenswinsten.

De beperking van de gedeeltelijke vrijstelling tot buitenlandse dividenden lijkt geen oplossing te bieden. Er wordt dan wederom onderscheid gemaakt naar binnenlandse en buitenlandse deelnemingen, zodat hieraan dezelfde Europeesrechtelijke risico's/bezwaren kleven als aan de huidige regeling.

Bij Financiën bestaat er een duidelijke voorkeur voor een benadering waarbij de gedeeltelijke vrijstelling niet alleen betrekking heeft op dividenden maar ook op vermogenswinsten. Dit past het beste binnen de systematiek van onze deelnemingsvrijstelling, die ook zowel ziet op dividenden als op vermogenswinsten. Een beperking tot alleen dividenden zou ontgaansgedrag in de hand kunnen werken. Om de gedeeltelijke vrijstelling te omzeilen zou men dividend kunnen transformeren tot vermogenswinst, door af te zien van dividenduitkeringen.

Indien deze weg op enig moment zou worden ingeslagen, bestaat er bij het bedrijfsleven echter een duidelijke voorkeur voor een variant waarbij de vermogenswinsten geheel vrijgesteld blijven. Een variant waarbij de gedeeltelijke vrijstelling mede omvat de vermogenswinsten, zou volgens de deskundigen van het bedrijfsleven over de gehele linie een verzwaring betekenen ten opzichte van de huidige regeling, zodat men in die afweging een voorkeur zou hebben voor handhaving van de huidige regeling.

Een andere vraag die speelt bij de vormgeving van een dergelijke regeling, is welke deelnemingskosten het forfait geacht wordt te omvatten. Het gaat daarbij om twee categorieën: financieringskosten en managementkosten/aandeelhouderskosten. De Moeder-dochterrichtlijn van de EU staat een beperking van de vrijstelling met ten hoogste 5% toe in verband met managementkosten. Als in Nederland de vrijstelling zou worden beperkt tot 95%, en daartegenover alle deelnemingskosten (financieringskosten en aandeelhouderskosten) in aftrek zouden worden toegelaten, zou dit dus passen binnen het kader van deze Richtlijn.

Een forfait dat zowel de financierings- als managementkosten omvat, waartegenover zowel de daadwerkelijke financierings- als de aandeelhouderskosten aftrekbaar zijn, lijkt vanuit uitvoeringstechnisch oogpunt de voorkeur te genieten. Met name de aftrek van aandeelhouderskosten levert in de praktijk de nodige uitvoeringsproblemen op.

Het antwoord op de vraag welke kosten het forfait geacht wordt te omvatten, heeft uiteraard ook invloed op de hoogte van het te hanteren percentage.

Van belang is te onderkennen dat een systeem met een gedeeltelijke vrijstelling een generieke regeling is die alle belastingplichtigen in gelijke mate treft en dus geen onderscheid meer maakt naar belastingplichtigen met of zonder buitenlandse deelnemingen en naar de wijze waarop de deelneming daadwerkelijk is gefinancierd.

Voor internationaal georiënteerde bedrijven die hun deelnemingen met vreemd vermogen (willen) financieren kan de regeling voordeliger zijn dan de huidige aftrekbeperking van artikel 13, lid 1. Bedrijven die hun buitenlandse deelnemingen nu met eigen vermogen financieren, zullen er op achteruit gaan. Voor belastingplichtigen met uitsluitend Nederlandse deelnemingen kan de 95%-vrijstelling uiteraard ook ongunstiger uitpakken. Daarbij moet wel worden aangetekend dat in binnenlandse verhoudingen waarbij sprake is van 100%-deelnemingen, een fiscale eenheid kan worden gevormd. Binnen fiscale eenheid worden de deelnemingsvoordelen weggeconsolideerd, zodat men in die gevallen geen nadeel ondervindt van een 95%-vrijstelling in plaats van een 100%-vrijstelling. Voor nieuwe deelnemingen werkt de compenserende maatregel overigens pas met enige vertraging, namelijk naarmate voordelen uit de deelneming worden genoten.

Over het budgettaire effect van een dergelijke maatregel kan het volgende worden opgemerkt. Tegenover het schrappen van de aftrekbeperking, die zoals hiervoor in paragraaf 3.1 is aangegeven xx mln. zou kosten, staat een extra belastingopbrengst over 5% van alle deelnemingsvoordelen, die op jaarbasis genoten worden, behoudens de deelnemingsvoordelen binnen een fiscale eenheid. Het totaal van die deelnemingsvoordelen bedraagt yy mln. , zodat hiermee een extra opbrengst van xy mln. is gemoeid. Vanuit budgettair oogpunt is voorts van belang in hoeverre een dergelijke regeling het risico van de in paragraaf 3.1 genoemde 'aanzuigende werking' beperkt. Dit risico lijkt in ieder geval kleiner indien de gedeeltelijke vrijstelling op zowel dividenden als vermogenswinsten betrekking heeft. De deelnemingsvoordelen zijn dan in ieder geval beclaimd, maar de heffing kan wel worden uitgesteld door af te zien van winstuitdelingen.

Naarmate het invoeren van de maatregel een groter budgettair nadeel oplevert en dit budgettaire nadeel bewust wordt geaccepteerd kan in verband met de discussie binnen de OESO over schadelijke belastingconcurrentie dezelfde kanttekening worden geplaatst als de kanttekening die bij punt 3.1. is geplaatst ten aanzien van de relatie tussen het hanteren van de deelnemingsvrijstelling en het uitsluiten van de aftrek van de met het houden van deelnemingen samenhangende kosten.

Een voordeel van de in deze paragraaf beschreven oplossing is de eenvoud van de regeling. Dit aspect wordt door zowel Financiën als het bedrijfsleven als positief ervaren. Vanuit het bedrijfsleven is daarbij aangetekend dat in de sfeer van vereenvoudiging met name veel te winnen is indien het forfait tevens geacht zou worden de aandeelhouderskosten te omvatten. Een ander voordeel is uiteraard dat indien de

regeling generiek zou werken, de Europeesrechtelijke risico's die kleven aan de huidige regeling van artikel 13, lid 1 zich niet meer voordoen.

Een nadeel van de regeling zou kunnen zijn dat er een verschuiving van belastingheffing tussen verschillende sectoren kan optreden. Bovendien is er het qua budgettaire omvang moeilijk in te schatten risico van de 'aanzuigende werking' die van deze regeling kan uitgaan.

3.3 Conclusie ten aanzien van de oplossingsrichtingen

- De eerste oplossingsrichting is het zonder meer afschaffen van de aftrekbeperking voor kosten die betrekking hebben op buitenlandse deelnemingen. Dit zou in ieder geval tot grondslagversmalling leiden en daarmee tot een budgettaire derving van naar schatting xx mln. per jaar. Daarnaast zou de aanzuigende werking moeilijk in te schatten budgettaire risico's met zich brengen. In verband met het laatste is het voorlopige gevoelen bij Financiën dat een keuze voor deze variant niet verantwoord is.
- Een tweede oplossingsrichting is het (voorlopig) in stand laten van de aftrekbeperking. Deze oplossing heeft voorshands de voorkeur van het bedrijfsleven, mits de door de ruimteregeling geboden mogelijkheden zodanig worden verruimd dat de knelpunten voor het bedrijfsleven goeddeels worden opgelost. Aan het handhaven van de bestaande regeling zijn echter ook nadelen verbonden. Er bestaat het risico dat over een paar jaar een negatieve beslissing volgt van het Europese Hof, zodat dit op termijn alsnog zou kunnen leiden tot een feitelijke afschaffing van de regeling, uiteraard met dezelfde daaraan verbonden nadelen en budgettaire consequenties. We schuiven dan het risico voor ons uit. Financiën heeft er daarom voorlopig nog aarzelingen bij.
- Een derde oplossingsrichting houdt in dat wordt gewerkt met een gedeeltelijke vrijstelling. Het gedeelte van de deelnemingsvoordelen dat niet is vrijgesteld, wordt daarbij geacht de deelnemingskosten te representeren. Financiën beschouwt dit voorlopig nog als een optie die serieuze overweging verdient, gezien de procesrisico's die aan de tweede oplossingsrichting zijn verbonden. Financiën en bedrijfsleven zitten echter niet op één lijn zitten bij de uitwerking van dit alternatief. Het bedrijfsleven heeft met name ernstige bezwaren tegen een variant waarbij ook vermogenswinsten in de gedeeltelijke vrijstelling worden betrokken. In dat geval heeft men een voorkeur voor handhaving van de huidige regeling. Financiën ziet echter bezwaren bij een beperking van de gedeeltelijke vrijstelling tot dividenden. Dit zou kunnen leiden tot uitholling van de regeling.
- Een vierde, tussenliggende aanpak kan zijn het afwachten van de beslissing van het Europese Hof en het intussen uitwerken van een alternatief zodat te zijner tijd snel kan worden ingespeeld op een eventueel verlies van de procedure. Zowel Financiën als het bedrijfsleven denken hier nog over na.

