

---

## Belastingplan 2003

### Inleiding

Op dinsdag 17 september 2002 is het Belastingplan 2003 ingediend bij de Tweede Kamer. Het Belastingplan 2003 richt zich onder meer op de uitwerking van het Strategisch Akkoord van het inmiddels demissionaire kabinet CDA, LPF en VVD. Het Belastingplan 2003 valt uiteen in twee wetsvoorstellen. Het wetsvoorstel Belastingplan 2003 deel I is inmiddels op 14 november 2003 door de Tweede Kamer aangenomen en zal nu worden behandeld in de Eerste Kamer. Het wetsvoorstel Belastingplan 2003 deel II is niet geheel conform het oorspronkelijke wetsvoorstel aangenomen. Gedurende de kamerbehandeling zijn op het laatste moment enige wijzingen in het wetsvoorstel aangebracht. Met name het gedeeltelijk

voortbestaan van de spaarloonregeling, het instandhouden van de fiscale regelingen omtrent groen, cultureel en sociaal-ethisch beleggen, het invoeren van een fiscale stimulant voor de productie van groene stroom en het afschaffen van de voorgestelde begrenzing van de afschrijving op onroerende zaken springen hierbij in het oog. In deze beschouwing zullen wij een tweetal aandachtspunten van het Belastingplan 2003 behandelen die naar onze mening van belang zijn voor de ondernemingsrechtspraktijk. Ten eerste zal de uitbreiding van een belangrijke anti-misbruikmaatregel binnen de deelnemingsvrijstelling worden besproken (Belastingplan 2003 deel II). Ten tweede komt de voorgestelde beperking van afschrijvingen op onroerende zaken aan bod, ook al heeft deze beperking de toets van de Tweede Kamer niet doorstaan. Ten slotte zal kort stil worden gestaan bij een aanpassing van de earn-out-regeling waar het betalingen onder balansgaranties betreft in de Veegwet-III.

### Anti-misbruikmaatregel deelnemingsvrijstelling

#### *Deelnemingsvrijstelling*

Onder de deelnemingsvrijstelling worden voordelen uit hoofde van een kwalificerende deelneming (hierna: Deelneming) niet in aanmerking genomen bij het bepalen van de belastbare winst van een in Nederland gevestigde belastingplichtige entiteit (hierna: Vennootschap). De voordelen omvatten onder meer vermogenswinsten, dividenden en bepaalde valutaresultaten. Het begrip voordeel dient in het licht van de deelnemingsvrijstelling absoluut te worden uitgelegd en omvat dus zowel winsten als verliezen. Door het absolute karakter van het voordeelbegrip zijn verliezen uit hoofde van de deelneming in principe niet aftrekbaar van het belastbaar inkomen van de Vennootschap. Kosten, alsmede negatieve valutaresultaten die geen verband houden met in Nederland belastbare winst, zijn over het algemeen ook niet aftrekbaar van het belastbaar inkomen van de Vennootschap. Een belangrijk gevolg hiervan is dat kosten (bijvoorbeeld rentelasten) in verband met buitenlandse deelnemingen op basis van artikel 13 lid 1 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) niet aftrekbaar zijn bij de Vennootschap. De niet-aftrekbaarheid van kosten die verband houden met binnen de Europese Unie gevestigde deelnemingen, wordt thans bestreden door middel van een beroep op strijdigheid met Europees recht.

Teneinde te kwalificeren als Deelneming moet in beginsel worden voldaan aan de volgende cumulatieve voorwaarden die zijn geformuleerd in artikel 13 lid 2 Wet Vpb 1969:

- de Vennootschap dient 5% of meer van het nominaal gestorte kapitaal te bezitten van een vennootschap die een geheel of ten dele in aandelen verdeeld kapitaal heeft, en
- de aandelen in de vennootschap mogen niet als voorraad worden gehouden.

Wanneer de Vennootschap aandelen houdt in een vennootschap die niet in Nederland is gevestigd, gelden twee additionele voorwaarden:

- de aandelen mogen niet ter belegging worden gehouden, en
- de buitenlandse vennootschap waarvan de aandelen worden gehouden, dient onderworpen te zijn aan een belasting naar de winst in het land waar deze vennootschap gevestigd is.