4. Toepassingsvragen

4.1 Ruimteregeling

In de praktijk is het niet eenvoudig om vast te stellen met welke financieringsmiddelen een onderneming een bepaalde bezitting heeft aangeschaft. Dat geldt ook voor deelnemingen. Als een moedermaatschappij zowel eigen vermogen heeft (verkregen) als vreemd vermogen heeft aangetrokken, is moeilijk te bepalen hoe de verwerving van de deelneming is gefinancierd. In de wettelijke bepaling is daarom opgenomen dat leningen die zijn aangegaan in de zes maanden voorafgaande aan de verwerving van een deelneming, geacht worden te zijn gebruikt voor die verwerving, tenzij de belastingplichtige het tegendeel aannemelijk maakt. Ook dat tegenbewijs gaf in de praktijk aanleiding tot veel moeizame discussies tussen de belastingplichtige en de fiscus. Daarom is enige jaren geleden het concept van de ruimteregeling als bewijsmiddel geïntroduceerd. De ruimteregeling behelst een rekenregel om vast te stellen hoeveel vrij beschikbaar eigen vermogen een moedermaatschappij heeft ten tijde van de verwerving van een buitenlandse deelneming. Als die ruimte groter is dan het voor de deelneming opgeofferde bedrag, wordt de deelneming geacht geheel met dit eigen vermogen te zijn gefinancierd. Overigens behoeft de belastingplichtige voor zijn bewijsvoering geen gebruik te maken van de ruimteregeling, maar mag hij dat.

Bij de introductie is afgesproken dat met betrekking tot een belastingplichtige die gebruik maakt van de ruimteregeling, in evidente gevallen kan worden afgeweken van de gevolgen van de ruimteregeling. Als de belastingplichtige een aandelenemissie verricht waarvan evident is dat de opbrengst bestemd is voor de verwerving van een buitenlandse deelneming, kan hij zich beroepen op dit evidente verband.

Omgekeerd kan de fiscus, als een belastingplichtige evident een lening sluit om een deelneming te financieren, zich daarop beroepen. In de praktijk leidt deze uitzondering soms tot moeizame discussies tussen de belastingplichtige en de inspecteur. In verband daarmee lijkt een meer consequente aanpak voor de hand te liggen waarbij de uitzondering van het 'evidente verband' niet meer wordt toegepast als van de ruimteregeling gebruik wordt gemaakt zodat de volgende mogelijkheden overblijven:

- voor het leveren van het hierboven bedoelde tegenbewijs maakt de belastingplichtige gebruik van de ruimteregeling, of
- voor het leveren van het tegenbewijs maakt de belastingplichtige gebruik van de vrije bewijsleer.

In beide gevallen moet sprake zijn van een bestendige gedragslijn in die zin dat de keuze voor één van beide mogelijkheden tenminste voor een periode van bijvoorbeeld 5 jaar geldt.

Daarnaast is in de praktijk gebleken dat de ruimteregeling enkele mogelijke onvolkomenheden bevat. Van de kant van het bedrijfsleven isesignaleerd dat de opbrengst bij vervreemding van een binnenlandse deelneming niet aan de beschikbare ruimte kan worden toegevoegd. Anderzijds zijn ook van de kant van de belastingdienst enkele onvolkomenheden signaleerd, bijvoorbeeld het feit dat in de ruimteregeling niets is bepaald omtrent de gevolgen van een juridische fusie of (af)splitsing, hetgeen tot onbedoelde

toename van de beschikbare ruimte kan leiden. Dit zijn slechts enkele voorbeelden. Een en ander geeft aanleiding de regeling in zijn geheel op onvolkomenheden te bezien en gebreken te repareren.

In dit kader is door het bedrijfsleven de mogelijkheid geopperd de ruimteregeling te herzien in die zin dat niet meer wordt uitgegaan van een startwaarde vermeerderd met toevoegingen en verminderd met onttrekkingen, maar dat de aanwezigheid van vrij beschikbaar vermogen telkens per balansdatum de toetssteen vormt voor de vraag of aftrek mogelijk is. Het is de vraag of deze vereenvoudiging van de systematiek van de ruimteregeling ingepast kan worden in het wettelijk systeem, dat tot nu toe gebaseerd is op de zogenoemde historische methode. Ook zou nader moeten worden bezien wat de kwantitatieve gevolgen van een dergelijke aanpak zouden zijn.

4.2 Hoofdkantoorkosten

In de relatie tussen een hoofdkantoor en een buitenlandse dochtermaatschappij doet zich de vraag voor of sprake is van dienstverleningsactiviteiten waarvoor aan de buitenlandse dochtermaatschappij een arm's length-vergoeding in rekening moet worden gebracht. In Nederland wordt in die situatie de arm's length-vergoeding die voor deze dienstverlening wordt ontvangen in het resultaat betrokken. De met deze dienstverlening samenhangende kosten zijn aftrekbaar. In de praktijk blijkt de buitenlandse fiscus de in rekening gebrachte vergoeding in sommige gevallen niet te accepteren. Hierbij kan de weigering van de andere belastingautoriteit om de vergoeding te accepteren zowel betrekking hebben op de totale vergoeding, als op het in rekening brengen van een winstopslag of de hoogte van de winstopslag. Met name doet dat probleem zich voor bij hoofdkantooractiviteiten waarvan het concern als geheel profiteert. Een specifieke buitenlandse dochtermaatschappij profiteert dan niet direct, maar indirect als onderdeel van het concern. Indien de in rekening gebrachte vergoeding door de buitenlandse fiscus niet wordt geaccepteerd, ontstaat een probleem van internationale dubbele belasting.

In zijn brief van 20 november 2000 aan de Tweede Kamer heeft de staatssecretaris van Financiën een aantal maatregelen aangekondigd om het fiscale vestigingsklimaat van Nederland te versterken. Eén van die maatregelen was de omvorming van de rulingpraktijk tot een praktijk die meer aansluit bij de OESO-verrekenprijsrichtlijnen als het gaat om verrekenprijzen en waarin meer mogelijkheden bestaan voor het krijgen van zekerheid vooraf en meer transparantie wordt beoogd. In de brief wordt hierover het volgende meegedeeld:

'De Nederlandse rulingpraktijk zal worden gemoderniseerd en omgevormd in een 'Advance Pricing Agreements' (APA) - en 'Advance Taxrulings' (ATR)-praktijk. Een APA is in feite een afspraak over de te gebruiken verrekenprijsmethode en een ATR is een afspraak over de Nederlandse fiscale kwalificatie van internationale structuren, bijvoorbeeld zekerheid vooraf over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Met het introduceren van de APA-praktijk, die geheel in lijn is met de OESO-richtlijnen voor verrekenprijzen, wordt met name ingespeeld op de wens uit de praktijk om meer dan voorheen maatwerk te leveren inzake internationale fiscale problematiek.'

In de brief van 20 november 2000 wordt tevens melding gemaakt van maatregelen om de organisatie van de rullingpraktijk verder te verbeteren en de doorlooptijd van een verzoek in principe terug te brengen tot maximaal 8 weken. Een en ander moet ertoe leiden dat over mogelijke verrekenprijsproblemen vooraf en op korte termijn zekerheid kan worden verkregen. Daarmee zou de problematiek van de doorberekening van hoofdkantoorkosten voor een belangrijk deel kunnen worden opgelost, met name als de buitenlandse fiscus bij de totstandkoming van een APA wordt betrokken.

Aandeelhouderskosten, waarvan buitenlandse concernvennootschappen niet aantoonbaar profiteren, zodat niet geconstateerd kan worden dat sprake is van dienstverlening, moeten in principe worden aangemerkt als niet-aftrekbare kosten van buitenlandse deelnemingen. Alleen de zogenaamde orgaankosten, dat wil zeggen kosten die betrekking hebben op het bestaan als rechtspersoon dus niet op het houden van deelnemingen, vallen daar buiten. Voorbeelden van orgaankosten zijn de kosten van oprichting van een vennootschap en de kosten van het houden van een aandeelhoudersvergadering.

Ten aanzien van hoofdkantoorkosten die niet kunnen worden doorberekend en ook niet als orgaankosten kunnen worden aangemerkt, de zogenoemde aandeelhouderskosten, zou het bedrijfsleven het als een aanmerkelijke verlichting ervaren als deze voortaan in aftrek zouden kunnen komen. Dit zou neerkomen op het beperken van artikel 13, eerste lid, tot financieringskosten. Een argument daarvoor kan zijn dat de hoofdkantooractiviteiten bijdragen aan de werkgelegenheid in Nederland. Er bestaat echter het risico dat die tegemoetkoming in EU- en OESO-verband problemen oplevert in het kader van de discussie over schadelijke belastingconcurrentie. Daarnaast ontstaat er uiteraard een budgettaire derving. De omvang daarvan moet nog nader worden gezien.

Ten aanzien van hoofdkantoorkosten luidt de conclusie dat de oplossing voor het probleem van dubbele belasting door internationale verschillen van inzicht vooral gezocht moet worden in een actieve opstelling terzake van de Nederlandse fiscus, met name door het sluiten van 'Advance Pricing Agreements' waarbij ook de buitenlandse fiscus zoveel mogelijk moet worden betrokken. Het uitsluiten van hoofdkantoorkosten van de aftrekbeperking van artikel 13, eerste lid, zou tot kritiek in EU- en OESO-verband kunnen leiden en leidt tot een budgettaire derving.

Bijlage

Ter vergelijking worden in deze paragraaf het Belgische en het Franse systeem summier toegelicht.

Het Belgische systeem

België kent een deelnemingsvrijstelling waarbij de feitelijke kosten in verband met een (buitenlandse) deelneming bij de moeder in aftrek worden toegelaten, maar de vrijstelling van de deelnemingsvoordelen

geen 100% bedraagt doch 95%. In de Belgische regeling wordt geen onderscheid gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse deelnemingen. De beperking van de vrijstelling ziet alleen op ontvangen dividenden. Een bijzonderheid van het Belgische systeem is het feit dat bij uitkering van dividend in een verliesjaar de deelnemingsvrijstelling ten koste gaat van het over dat jaar te verrekenen verlies.

Het Franse systeem

Frankrijk kent sinds 1 januari 2000 voor houdstermaatschappijen, als alternatief voor verrekening van de van deelnemingen geheven belasting (ordinary credit) een systeem van vrijstelling voor 95% van de ontvangen dividenden. Dit percentage kan echter hoger worden als de totale kosten van de houdster - niet alleen de kosten die verband houden met de desbetreffende deelneming - in het jaar zelf lager zijn dan 5% van het ontvangen dividend. Het laatste betekent grosso modo dat de vrijstelling niet wordt gekort als de houdster al haar deelnemingen heeft gefinancierd met eigen vermogen.

Vanuit budgettair oogpunt valt op te merken dat het risico van aanzuigende werking in geen geval kleiner is dan bij het Belgische systeem omdat de korting van 5% op de vrijstelling voor dividend niet altijd geldt

1. Toelichting en probleemstelling

De hoofdregel van de deelnemingsvrijstelling is dat deelnemingsvoordelen niet belast zijn en deelnemingsverliezen niet aftrekbaar. De liquidatieverliesregeling maakt hierop een uitzondering. Onder omstandigheden kunnen liquidatieverliezen wel bij de moedermaatschappij in aanmerking worden genomen (artikel 13d Wet Vpb). De gedachte hierachter is dat indien door liquidatie een einde komt aan de mogelijkheid tot verliesverrekening op het niveau van de dochter, de resterende verliezen alsnog bij de moeder in aanmerking mogen worden genomen, omdat anders het verlies - dat ook feitelijk door het concern is geleden - tussen wal en schip zou vallen. Er is dus geen sprake van dubbele aftrek of dubbele verliesneming. Om praktische redenen is niet aangesloten bij de verliezen die bij de deelneming onverrekenbaar zijn gebleven, maar bij het verlies dat de moeder leidt op haar investering. De omvang van het in aanmerking te nemen verlies is in beginsel gelijk aan het verschil tussen het voor de deelneming opgeofferde bedrag en de liquidatieuitkering(en).

Om twee redenen is de liquidatieverliesregeling nog eens onder de loep genomen:

- In OESO- en EU-verband is recentelijk kritiek geuit op de liquidatieverliesregeling. Deze zou elementen van schadelijke belastingconcurrentie in zich hebben. De mogelijkheid van aftrek van deelnemingsverliezen zou een asymmetrisch element zijn van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. Hierbij valt wel de kanttekening te maken dat Nederland niet het enige land is van de Europese Unie dat in zijn deelnemingsregime asymmetrische elementen kent.
- Vanuit de advieswereld is het signaal afgegeven dat de liquidatieverliesregeling gecompliceerd is en is de wens uitgesproken tot vereenvoudiging.

2. Belastingconcurrentie

Zoals hiervoor is aangegeven leidt de liquidatieverliesregeling niet tot dubbele verliesneming. De liquidatieverliesregeling is in overeenstemming met de ratio van de deelnemingsvrijstelling, namelijk dat winsten en verliezen economisch eenmaal in de heffing worden betrokken. De liquidatieverliesregeling voorkomt slechts dat verliezen helemaal niet in aanmerking worden genomen.

Nederland is dan ook van mening dat de regeling geen vorm is van schadelijke belastingconcurrentie. Dit standpunt is ook verwoord in de notulenverklaringen van de vergadering van de Ecofin Raad van 26 en 27 november 2000 te Brussel, waarin Nederland heeft laten opnemen dat het onder algemene asymmetrische maatregelen, niet het specifieke geval van de aftrek van liquidatieverliezen onder de deelnemingsvrijstelling verstaat. In dat opzicht is er dus niet direct aanleiding om iets te doen.

3. Complexiteit van de regeling

Vanuit de advieswereld wordt wel aangevoerd dat de liquidatieverliesregeling in zijn uitvoering complex is. Om de omvang van een liquidatieverlies vast te kunnen stellen is de berekening van het zogenoemde

“opgeofferde bedrag” nodig. Als een deelneming altijd door dezelfde moedermaatschappij is gehouden, levert de vaststelling van dat bedrag weinig problemen op. Als een deelneming is “verhangen”, kan dat echter gecompliceerd zijn. Dit probleem kan overigens voor een belangrijk deel worden voorkomen door het ter zake van een deelneming opgeofferde bedrag jaarlijks door de inspecteur te laten vaststellen. Daarnaast is bij de herziening van de deelnemingsvrijstelling in 1990 een aantal nieuwe bepalingen opgenomen, om onbedoeld gebruik van de liquidatieverliesregeling te voorkomen. De destijds ingevoerde bepaling dat de onderneming van het ontbonden lichaam niet (gedeeltelijk) elders in het concern mag worden voortgezet, levert in de praktijk nog wel eens problemen op omdat de reikwijdte van die bepaling in een concreet geval niet altijd duidelijk is.

De externe deskundigen uit het bedrijfsleven zijn van oordeel dat de liquidatieverliesregeling weliswaar niet eenvoudig is, maar zinvol en dat men er in de praktijk behoorlijk mee uit de voeten kan. Naar het oordeel van de werkgroep is het zoeken naar vereenvoudiging geen begaanbare weg. De bepaling van het voor de deelneming opgeofferde bedrag is een wezenskenmerk van de regeling. De genoemde anti-misbruikregelingen zijn in het verleden noodzakelijk gebleken, omdat anders op oneigenlijke wijze van de liquidatieverliesregeling gebruik gemaakt zou kunnen worden. Bovendien zou de regeling zonder de antimisbruikbepalingen kwetsbaar worden voor internationale kritiek. Er is uit dat oogpunt dus geen reden voor een herziening van de regeling.

4. Financieel belang.

De beschikbare gegevens uit de aangiften Vpb welke zijn opgenomen in onderstaande tabel laten zien dat onder de liquidatieverliesregeling substantiële bedragen ten laste van de winst worden gebracht.⁸

| | | | |
|------|---|--------------|------------------|
| 1997 | : | 426 gevallen | verlies: 292 min |
| 1996 | : | 409 gevallen | verlies: 374 min |
| 1995 | : | 427 gevallen | verlies: 988 min |

Vanuit budgettaire oogpunt is nog van belang dat een eventuele afschaffing van de regeling tot gevolg zou kunnen hebben dat men voor een buitenlandse vestiging in meer gevallen dan thans zou kunnen gaan kiezen voor een vaste inrichting in plaats van voor een deelneming. Dit zou een enigszins drukkend effect op de budgettaire opbrengst kunnen hebben.

5. Conclusie

De liquidatieverliesregeling voorkomt dat bepaalde verliezen die in concernverband zijn geleden, door het concern fiscaal niet te gelde kunnen worden gemaakt. Aan de andere kant bevat de regeling een aantal gecompliceerde elementen, die echter niet te vermijden zijn.

Afschaffing van de regeling zou een daadwerkelijk offer voor het Nederlandse bedrijfsleven zijn, dat alleen in het kader van een totaalpakket van maatregelen in beeld lijkt te kunnen komen.

⁸ Deze cijfers moeten nog nader worden gezien, omdat de statistiek enkele moeilijk te duiden uitkomsten bevat.

Bijlage 6: 30%-regeling

Inleiding

Voor bepaalde groepen van buitenlandse (schaarse en deskundige) werknemers die in Nederland werken geldt sinds jaren een forfaitaire tegemoetkoming, die was opgenomen in de zogenoemde 35%-regeling. Deze regeling had ten doel voorwaarden te scheppen om kennis aan te trekken die een bijdrage kan leveren aan het versterken van de positie van de Nederlandse economie. Voor bepaalde groepen werknemers die worden uitgezonden naar het buitenland (bijvoorbeeld naar ontwikkelingslanden) gold tot 1 januari 2001 een vergelijkbare regeling. In verband met het vervallen van de aftrekbare kosten ter zake van arbeid konden deze regelingen niet gehandhaafd blijven.

Met ingang van 1 januari 2001 zijn vorenstaande regelingen samengevoegd in een nieuwe wettelijke regeling, de zogenoemde 30%-regeling.

Werking

De 30%-regel bewerkstelligt dat de meerkosten van een tijdelijk verblijf buiten het land van herkomst (extraterritoriale kosten) van speciale groepen belastingplichtigen (zoals uit buitenland aangetrokken schaars personeel) in ieder geval zonder nader bewijs belastingvrij kunnen worden vergoed. Deze belastingvrije vergoeding is gesteld op 30% van het regelmatige loon plus vergoeding. Daarboven kunnen de kosten voor schoolgeld nog onbelast worden vergoed.

Aangezien het een bewijsregel betreft kunnen werknemers aannemelijk maken dat voor hen een hogere belastingvrije vergoeding mogelijk is, indien zij meer extraterritoriale kosten moeten maken.