### *Niet ter belegging*

Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is slechts dan sprake van het ter belegging houden van aandelen, indien deze worden gehouden met het oog op de waardevermeerdering en het rendement dat bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht. Gezien deze subjectieve omschrijving van het begrip belegging leidt de niet-ter-beleggingseis tot rechtsonzekerheid. Met ingang van 1 januari 1992 is de niet-ter-beleggingseis versoepeld met betrekking tot Europese deelnemingen die als belegging worden gehouden door middel van de invoering van artikel 13g Wet Vpb 1969. Dit was nodig om de Nederlandse wetgeving in overeenstemming te brengen met de uit 1990 stammende EG-moeder-dochterrichtlijn. Het oorspronkelijke artikel 13g Wet Vpb 1969 bepaalde dat een bezit van 25% van het gestorte kapitaal van een binnen de EU gevestigde vennootschap die door de Vennootschap als belegging wordt gehouden, toch als Deelneming kwalificeerde indien aan de volgende voorwaarden werd voldaan:

- de in de andere EU-lidstaat gevestigde dochtervennootschap is onderworpen aan een belasting naar de winst;
- de dochtervennootschap heeft een in de bijlage van de EG-moeder-dochterrichtlijn genoemde rechtsvorm (onder andere NV/BV/AG/GmbH/SA/SL), en
- de dochtervennootschap wordt in de EU-lidstaat van vestiging niet volgens een met een derde staat gesloten belastingverdrag geacht buiten de EU te zijn gevestigd.

### *Belastingplan 2002 en Belastingplan 2003*

Het oorspronkelijke artikel 13g Wet Vpb 1969 is sinds zijn invoering veelvuldig onderwerp van discussie geweest. Een van de belangrijkste kritiekpunten was dat,

door het tussenschuiven van een EU-dochtervennootschap, het ter belegging gehouden belang in een buiten de EU gevestigde deelneming onder het bereik van de deelnemingsvrijstelling kon worden gebracht. Na een gestrand wetsvoorstel en een uitstel van een jaar is het oorspronkelijke artikel 13g Wet Vpb 1969 in het Belastingplan 2002 ingrijpend gewijzigd. De wetgever is echter nu reeds van mening dat de per 1 januari 2002 ingevoerde anti-misbruikmaatregel niet volledig is en dat zich nog steeds oneigenlijk gebruik van het artikel 13g Wet Vpb 1969 voordoet. Naast de voorwaarden van het oorspronkelijke artikel 13g Wet Vpb 1969 dient, indien het Belastingplan 2003 wordt aangenomen in haar huidige vorm, cumulatief aan twee additionele voorwaarden te worden voldaan, wil een beroep op de deelnemingsvrijstelling slagen. Ten eerste is de deelnemingsvrijstelling slechts van toepassing indien de bezittingen van de EU-dochtervennootschap niet onmiddellijk of middellijk hoofdzakelijk bestaan uit belangen in vennootschappen welke niet als deelneming zouden worden aangemerkt indien de Vennootschap deze rechtstreeks zou hebben gehouden. Dit betekent dat voor de toetsing aan artikel 13g lid 3 Wet Vpb 1969 de EU-dochtervennootschap wordt weggedacht en dat op alle middellijk gehouden belangen de deelnemingsvrijstelling van toepassing zou moeten zijn, indien direct gehouden door de Vennootschap.

De formulering van deze voorwaarde roept een aantal onduidelijkheden op. In de parlementaire behandeling is de voorwaarde nader toegelicht. Het begrip 'hoofdzakelijk' betekent 70% of meer. De waarde van de bezittingen van de EU-dochtervennootschap wordt gemeten aan de hand van de waarde in het economisch verkeer die kan blijken uit de commerciële jaarstukken van de desbetreffende dochtermaatschappij. Slechts indien de door de dochtermaatschappij gehanteerde waarderingsgrondslagen dusdanig zijn dat deze in sterke mate afwijken van de waarde in het economisch verkeer, zal een individuele waardering van de activa naar de waarde in het economisch verkeer moeten plaatsvinden.

De tweede aanscherping betreft de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling in een situatie waarin een onmiddellijk of middellijk belang in een EU-dochtervennootschap wordt gehouden waarvan de bezittingen hoofdzakelijk bestaan uit één of meer buitenlandse ondernemingen waarvan de werkzaamheden grotendeels (50% of meer) bestaan uit beleggen of passieve financieringsactiviteiten. In een dergelijk geval handelt de EU-dochtervennootschap in het buitenland door middel van een vaste inrichting of een vaste vertegenwoordi-

ger en niet door een (lokale) rechtspersoon. De deelnemingsvrijstelling is uitgesloten wanneer Nederland geen vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting zou verlenen indien de buitenlandse onderneming rechtstreeks door een Nederlandse vennootschap zou worden gehouden.