Opzet 30%-regeling

Bij het codificeren van de 30%-regeling is zoveel mogelijk rekening gehouden met de oude 35%-regeling. Belangrijke elementen van de omzetting waren het vermijden van staatssteun en strijdigheid van de regeling met het gelijkheidsbeginsel. Dit heeft ertoe geleid dat de regeling zoveel mogelijk is ingebed in de wettelijke structuur van de Wet op de loonbelasting 1964. In die structuur past het nieuwe uitgangspunt, dat tot het loon niet behoren vergoedingen die naar algemene maatschappelijke opvattingen niet als beloningsvoordeel worden ervaren. De 30%-regeling is in feite als een species van deze vrije vergoedingen neergelegd in de Wet op de loonbelasting 1964, en nader uitgewerkt in het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965. De regeling geldt voor aangewezen groepen werknemers (zowel ingezonden als uitgezonden), waarvan mag worden aangenomen dat zij hoge extraterritoriale kosten moeten maken die verband houden met de uitzending naar een ander land. In zoverre is het dus te rechtvaardigen dat in ieder geval tot het beloop van die omvang, zonder nader bewijs, een belastingvrije vergoeding (of verstrekking) kan worden gegeven. Ingeval belanghebbenden aannemelijk kunnen maken dat een hoger bedrag aan extraterritoriale kosten is, dan kan het hoger bedrag belastingvrij worden vergoed (verstrekt).

Probleemstelling

Werknemers die niet zijn aangewezen, maar te maken hebben met extraterritoriale kosten, hebben geen recht op toepassing van de forfaitaire 30%-bewijsregel. Dit zou (in het bijzonder) voor hen wellicht aanleiding zijn, met een beroep op het gelijkheidsbeginsel, de 30%-regeling te claimen.

Niet uit het oog mag worden verloren dat de niet aangewezen werknemers wel de werkelijk gemaakte extraterritoriale kosten belastingvrij vergoed kunnen krijgen. Voorts is bij het opzetten van de 30%-regeling voor een groot deel gebruik gemaakt van de oude 35%-regeling om de overgang naar het nieuwe regime zo soepel mogelijk te laten verlopen. Hierdoor zullen de groepen werknemers die gebruik konden maken van de oude 35%-regeling met ingang van 2001 gebruik kunnen maken van de nieuwe regeling. Bij de aangewezen groepen die van de bewijsregel gebruik kunnen maken is als (onderscheidend) objectief criterium gebruikt dat er sprake moet zijn van een verblijf buiten het land van herkomst. In dat geval mag worden aangenomen dat er extraterritoriale kosten van voldoende omvang aanwezig zijn, die een belastingvrije vergoeding van 30% (zonder nader bewijs), mede om uitvoeringstechnische redenen, rechtvaardigen. Een tijdelijk verblijf buiten het land van herkomst kan nu eenmaal veel extra kosten met zich meebrengen (gelet op de andere persoonlijke en werkomstandigheden), die een verblijf op een andere plaats binnen het eigen land verre kunnen overtreffen. Bij een tijdelijk verblijf van een werknemer binnen de landsgrenzen is het dan ook niet nodig een dergelijke (forfaitaire) vrijstellingsregeling toe te kennen. Dit laat uiteraard onverlet dat er situaties denkbaar zijn waarin een verplaatsing over de landsgrenzen heen veel gelijkenis vertoont met een verplaatsing binnen Nederland (bijvoorbeeld een overplaatsing van Maastricht naar Groningen in vergelijking met een overplaatsing van Brasschaat naar Eindhoven). Gelet op het forfaitaire karakter van de regeling die in het bijzonder de uitvoering tegemoetkomt en past in de wettelijke structuur van de Wet op de loonbelasting 1964, is het evenwel goed verdedigbaar, dat alleen in het geval het tijdelijke verblijf grensoverschrijdend is, sprake kan zijn van extraterritoriale kosten en de 30%-bewijsregeling mag worden toegepast. De bewijsregel heeft overigens voor ingekomen werknemers een tijdelijk karakter en geeft gedurende maximaal 10 jaar recht op de fiscale vrijstelling.

Andere vormgeving?

De vraag komt op of een andere vormgeving van de regeling kan bijdragen tot een verkleining van de kans dat een beroep wordt gedaan op het gelijkheidsbeginsel. Bij een andere opzet zou in het bijzonder gelet kunnen worden op zogenoemde expat-regimes die in de ons omringende (Europese) landen bestaan. In die landen blijkt gebruik te worden gemaakt van belastingvrije vergoedingen (Frankrijk, België), een apart laag tarief (Denemarken, Finland) of het vrijstellen van een deel van het buitenlandse inkomen (Ierland). In Hongarije bestaat een forfaitaire vergoedingsregeling. Duitsland kent overigens geen bijzonder regime voor expats.

Ook in die andere landen die een expat-regime kennen, zullen echter kwalificatieproblemen bestaan: wie komt in aanmerking voor de faciliteit en wie niet. Zodra iemand is uitgesloten kan ook in die landen de vraag rijzen of er geen beroep mogelijk is op het gelijkheidsbeginsel. In dat opzicht steekt de 30%-regeling niet ongunstig af, omdat deze in feite niet meer is dan een bijzondere bewijsregel, waarbij zoveel mogelijk gebruik is gemaakt van (de structuur van) het wettelijke regime van onbelaste kostenvergoedingen/verstrekkingen. Werknemers die niet van deze regeling gebruik kunnen maken, kunnen op andere wijze aannemelijk maken dat zij in aanmerking komen voor een onbelaste vergoeding van de werkelijk gemaakte extraterritoriale kosten. In een andersoortige regeling, bijvoorbeeld het gebruiken van een speciaal laag tarief, het uitsluiten van buitenlands inkomen of het wederom in het leven roepen van een aparte aftrekpost voor expats, is van een dergelijke logische inbedding in de wettelijke structuur geen sprake meer. In dat geval zullen de vragen over ongelijke behandeling eerder toenemen dan afnemen, omdat naast de mogelijkheid van een onbelaste vergoeding/verstrekking ook een andersoortige tegemoetkoming in het leven zou worden geroepen.

Conclusie

Een (echt) alternatief voor de nieuwe 30%-regeling lijkt niet voorhanden. Mogelijke knelpunten zullen daarom zoveel mogelijk moeten worden weggenomen met gebruikmaking van de gekozen wettelijke systematiek van de 30%-regeling.

(dit memo zal later nog worden samengevoegd met het memo van 8 februari jl.)

4. Oplossingsrichtingen

1. Inleiding

In deze notitie wordt de vraag beantwoord of het wenselijk is om:

1. het fiscale voorzieningenbegrip op het jaarrekeningenrecht en de IAS-normen aan te sluiten, of de eis te stellen dat fiscaal alleen een voorziening kan worden gevormd als commercieel ook een voorziening is gevormd;
2. de vereisten voor het vormen van bodemsaneringsvoorzieningen aan te scherpen om te voorkomen dat fiscaal een voorziening wordt getroffen voor bodemsanering zonder dat daadwerkelijk tot sanering wordt overgegaan.

2. Achtergrond

In het zogenoemde baksteenarrest wijzigde de Hoge Raad de vereisten voor het vormen van een fiscaal aftrekbare voorziening voor toekomstige uitgaven. Daarbij is één van de voorwaarden voor de mogelijkheid om een voorziening te vormen, komen te vervallen. Dit betreft de voorwaarde dat sprake moet zijn van een rechtsverhouding, dat wil zeggen dat er een juridische verplichting moet bestaan waaruit de toekomstige betalingen voortvloeien. In 1999 is een wetsvoorstel ingediend om de gevolgen van dit arrest te repareren. Dit wetsvoorstel is inmiddels ingetrokken. Daarbij is aangekondigd dat het voorzieningenbegrip na het baksteenarrest (en de foutenarresten van 25 juli 2000) nog wel in een breder verband nader zal worden gezien. Dit bredere verband betreft het commerciële jaarrekeningenrecht en de regelgeving in andere landen. Tevens is aangegeven dat in overleg met VROM zal worden gezien in hoeverre het wenselijk is om de vereisten voor het vormen van milieuvoorzieningen aan te scherpen om te voorkomen dat fiscaal een voorziening wordt getroffen voor bodemsanering zonder dat daadwerkelijk tot sanering wordt overgegaan. Dit is de aanleiding voor dit memo.

3. Aansluiting jaarrekeningenrecht of commerciële jaarrekening

3.1 Vergelijking opties

In principe is er geen verschil tussen de twee in de inleiding onder punt 1 genoemde opties. Het jaarrekeningenrecht schrijft immers voor of al dan niet een voorziening in de commerciële jaarrekening moet worden opgevoerd. Het fiscaal aansluiten bij hetgeen in de commerciële jaarrekening is opgevoerd in plaats van bij hetgeen het jaarrekeningenrecht voorschrijft, lijkt dan ook een "motie van wantrouwen". Anderzijds zal in de praktijk in sommige gevallen sprake zijn van een "grijs gebied" waarin het onduidelijk is of al dan niet een commerciële voorziening moet worden gevormd. Verder blijken commerciële

voorzieningen in de praktijk soms te worden gebruikt ter egalisatie van het resultaat. Van deze eventuele verschillen in de praktijk tussen beide opties wordt hierna geabstraheerd.