De eisen waaraan een onderneming moet voldoen om haar werkzaamheden als actieve in plaats van passieve financieringsactiviteiten te kunnen bestempelen, zijn erg strikt. In het algemeen is slechts sprake van actieve financieringsactiviteiten indien een afdeling met bevoegde personen zich meer dan incidenteel bezighoudt met het arrangeren en uitvoeren van financiële transacties binnen een concern.

Een bekende en veelvuldig toegepaste structuur betreft de Nederlandse BV die, door middel van een in Luxemburg gevestigde vennootschap, een Zwitserse vaste inrichting heeft die groepsfinancieringsactiviteiten verricht. In Zwitserland zijn de (passieve) financieringsinkomsten, door een juiste keuze van het kanton van vestiging, laag belast. Luxemburg stelt het grootste deel van de voordelen uit deze activiteiten vrij. In Nederland werden de door de Luxemburgse vennootschap betaalde dividenden niet in aanmerking genomen vanwege de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Onder de voorgestelde wijziging van artikel 13g Wet Vpb 1969 is de deelnemingsvrijstelling in een dergelijke situatie niet langer van toepassing.

De voorwaarden voor de deelnemingsvrijstelling geformuleerd in artikel 13 lid 2 Wet Vpb 1969 worden permanent getoetst. Eenzelfde permanente toets geldt in principe voor de voorgestelde voorwaarden van artikel 13g lid 3 Wet Vpb 1969. Indien de EU-dochtervennootschap in de loop van een boekjaar één of meerdere belangen verkrijgt of verkoopt en daardoor onder of boven het 70%-criterium uitkomt, moet 'compartimentering' worden toegepast. Dit betekent dat enkel gedurende de periode dat het belang als Deelneming kwalificeert, de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Vanuit uitvoeringstechnisch oogpunt wordt het redelijk geacht dat in de praktijk voor het toetsingsmoment wordt aangesloten bij de balansdatum, omdat op dat moment het beste inzicht bestaat in de relevante gegevens. Een Vennootschap zal zich dus bij de aan- en verkoop van deelnemingen, alsmede bij de te voeren dividendpolitiek constant bewust moeten zijn van het 70%-criterium en, bij de aanwezigheid van een buitenlandse onderneming, het 50%-criterium.

Het gevolg van uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling op basis van het huidige artikel 13g lid 3 Wet Vpb 1969 kan inhouden dat het niet-kwalificerende belang in de EU-dochtervennootschap bij de Vennootschap jaarlijks moet worden gewaardeerd op de waarde in het economisch verkeer. Dit is het geval voorzover de bezittingen van het indirect gehouden belang voor 90% of meer onmiddellijk of middellijk bestaan uit beleggingen. Waardestijgingen als gevolg van deze waardering zijn belast. Anderzijds zijn waardedalingen aftrekbaar. Opmerkelijk is de overkill die schuilgaat in artikel 13g Wet Vpb 1969. De deelnemingsvrijstelling is namelijk eveneens niet van toepassing op de onderliggende kwalificerende deelnemingen of activiteiten. Als laatste redmiddel voor de Vennootschap is een tegenbewijsregeling opgenomen. Indien de vennootschap kan aantonen dat het tussenschuiven van de EU-dochtervennootschap in overwegende mate is ingegeven door andere overwegingen dan het ontgaan of uitstellen van belasting, zijn de additionele voorwaarden en de herwaardering niet van toepassing. De vraag rijst of de omkering van de bewijslast van het huidige artikel 13g lid 5 Wet Vpb 1969 in overeenstemming is met de EG-moeder-dochterrichtlijn. Nationale anti-misbruikbepalingen zijn weliswaar toegestaan, maar in de literatuur is reeds opgemerkt dat de formulering van de nationale anti-misbruikbepaling een ander uitgangspunt zou moeten hebben. Gedacht kan worden aan een bepaling waarin de richtlijnvoordelen in beginsel aan de belastingplichtige worden toegekend, maar dat de Belastingdienst de mogelijkheid wordt geboden te bewijzen dat sprake is van misbruik.

#### **Begrenzing afschrijving onroerende zaken**

Een onderwerp dat de gemoederen de laatste tijd flink heeft beziggehouden, is de afschrijving op onroerende zaken en de voorgestelde beperking daarvan zoals voorgesteld in het Belastingplan 2003. Mede onder druk van de vastgoedlobby is dit voorstel op 14 november 2002 niet door de Tweede Kamer overgenomen. Desalniettemin bespreken wij dit voorstel hierna kort, omdat wij van mening zijn dat het feit dat dit onderwerp tot op het laatste moment onderdeel uitmaakte van het Belastingplan 2003, een aanwijzing is hoe over deze problematiek wordt gedacht.