3.2 Vergelijking goed koopmansgebruik vs. jaarrekeningenrecht en IAS-normen

Zowel op grond van het jaarrekeningenrecht en de IAS-normen als op grond van het fiscale goedkoopmansgebruik kan alleen een voorziening voor toekomstige uitgaven worden gevormd als er een behoorlijke kans bestaat dat de uitgaven zich voordoen en de uitgaven kunnen worden geschat. Naast deze overeenkomsten zijn er ook verschillen:

- Op grond van het jaarrekeningenrecht en de IAS-normen wordt – in afwijking van het fiscale goedkoopmansgebruik – rekening gehouden met toekomstige loon- en prijsstijgingen.
- Op grond van het jaarrekeningenrecht en de IAS-normen kan voor toekomstige uitgaven alleen een voorziening worden gevormd indien de ondernemer tot het doen van die uitgaven op grond van een op de balansdatum bestaande verplichting tegenover derden (juridisch of op grond van ongeschreven gedragsregels) is gehouden. Fiscaal is het vereiste van de rechtsverhouding door het baksteenarrest vervallen (dit vereiste was strenger dan het commerciële verplichtingenvereiste, omdat sprake moest zijn van een juridische verplichting). Wel is het na het baksteenarrest vereist dat de kosten toerekenbaar zijn aan de periode voorafgaand aan de balansdatum. Aan dit vereiste zal wat sneller worden voldaan dan aan het commerciële verplichtingenvereiste. Daarnaast kan commercieel een kostenegalisatievoorziening worden gevormd die in grote lijnen vergelijkbaar is aan de fiscale kostenegalisatiereserve.

3.3 Is aansluiting wenselijk?

Het fiscaal rekening houden met toekomstige loon- en prijsstijgingen zal tot een weliswaar grotendeels tijdelijke, maar wel aanzienlijke budgettaire derving leiden⁹. Voorts zal dit tot uitvoeringsproblemen leiden omdat de omvang van toekomstige loon- en prijsstijgingen moeilijk is in te schatten. Op dit punt is het in ieder geval niet wenselijk het fiscale voorzieningenbegrip aan te sluiten op het commerciële voorzieningenbegrip.

Het voor het overige aansluiten van het fiscale voorzieningenbegrip op het commerciële voorzieningenbegrip, heeft als voordeel dat wordt voorkomen dat belastingplichtigen naar de schuldeisers en kapitaalverschaffers toe geen voorziening presenteren, maar richting de belastingdienst een pleidooi houden voor het opvoeren van een fiscale voorziening.

Anderzijds zijn er ook argumenten contra: het feit dat commercieel geen voorziening wordt gevormd waardoor geen getrouw beeld wordt gegeven van het vermogen, is op zichzelf geen reden om een aftrekpost te weigeren. Daarbij komt dat het mogelijk is dat in de periode tussen de opstelling van de commerciële jaarrekening en de indiening van de aangifte feiten over de situatie op de balansdatum

⁹ Dit is af te leiden uit een rapport van het platform versterking vaktechniek van de belastingdienst van 1997 over (cijfermatige) verschillen tussen de commerciële en fiscale jaarrekening naar aanleiding van een steekproef bij 1500 bedrijven.

bekend zijn geworden (bijvoorbeeld claims) die aanleiding geven tot het vormen van een voorziening. Een aansluiting van het fiscale op het commerciële voorzieningenbegrip zou verder het dynamische begrip goed koopmansgebruik inperken. Voorts is nog niet gebleken dat de nieuwe criteria van de Hoge Raad tot uitvoeringsproblemen zullen leiden. Verder is het in de omringende landen eerder regel dan uitzondering dat het fiscale voorzieningenbegrip afwijkt van het (op Europees niveau geharmoniseerde) jaarrekeningenrecht (zie bijlage). Bovendien lijkt de budgettaire opbrengst als gevolg van het overnemen van de commerciële verplichtingsvoorwaarde beperkt: door het ruime commerciële verplichtingenvereiste zal het verschil tussen het fiscale en commerciële voorzieningenbegrip niet zo groot zijn. Verder zou het moeilijk verdedigbaar zijn om voorzieningen die na de intrekking van het wetsvoorstel op grond van het baksteenarrest zijn gevormd, alsnog geheel of gedeeltelijk te laten vrijvallen. Een aanscherping van het fiscale voorzieningenbegrip zou dus alleen voor de toekomst kunnen gelden. Dit beperkt de eventuele budgettaire opbrengst. Voorts betreft het budgettaire effect voornamelijk een verschuiving in de tijd¹⁰.

Een en ander tegen elkaar afwegende zijn er onvoldoende argumenten om na de intrekking van het wetsvoorstel waarin het baksteenarrest werd gerepareerd, alsnog nadere voorwaarden te stellen aan het vormen van een fiscale voorziening.

4. Bodemsaneringsvoorzieningen

4.1 Nieuwe bodemsaneringsbeleid

Het beleid ten aanzien van bodemsanering kenmerkte zich tot nu toe door de uitwerking van het principe "de vervuiler betaalt". Inmiddels komt naast de vervuiler echter ook de belanghebbende (meestal de eigenaar) in beeld. Daarbij is voor het segment bedrijventerreinen gekozen voor een aparte aanpak, vast te leggen in de wet. Vooruitlopend daarop wordt interimbeleid vastgelegd in een convenant. Dit convenant is inmiddels zo goed als rond en wordt naar verwachting in maart ondertekend. Het convenant heeft in grote lijnen de volgende inhoud: De eigenaar van een bedrijfsterrein is verplicht de sanering van ernstige bodemvervuiling waarvan de sanering urgent is, zelf uit te voeren uiterlijk voor het uiterste tijdstip volgens de urgentiebeschikking. Afhankelijk van het tijdstip van verwerving van de verontreinigde grond dan wel het tijdstip van vervuiling (indien de huidige eigenaar de verontreiniging heeft veroorzaakt) bestaat echter recht op een overheidsbijdrage ter grootte van een bepaald percentage van de saneringskosten. Om voor deze vergoeding in aanmerking te komen moet het bedrijf zich uiterlijk eind 2005 bij het bevoegd gezag melden met minimaal een rapport van een vooronderzoek ten aanzien van de vervuiling (tenzij zij zich al eerder gemeld hebben). Bedrijven die zich melden met niet meer dan een vooronderzoek of vervolgonderzoek dienen aan te geven wanneer vervolgonderzoek respectievelijk nader onderzoek zal plaats vinden. Op basis van dit nader onderzoek wordt vervolgens (indien sprake is

¹⁰ Een aanscherping van het voorzieningenbegrip leidt ertoe dat kosten en lasten op een later moment in aftrek komen.

van ernstige verontreiniging waarvan sanering urgent is) door het bevoegd gezag een urgentietermijn vastgesteld waarbinnen het bedrijf tot sanering moet overgaan.

Het bevoegd gezag heeft de mogelijkheid om bepaalde, in een algemene maatregel van bestuur vastgelegde, risicovolle bedrijfstakken te verplichten een bodemonderzoek uit te voeren. Verder is het bevoegd gezag verplicht om er op toe te zien dat uiterlijk in 2023 alle ernstige gevallen van bodemvervuiling waarvan de sanering urgent is, zijn gesaneerd en dat ten aanzien van de overige vervuiling een beheerste toestand is gecreëerd.

Met betrekking tot ernstig vervuilde grond waarvan de sanering niet urgent is kan overigens ook een saneringsplicht ontstaan indien deze grond bijvoorbeeld bebouwd wordt. Verder geldt voor vervuiling die na 1987 is veroorzaakt een andere regeling. Deze verontreiniging dient ongeacht de mate van verontreiniging terstond door de veroorzaker te worden opgeruimd.

4.2 Voorwaarden voor de vorming van een bodemsaneringsvoorziening

Na het baksteenarrest (en de intrekking van het wetsvoorstel waarin dat arrest werd gerepareerd) kan op grond van goed koopmansgebruik een voorziening worden gevormd voor toekomstige uitgaven:

- a) die hun oorsprong vinden in feiten of omstandigheden, die zich in de periode voorafgaande aan de balansdatum hebben voorgedaan;
- b) waarvan er een redelijke mate van zekerheid bestaat dat zij zich zullen voordoen, en
- c) die ook overigens aan die periode kunnen worden toegerekend.

Ook moet worden voldaan aan de voorwaarde dat de uitgaven redelijkerwijs geschat kunnen worden.

Voor bodemsaneringsuitgaven werken deze voorwaarden als volgt uit¹¹:

a. Oorsprongbeginsel

Op grond van het oorsprongbeginsel kan slechts een voorziening worden gevormd voor vervuiling die vóór de balansdatum is ontstaan, anders wordt niet voldaan aan het vereiste dat de kosten hun oorsprong moeten hebben in de periode vóór de balansdatum. Hieraan wordt per definitie voldaan indien uit een onderzoek blijkt dat sprake is van bodemverontreiniging.

b. Behoorlijke kans

De behoorlijke kansvoorwaarde is bij saneringskosten cruciaal. Aan deze voorwaarde wordt in ieder geval voldaan indien er een beschikking ligt waarin is vastgesteld dat sprake is van ernstige vervuiling waarvan de sanering urgent is en binnen een bepaalde termijn moet worden opgeruimd.

Naast deze situatie zal ook in de volgende gevallen aan de behoorlijke kansvoorwaarde worden voldaan:

¹¹ Bij de beoordeling van de vraag of een aftrekbare passiefpost kan worden gevormd voor bodemsaneringskosten is de zogenoemde milieukostenresolutieniet meer van belang. Deze is ingetrokken naar aanleiding van de intrekking van het wetsvoorstel ter reparatie van het baksteenarrest.

- indien sprake is van een concreet voornemen tot sanering dat blijkt uit de gedragingen van de ondernemer.
- indien er concrete bouwplannen bestaan en uit een bodemonderzoek blijkt dat ten behoeve daarvan moet worden gesaneerd;
- indien de belastingplichtige is gedagvaard of gesommeerd met betrekking tot de bodemverontreiniging en er een behoorlijke kans bestaat dat hij moet opdraaien voor de saneringskosten;
- indien uit een nader onderzoek blijkt dat er een redelijke mate van zekerheid bestaat dat sprake is van ernstige en urgente vervuiling;
- indien blijkt dat er een redelijke mate van zekerheid bestaat dat sprake is van na 1 januari 1987 veroorzaakte vervuiling, en
 - het bevoegd gezag op de hoogte is van de bodemverontreiniging (bijvoorbeeld door een melding om in aanmerking te komen voor een overheidsbijdrage), en
 - de veroorzaker nog op het terrein zit.

c. Ook overigens toerekenbaar aan voorafgaande periode

Als gevolg van deze voorwaarde kan voor verbeteringskosten geen voorziening worden gevormd. Dergelijke kosten kunnen niet aan de periode voor de balansdatum worden toegerekend en moeten worden geactiveerd. In de praktijk wordt dit tot dusver vrij eng uitgelegd: saneringskosten worden slechts in één situatie geactiveerd, namelijk ingeval iemand willens en wetens vervuilde grond koopt en de saneringskosten dus in de aankoopprijs zijn verdisconteerd.

Onduidelijk is of saneringskosten ook moeten worden geactiveerd indien een vervuild terrein op grond van de verkoopovereenkomst in schone staat zal worden opgeleverd. Als argument voor activering kan worden aangevoerd dat de oplevering in schone staat van directe invloed zal zijn op de verkoopprijs. De Belastingdienst heeft hierover nog geen standpunt bepaald. In de praktijk is dit vraagstuk echter meestal lood om oud ijzer. De verkoop zal meestal korte tijd na de sanering plaatsvinden. Indien een voorziening ten laste van de winst is gevormd, zal de – kort daarna te belasten – verkoopwinst dienovereenkomstig hoger zijn. Indien de saneringskosten zijn geactiveerd, wordt de belastbare verkoopwinst met dit bedrag verlaagd.

Hierna worden deze situaties buiten beschouwing gelaten.

d. Schattingseis

Een bodemonderzoek zal ook noodzakelijk zijn om de uitgaven redelijkerwijs te kunnen schatten (eventueel met het handboek bodemsaneringstechnieken). Hiervoor zal een verkennend onderzoek vaak te weinig informatie verschaffen, en zal in het algemeen een nader onderzoek nodig zijn.

Voorzieningen worden gewaardeerd op de contante waarde van de verwachte uitgaven. Dit betekent voor bodemsaneringskosten dat rekening moet worden gehouden met de termijn waarbinnen de sanering zal plaatsvinden. Een wijziging van deze termijn leidt tot een aanpassing van de voorziening. Bij de waardering dient uiteraard ook rekening te worden gehouden met de verwachte vergoeding door de overheid.

Indien blijkt dat ten onrechte een voorziening is gevormd, valt de voorziening in het oudste openstaande jaar vrij. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen indien werd verwacht dat de bodemvervuiling urgent was, maar uiteindelijk uit de beschikking blijkt dat dit niet het geval is.

4.3 Is wijziging voorwaarden bodemsaneringsvoorzieningen wenselijk?

Zoals uit het voorgaande blijkt, kan door de behoorlijke kansvoorwaarde en de schattingseis (alleen) een bodemsaneringsvoorziening worden gevormd indien en zolang er concrete aanwijzingen zijn van bodemvervuiling die zal worden gesaneerd en indien een onderbouwing kan worden gemaakt van de verwachte saneringskosten. De belastingdienst kan er echter niet voor zorgen dat tot sanering wordt overgegaan als een voorziening wordt gevormd. Verder kan de belastingdienst vanwege de geheimhoudingsplicht geen informatie over de aanwezigheid van bodemvervuiling doorspelen aan het bevoegd gezag. Daar staat echter tegenover dat de voorziening onmiddellijk zal vrijvallen zodra blijkt dat deze ten onrechte is gevormd. Er kan dus (alleen) indien en zolang sprake is van een reële situatie, een bodemsaneringsvoorziening worden gevormd. Dit leidt tot de conclusie dat ook voor het stellen van aanvullende eisen aan het vormen van een bodemsaneringsvoorziening - na de intrekking van het wetsvoorstel waarin het baksteenarrest werd gerepareerd - onvoldoende argumenten zijn.

5. Samenvatting

In dit memo zijn twee alternatieven voor het huidige fiscale voorzieningenbegrip geanalyseerd, namelijk:

1. het aansluiten van het fiscale voorzieningenbegrip op het jaarrekeningenrecht en de IAS-normen
2. het stellen van de eis dat fiscaal alleen een voorziening kan worden gevormd als commercieel ook een voorziening is gevormd.

Daarbij is uiteengezet dat er theoretisch geen verschil tussen optie 1 en 2 bestaat. Verder is geconcludeerd dat het niet wenselijk is om te kiezen voor één van beide opties. Het fiscaal voortaan – net als commercieel - rekening houden met toekomstige loon- en prijsstijgingen, is niet gewenst vanwege de budgettaire gevolgen en de uitvoeringsproblemen daarvan. Indien het fiscale voorzieningenbegrip voor het overige zou worden aangesloten op het commerciële voorzieningenbegrip, zouden alsnog nadere voorwaarden worden gesteld aan het vormen van een fiscale voorziening. Hiervoor zijn, na de intrekking van het wetsvoorstel waarin het baksteenarrest werd gerepareerd, onvoldoende argumenten. Daarbij is meegewogen dat de budgettaire opbrengst naar verwachting beperkt is en in veel andere landen ook geen aansluiting tussen het fiscale en commerciële voorzieningenbegrip bestaat.

In dit memo is voorts gemotiveerd dat er ook voor een aanpassing van de voorwaarden voor het vormen

van een bodemsaneringsvoorziening onvoldoende argumenten zijn. Door de behoorlijke kansvoorwaarde en de schattingseis kan namelijk (alleen) een bodemsaneringsvoorziening worden gevormd indien en zolang er concrete aanwijzingen zijn van bodemvervuiling die zal worden gesaneerd en indien een onderbouwing kan worden gemaakt van de verwachte saneringskosten. Weliswaar heeft de belastingdienst geen stok achter de deur om ervoor te zorgen dat altijd tot sanering wordt overgegaan als een voorziening wordt gevormd en kan zij vanwege de geheimhoudingsplicht geen informatie over de aanwezigheid van bodemvervuiling doorspelen aan het bevoegd gezag, maar daar staat tegenover dat de voorziening onmiddellijk zal vrijvallen zodra blijkt dat deze ten onrechte is gevormd. Alleen indien en zolang sprake is van een reële situatie, kan dus een bodemsaneringsvoorziening worden gevormd.

Bijlage fiscale voorzieningenbegrip in omringende landen en de VS.

Hierna volgt een overzicht van de vereisten die in de omringende landen en de VS worden gesteld aan het vormen van een fiscale voorziening. Daaruit is af te leiden dat Nederland in vergelijking met andere landen ruime mogelijkheden tot het vormen van een fiscale voorziening kent. In een aantal landen geldt namelijk een uitputtende opsomming van de voorzieningen die kunnen worden gevormd. Voorts kan daaruit worden afgeleid dat in veel andere landen het fiscale voorzieningenbegrip – evenals in Nederland - niet aansluit op het hiervoor beschreven jaarrekeningenrecht en de IAS-normen.

1. België

België staat slechts onder specifieke voorwaarden de vorming voorzieningen toe.

In België zijn voorzieningen toegestaan:

1. voor waarschijnlijke verliezen.

Voorwaarde is dat de verliezen verband houden met aanspraken van debiteuren

2. voor waarschijnlijke risico's en kosten

De belastingplichtige mag een dergelijke voorziening vormen voor verplichtingen die hun oorsprong hebben in het jaar van passivering.

2. Denemarken

Afgezien van specifieke voorzieningen voor ondernemers met buitenlandse dochters en vaste inrichtingen kent Denemarken geen aftrekbare voorzieningen.

3. Duitsland

Fiscaal zijn in Duitsland - naast de zekere formele schulden (Verbindlichkeiten) - slechts ¹² de volgende passiva aftrekbaar:

¹² Zie (§ 249, Abs. 3 HGB

¹³ In § 249, Abs. 1 HGB worden als aftrekbare passiva ook nog de Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäfte genoemd; fiscaal zijn die passiva op basis van § 5, 4a EStG verboden.