De jaarlijkse waardevermindering van een bedrijfsmiddel wordt normaal gesproken verdisconteerd in een afschrijvingslast. Deze last is aftrekbaar voor fiscale doeleinden en verlaagt daardoor de jaarlijkse fiscale winst en daardoor ook het te betalen belastingbedrag. Er bestaan verschillende afschrijvingsmethodieken die echter met elkaar gemeen hebben dat ze zijn gebaseerd op

een formule waarbij de aanschafkosten, de gebruiksduur en de restwaarde van het bedrijfsmiddel de belangrijkste variabelen zijn.

De afschrijving op onroerende zaken kent een aantal praktische problemen. Deze problemen hangen samen met het feit dat zowel de restwaarde als de gebruiksduur van onroerende zaken moeilijk te bepalen is. Door de exponentiële waardegroei van onroerende zaken over de afgelopen jaren bleek dat de restwaarde vaak veel hoger was dan de restwaarde die voor de afschrijvingsformule was gebruikt. Daarnaast gaf de groei in waarde geregeld aanleiding voor beleggers om de onroerende zaken op een eerder moment te verkopen dan voorzien, omdat de beoogde 'exit-waarde' al was bereikt. Als gevolg van deze ontwikkelingen bleek dat de afschrijvingen tegen een te hoge waarde in aanmerking waren genomen, waardoor de schatkist een cash-flow-nadeel leed.

De afschrijving op onroerende zaken dient plaats te vinden op basis van goed koopmansgebruik. Tot op de dag van vandaag bestaat er echter onduidelijkheid over wat hier nu precies onder dient te worden verstaan voor wat betreft de afschrijving op onroerende zaken. In de praktijk stelt de Belastingdienst zich op het standpunt dat in beginsel de afschrijving dient te worden bepaald op basis van de waarde van de onroerende zaak in zijn geheel, dat is: zowel grond als opstal. De basis van deze gedachte wordt gevormd door arresten van de Hoge Raad waarin wordt gesteld dat wanneer de grond niet afzonderlijk in gebruik is, de grond en het opstal één bedrijfsmiddel vormen. Waardeveranderingen van de grond dienen in die visie te worden meegenomen in de bepaling van de restwaarde van de onroerende zaak en zijn daarmee van invloed op de hoogte van de afschrijving. In de afgelopen decennia, waarin met name de waarde van grond exponentieel steeg, kwam het geregeld voor dat de op die wijze berekende restwaarde minimaal gelijk was aan de boekwaarde van de onroerende zaak, waardoor er geen plaats meer was voor enige afschrijving. Investeerders dienen vaak aanmerkelijke investeringen te plegen in de opstal teneinde de opstal blijvend te laten voldoen aan de steeds hogere eisen van de markt. De hiervoor genoemde afschrijvingsmethode heeft dan als gevolg dat ongerealiseerde vermogenswinsten tot een cash-flow-probleem bij de belegger kunnen leiden. Er wordt dan ook wel betoogd, en ons inziens terecht, dat de mogelijkheid dient te bestaan om voor afschrijvingsdoeleinden een onderscheid te maken tussen grond en de opstal. In de praktijk kan dit worden gerealiseerd door het recht van opstal feitelijk af te splitsen van de grond door deze door een aparte vennootschap te laten houden.

In het Belastingplan 2003 werd voorgesteld om de afschrijving op onroerende zaken die als belegging worden gehouden te begrenzen. De term 'begrenzen' dient echter als een understatement te worden beschouwd. Enkel wanneer de waarde in het economische verkeer van onroerende zaken die ter belegging worden gehouden, daalt onder de aanschafprijs, zou er voor het verschil tussen deze waarde een last genomen mogen worden. Deze last diende echter direct te worden teruggenomen indien de waarde in het economische verkeer van de betreffende onroerende zaak weer op het niveau van de aanschafprijs is gekomen. Door deze begrenzing zou de hiervoor genoemde discussie met betrekking tot de afschrijvingsmethodiek waar het onroerende zaken die ter belegging worden gehouden betreft, tot van enkel academische waarde verworden.