- voorzieningen voor onzekere verplichtingen (§ 249, Abs. 1 HGB) ¹³;
- 2. voorzieningen voor nog te plegen onderhoud, indien het onderhoud binnen 3 maanden na balansdatum uitgevoerd wordt (§ 249, Abs. 1, Nr. 1 HGB);
- 3. voorzieningen voor bodemsaneringen indien de sanering binnen 12 maanden na balansdatum uitgevoerd wordt (§ 249, Abs. 1, Nr. 1 HGB);
- 4. garantieverplichtingen, zonder dat er van een juridisch afdwingbare verplichting sprake is (§ 249, Abs. 1, Nr. 2 HGB);
- 5. vooruitontvangen opbrengsten (§ 250, Abs. 2 HGB);
- 6. voorzieningen voor schendingen van patentrechten van anderen, indien die ander de ondernemer daarvoor aansprakelijk heeft gesteld of met de mogelijkheid dat dat zal gebeuren ernstig rekening moet worden gehouden (§ 5, Abs 3 EStG);
- 7. voorzieningen voor uitkeringen bij dienstjubilea van werknemers indien de desbetreffende werknemer tenminste tien jaren in dienst is, de uitkering betrekking heeft op een arbeidsovereenkomst die tenminste 15 jaren geduurd heeft en de uitkering schriftelijk overeengekomen is (§ 5, Abs 4 EStG);.

Duitsland kent derhalve geen voorzieningen voor verliescontracten, geen kostenegalisatievoorzieningen en geen voorzieningen het 'zelf verzekeren' van bepaalde risico's.

4. Spanje

In Spanje zijn naast herwaarderingsvoorzieningen geen andere voorzieningen toegestaan.

5. Frankrijk

In Frankrijk zijn voorzieningen toegestaan als aan 6 voorwaarden wordt voldaan

- 1. de voorziening heeft een specifieke bestemming
- 2. het verlies of de uitgave vormt een zakelijke last
- 3. het verlies of de uitgave is waarschijnlijk
- 4. het verlies of de uitgave houdt verband met kosten die hun oorsprong voor balansdatum vinden
- 5. de voorziening moet ook commercieel gevormd worden
- 6. de voorziening moet afzonderlijk toegelicht worden.

Voor gebruikelijke jaarlijkse uitgaven, voor de kosten van het 'zelf verzekeren' van bepaalde risico's, voor gebruikelijke reparatie- en onderhoudskosten is geen voorziening toegestaan.

Frankrijk kent ook een aantal specifieke voorzieningen, bijvoorbeeld voor het vestigen van een buitenlandse onderneming, voor kredietrisico's, voor ondernemingen in de mijnbouw, voor verzekeraars.

¹³ In § 249, Abs. 1 HGB worden als aftrekbare passiva ook nog de Rückstellungen für drohende Verluste aus swebenden Geschäfte genoemd; fiscaal zijn die passiva op basis van § 5, 4a EStG verboden.

6. Italië

In Italië zijn slechts de door de wet aangewezen voorzieningen aftrekbaar. De Italiaanse wet kent de voorziening voor dubieuze debiteuren en verder slechts een enkele specifieke voorziening (bijvoorbeeld voor afvloeiingsregelingen van personeel, koersrisico's, voor kortingzegels, spaaracties en dergelijke,).

7. Luxemburg

Voorzieningen voor onzekere verplichtingen zijn toegestaan. Voorbeelden van toegestaan voorzieningen zijn: garanties, schadeclaims, pensioenverplichtingen. De voorziening voor het 'zelf verzekeren' van bepaalde risico's en de kostenegalisatiereserves zijn er niet mogelijk.

8. Oostenrijk

Oostenrijk kent twee categorieën van toegestane voorzieningen:

1. voorzieningen voor onzekere verplichtingen; bijvoorbeeld voorzieningen voor afvloeiingsregelingen, voorzieningen voor lopende pensioenen;
2. voorzieningen voor verliezen uit lopende contracten.

9. Portugal

De volgende voorzieningen zijn in Portugal aftrekbaar:

1. voorziening dubieuze debiteuren
2. voorziening voor de afwaardering van voorraden
3. voorziening voor proces-verplichtingen en proceskosten
4. voorziening voor de herinvesteringen van oliemaatschappijen
5. voorzieningen voor banken en verzekeraars
6. voorzieningen voor de mijnbouwindustrie

Daarnaast kent Portugal een herwaarderingsreserve en enige specifieke voorzieningen voor banken en verzekeraars.

10. Finland

In Finland mag geen voorziening voor dubieuze debiteuren gevormd worden. Het land kent wel garantievoorzieningen voor aannemers, vliegtuigbouwers, scheepsbouwers en machine bouwers. Andere ondernemers mogen de garantievoorziening niet vormen. Voorzieningen voor waarschijnlijke pensioenuitkeringen, reorganisaties, saneringskosten zijn niet aftrekbaar.

11. Noorwegen

De voorziening dubieuze debiteuren is in de regel niet toegestaan. Deze is pas mogelijk zodra definitief vaststaat dat de schuldenaar niet aan zijn verplichtingen zal voldoen.

Noorwegen kent daarnaast een soort rampenvervangingsreserve.

Een onderneming mag geen voorziening vormen voor waarschijnlijke toekomstige uitgaven die voortvloeien uit garanties e.d. Ook is geen voorziening voor het 'zelf verzekeren' van bepaalde risico's niet toegestaan. Er zijn geen speciale regels die voorzieningen toestaan voor toekomstige milieukosten.

12. Verenigd Koninkrijk van Groot Brittannië

Voorzieningen zijn slechts toegestaan voorzover een redelijke schatting mogelijk is en de wet de vorming van de voorziening niet verbiedt.

Niet aftrekbaar zijn bijvoorbeeld:

1. algemene voorzieningen voor dubieuze debiteuren;
2. voorzieningen voor het 'zelf verzekeren' van bepaalde risico's;
3. voorzieningen voor verplichtingen en toekomstige verliezen die niet redelijkerwijs geschat kunnen worden;
4. bestemmingsreserves;
5. voorzieningen voor specifieke toekomstige uitgaven indien de verplichting nog niet ontstaan is, bijvoorbeeld voor reparatiekosten of onderhoud.

Aftrekbaar zijn onder andere:

1. voorzieningen voor specifieke dubieuze debiteuren;
2. voorzieningen voor veroudering van voorraden;
3. voorzieningen voor verplichtingen die op balansdatum zijn ontstaan en die qua omvang geschat kunnen worden, mits de vorming leidt tot een getrouw beeld van het transactieresultaat;
4. voorzieningen voor reparaties die onmiddellijk uitgevoerd moeten worden;

13. Verenigde Staten van Amerika

Voorzieningen mogen in aanmerking worden genomen in het jaar waarin

1. alle feiten waarvan het ontstaan van de verplichting afhankelijk is zich hebben voorgedaan;
2. de omvang van de verplichting redelijkerwijs geschat kan worden;
3. de kosten van de verplichting aan het jaar van passivering zijn toe te rekenen.

Voor voorwaardelijke verplichtingen is pas een passiefpost toegestaan nadat alle voorwaarden zijn vervuld.

1. Probleemstelling

Het tempo van afschrijven wordt bij een ondernemer (in de winstsfeer) bepaald door goed koopmansgebruik. Afschrijven dient op zodanige wijze plaats te vinden dat de lasten in verband met het gebruik van een bedrijfsmiddel op de juiste wijze worden toegerekend aan de jaren waarin het bedrijfsmiddel in de onderneming wordt aangewend. De volgende factoren zijn daarbij van belang: de aanschaffingskosten, de periode dat het bedrijfsmiddel wordt aangewend (de gebruiksduur) en de restwaarde. De praktijk leert dat met name bij de afschrijving op onroerende zaken in veel gevallen de restwaarde (van opstal en ondergrond) lager wordt vastgesteld dan deze in de toekomst – bij het afstoten van de zaak – blijkt op te brengen. Ook de geprognoseerde gebruiksduur blijkt achteraf in veel gevallen niet juist te zijn. Dit leidt tot afschrijvingen die achteraf bezien niet in overeenstemming zijn met de daadwerkelijke waardedaling van het bedrijfsmiddel tijdens de gebruiksduur van de ondernemer. Voorts blijkt vaak door het plegen van onderhoud - waarvan de kosten ten laste van de winst kunnen worden gebracht - en de inflatie de onroerende zaak niet in waarde te verminderen tijdens de bezitsperiode van de ondernemer. Deze problematiek klemmt te meer daar bij een uiteindelijke vervreemding van de onroerende zaak de afschrijvingen uit het verleden per saldo “niet worden teruggedraaid” omdat een herinvesteringsreserve (vervangingsreserve) kan worden gevormd. Het resultaat is derhalve dat de fiscus afschrijvingen krijgt gepresenteerd die in feite niet op de ondernemer drukken.

Hoewel deze problematiek zich in theorie kan voordoen bij alle soorten bedrijfsmiddelen is de praktijk dat deze het pregnantst is bij als belegging gehouden onroerende zaken. Er bestaan onroerend-goedmaatschappijen die nooit aan belastingbetaling toekomen.

2. Probleem doet zich niet voor bij immateriële activa

Door de Studiegroep is gevraagd of de probleemstelling niet verbreed dient te worden naar immateriële activa. Hoewel ook bij immateriële activa afschrijving plaats vindt, doet zich in de praktijk daarbij in het algemeen niet de vraag voor of afschrijving gerechtvaardigd is. Dit komt door het verschil in wezen tussen vastgoed en immateriële activa. Bij gekochte immateriële activa – zoals goodwill - is de aanschaffingsprijs in feite de contante waarde van toekomstige winsten. In het tempo waarin deze toekomstige winsten worden behaald, dient ook de afschrijving plaats te vinden. Bij de bepaling van de koopprijs wordt hierbij de periode waarin de toekomstige “gekochte” winsten zullen worden behaald op een relatief korte periode gesteld; verwacht de verkoper dat de immateriële activa over een langere periode extra winsten zullen generen, zal hij veelal een prijs bedingen die naast een vast bedrag ook een variabel element kent dat afhankelijk is van een deel van de omzet/winst van de koper. Immateriële activa hebben dan ook doorgaans slechts gedurende een beperkte periode een waarde; daar waar dit anders is komt dit in de regel doordat de ondernemer waarde toevoegt aan het activum (zo is gekochte goodwill na verloop van tijd vervangen door zelf ontwikkelde goodwill). Bij vast goed is de periode dat het object

“winst” genereert daarentegen relatief (heel) lang en voor de ondergrond zelfs oneindig. Door dit verschil in wezen bestaat er binnen de fiscale praktijk geen twijfel over de juistheid van afschrijven over gekochte immateriële activa binnen een bepaalde periode. Het verbreden van de probleemstelling door ook specifiek naar maatregelen te kijken die gericht zijn opgekochte immateriële activa wordt dan ook niet aanbevolen.

Bij zogenoemde zelfontwikkelde immateriële activa kan de vraag worden opgeworpen of deze niet tot activering aanleiding dienen te geven, dan wel of – hetgeen thans in de regel het geval is – de ter zake gemaakte kosten direct ten laste van de winst kunnen worden gebracht. Vanwege de grote diversiteit aan immateriële activa en de aanzienlijke gevolgen die een jaarlijkse waardering met vervolgens activering en daarna afschrijving met zich zou brengen, leent deze materie zich er niet voor om op korte termijn te komen tot aanbevelingen. Om die reden heeft de werkgroep hier dan ook niet naar gekeken.

3. Mogelijke maatregelen

De oorzaak van de problematiek is dat bij de bepaling van de restwaarde wordt uitgegaan van het huidige prijspeil (en dus nog geen rekening wordt gehouden met toekomstige waardeinstijgingen) en de jurisprudentie slechts in uitzonderlijke gevallen bijstelling (=verlaging) van het afschrijvingspercentage voorschrijft bij een waardeinstijging van de restwaarde. De problematiek doet zich vrijwel alleen voor bij onroerende zaken, en is daar het grootst in situaties waarbij de jurisprudentie toestaat, hoewel er sprake is van een bedrijfsmiddel, een splitsing aan te brengen in ondergrond en opstal en bij de bepaling van de afschrijving op de opstal geen rekening te houden met waardeinstijgingen van de ondergrond. Een eventuele maatregel behoeft dus niet noodzakelijkerwijs betrekking te hebben op alle bedrijfsmiddelen. Aan de andere kant is uit een oogpunt van presentatie en eenvoud het aantrekkelijk wanneer een generieke maatregel mogelijk zou zijn.

De problematiek kan op verschillende wijzen worden aangepakt. Zo kan het afschrijvingssysteem worden beperkt of worden vervangen door een ander systeem. Ook bestaat de mogelijkheid om de herinvesteringsreserve te beperken. Bij beide benaderingen treden er niet alleen gevolgen op voor ondernemingen in de sfeer van de vennootschapsbelasting, maar ook voor ondernemingen in de sfeer van de inkomstenbelasting.

3.1. Maatregel in de afschrijvingsfeer

a. Generieke maatregel: beperking afschrijving bij alle bedrijfsmiddelen tot aanschaffingsprijs minus actuele waarde

Bij deze variant wordt op de balansdatum acht geslagen op de actuele waarde. De afschrijving wordt stop gezet wanneer de boekwaarde minder bedraagt dan de actuele marktwaarde.

Voor roerende zaken en rechten zal deze maatregel naar verwachting weinig veranderen. Anders ligt dit bij onroerende zaken. Daar moet jaarlijks een toets plaatsvinden aan een geobjectiveerde waarde (waarde in het economische verkeer) waarbij ondergrond en opstal als een eenheid wordt gezien. De jaarlijkse toets zou op een indirecte wijze kunnen worden gewijzigd in een toets om de vier jaar door als waarde te nemen de WOZ-waarde (de WOZ waarde wordt volgens de huidige wetgeving slechts eens in de vier jaar vastgesteld en loopt minimaal 2 jaar en maximaal 6 jaar achter).

Negatieve aspecten van deze optie zijn:

- De actuele marktwaarde bepalen is lastig en soms zelfs (niet) mogelijk omdat in dat geval de enige gegadigde voor het object de huidige belastingplichtige is.
- Administratieve lastenverzwaring

b. Maatregel a beperken tot onroerende zaken

Omdat er bij maatregel a voor roerende zaken en rechten ten opzichte van de huidige situatie weinig zal veranderen, zou deze maatregel in de juridische vormgeving ook kunnen worden beperkt tot onroerende zaken.

c. Specifieke maatregel: geen afschrijving meer m.b.t. onroerende zaken die als "belegging" worden gehouden

Geen afschrijving meer, doch uitsluitend waarderen op kostprijs of lagere marktwaarde

Deze optie gaat ervan uit dat voor een belegger onroerende zaken die ter belegging worden gehouden dezelfde functie hebben als effecten of andersoortige beleggingen. Vanuit dat oogpunt is er geen reden om voor de jaarlijkse balanswaardering (en daarmee de winstbepaling) onroerende zaken anders te behandelen dan effecten en andere beleggingen

Wat betreft de invulling van wat voor deze maatregel onder "beleggen" moet worden verstaan, zou bijvoorbeeld aansluiting kunnen worden gezocht bij artikel 20a Wet Vpb. 1969, dat per 1 januari 2001 is ingevoerd. In het zesde lid van dat artikel is aangegeven dat beleggingen zijn: onroerende zaken die zijn bestemd om direct of indirect ter beschikking te worden gesteld aan anderen dan met de belastingplichtige verbonden lichamen.

Na een waardering op lagere marktwaarde, dient uiteraard opwaardering plaats te vinden bij een latere stijging van de marktwaarde; de opwaardering gaat niet verder dan tot het bedrag van de kostprijs.

Negatieve aspecten van deze variant zijn dat de maatregel er toe kan leiden dat huur van een bedrijfspand fiscaal duurder is dan in de situatie van eigendom. Voorts dat het onderscheid beleggen – niet beleggen niet altijd even gemakkelijk is aan te brengen en daardoor arbitrair is. Ook is een negatief aspect dat het jaarlijks bepalen van de marktwaarde voor de ondernemer lastig kan zijn.

3.2. Maatregel in de sfeer van de herinvesteringsreserve

Een generieke maatregel in de sfeer van de herinvesteringsreserve zou kunnen inhouden dat de vorming van een herinvesteringsreserve wordt uitgesloten voor het verschil tussen de boekwaarde direct voorafgaande aan de vervreemding van het bedrijfsmiddel en de aanschaffingsprijs van destijds van het bedrijfsmiddel. Hierdoor wordt bij verkoop van bijvoorbeeld een onroerende zaak die in het verleden toegepaste afschrijving als het ware teruggenomen. Voor zover er een vervreemdingsopbrengst wordt gerealiseerd boven de aanschaffingsprijs van destijds kan daarentegen wel een herinvesteringsreserve worden gevormd.

Voorbeeld

Jaar 1: Aanschaf vastgoed in jaar 1 voor 100.

Jaar 1-10: Afschrijving totaal 30; boekwaarde eind jaar 10: 70.

Jaar 11: Verkoop vastgoed voor 150.

De vervreemdingswinst bedraagt in jaar 11: $(150 - 70) = 80$. Van deze 80 is 30 belast en kan 50 in een herinvesteringsreserve worden ondergebracht.

Deze maatregel kan worden toegepast zonder aanpassing van het afschrijvingssysteem.

Negatieve aspecten van deze optie zijn:

- Meer symptoombestrijding. Het probleem wordt niet in de kern aangepakt. In het voorbeeld hierboven heeft men 10 jaar lang nog het voordeel van de afschrijving gehad.
- Remt noodzakelijke herstructurering en aanpassingen aan de markt (een noodzakelijke vervanging van een bedrijfsmiddel kan leiden tot aanzienlijke belastingheffing).
- Een evenwichtige benadering brengt in theorie mee dat ook een inbreuk op goed koopmansgebruik wordt aangebracht wat betreft de toepassing van de ruilarresten (bij ruil zou ook de afschrijving uit het verleden moeten worden teruggenomen).

4. Afschrijvingssystemen andere landen

Nader info onderzoek IBDB ...

5. Budgettaire aspecten

5.1. Maatregelen t.a.v. de afschrijving

AFP

5.2. Maatregel t.a.v. de herinvesteringsreserve

AFP

6. Conclusies