Om de impact van deze 'begrenzing' te kunnen beoordelen dient te worden bezien welke eigenaren van onroerende zaken door deze regeling zouden worden getroffen. Zoals gesteld ging het om onroerende zaken die ter belegging worden gehouden. De regeling zag zowel op beleggers van onroerende zaken die de onroerende zaken tot de persoonlijke onderneming rekenen (Box I), als op vennootschappen die onroerende zaken ter belegging houden. Een onroerende zaak wordt in fiscale zin ter belegging gehouden indien er met betrekking tot de onroerende zaak geen activiteiten worden verricht die een normaal, actief vermogensbeheer te boven gaan. De vraag of de actieve verhuur van onroerende zaken door deze regeling wordt getroffen, beantwoordde het wetsvoorstel zelf door te stellen: 'Onder een onroerende zaak die als belegging wordt gehouden wordt mede begrepen een onroerende zaak die bestemd is om direct of indirect hoofdzakelijk ter beschikking te worden gesteld aan een ander dan een met de belastingplichtige verbonden persoon.' A contrario kan hieruit worden afgeleid dat wanneer een vennootschap een onroerende zaak in eigendom heeft, welke onroerende zaak in de onderneming van de vennootschap wordt aangewend, de reguliere afschrijvingsmethodiek voortgezet zou mogen worden. Ook een 'captive real estate company', zijnde een vennootschap die onroerende zaken ter beschikking stelt aan groepsvennootschappen, zou niet door deze regel worden getroffen.

Het is thans duidelijk wat de verwachte impact van de voorgestelde regeling zou zijn. Beleggers in onroerende zaken zouden de gedeelde fiscale afschrijvingen willen verdisconteren in de huurprijs. In de huidige economische omstandigheden biedt de markt naar onze mening geen ruimte voor huurverhogingen. Per saldo wordt

---

daarmee de aantrekkelijkheid van de Nederlandse vastgoedmarkt negatief beïnvloed doordat het rendement op onroerende zaken vermindert. Deze argumenten hebben mede gezorgd voor het feit dat deze beperking op 14 november 2002 niet in het wetsvoorstel Belastingplan 2003 deel I is opgenomen. Het blijft echter de vraag of in een volgende bezuinigingsronde de afschrijving op ter belegging gehouden onroerende zaken stand zal houden.

### Balansgaranties

Dit artikel uit Vennootschap & Onderneming is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoekers

In V&O 2002, nr. 9 schreven J.C. Brouwer en M.A. Hoozemans een artikel met de titel 'Fiscale aspecten van balansgaranties bij overnames'. Dit artikel betrof de uitleg en de gevolgen van een uitspraak van de Hoge Raad van 12 juli 2002, nr. 36 136 betreffende de fiscale behandeling van balansgaranties. In het kort komt het erop neer dat wanneer bij de koop van aandelen in een vennootschap waarop de deelnemingsvrijstelling toepassing vindt, de verkoper een balansgarantie geeft aan de koper, deze balansgarantie als een vordering van de koper op de verkoper dient te worden geactiveerd. Waardestijgingen en waardedalingen van deze vorderingen zijn niet vrijgesteld onder de deelnemingsvrijstelling en vallen derhalve in het belastbare resultaat van de verkoper en de koper. Brouwer en Hoozemans betoogden dat dit niet in lijn is met de economische werkelijkheid. Aanpassingen van de koopprijs dienen onder de deelnemingsvrijstelling te vallen, zeker tegen het licht van de aangepaste earn-out-regelgeving. In het wetsvoorstel Wijzigingen van belastingwetten c.a. (Vervolgwijzigingen in samenhang met de Belastingherziening 2001), dat in de volksmond de Veegwet-III wordt genoemd, worden de waardeveranderingen van dergelijke vorderingen, die een aanpassing van de koopprijs tot resultaat hebben, ook onder de deelnemingsvrijstelling gebracht. Blijkens een opmerking van de Staatssecretaris van Financiën in de nota naar aanleiding van het verslag ziet deze aanpassing mede op 'betalinggaranties'. Naar alle waarschijnlijkheid worden hiermee 'balansgaranties' bedoeld. Terzijde merken wij op dat naar onze mening deze wetswijziging ook toepassing vindt op overige vorderingen uit hoofde van de zogenoemde 'Representations & Warranties'. Aangezien de voorgestelde wettekst nog steeds aanknoopt bij een aanpassing van de prijs waartegen is vervreemd of verkregen, is het volgens ons zaak in de koopovereenkomst duidelijk te vermelden dat enige nabetaling door het niet nakomen van een garantie, als een aanpassing van de koopprijs zal worden geboekt.

*Mr. J.B.C. Kin  
Mr. G.J.W. Kinnegim  
Allen & Overy*