

# Taxtueel.

nummer 2 • 2014



Volop fiscale actie

**Deloitte.**

# Inhoudsopgave

6



13



18



26



- 4 Venootschapsbelastingplicht voor overheidsondernemingen
- 6 Internationale aanpak belastingontwijking
- 8 Stemrechten en verzekeringsplicht
- 10 Resultaat uit overige werkzaamheden
- 12 Nieuw pensioenakkoord
- 13 Toekomst van pensioen voor de dga
- 16 Ontwikkelingen onzakelijke lening
- 18 Eigen vermogen is geen vreemd vermogen
- 20 Informatieverplichting dienstverleningslichamen aangescherpt
- 22 Vastgoed en de bedrijfsopvolgingsregeling
- 24 Verzekerd van een pechpas
- 25 Pensioenuitvoering zonder btw
- 26 Samenhangende waardering van effecten
- 28 Immateriële schadevergoeding bij termijnoverschrijding
- 30 Recente aanpassingen in de boetesfeer

# Voorwoord

## Volop fiscale actie



**D**e nieuwe staatssecretaris van Financiën, Wiebes, heeft zich geleidelijk in kunnen werken in de vele complexe dossiers die hij ongetwijfeld op zijn bureau heeft aangetroffen. Bepaald geen eenvoudige klus voor iemand zonder fiscale achtergrond. Hij zal er echter nu toch mee aan de slag moeten. We kunnen dus de komende tijd zeker het een en ander aan voorstellen voor nieuwe regelgeving verwachten. Een ding is immers zeker: fiscale regelgeving staat nooit stil. Voor september is er uiteraard een Belastingplan dat moet worden gepubliceerd en dat de nodige energie zal vergen. Maar we zien dat aan diverse dossiers hard wordt gewerkt. Een van de eerste opvallende daden van de bewindsman is overigens na een dag al gesneuveld: hij wilde de bedrijfsopvolgingsfaciliteit – in fiscaal jargon: de BOF – omzetten in een betalingsfaciliteit. De BOF voorziet kort gezegd in een zeer hoge vrijstelling van erf- en schenkbelasting voor familie ondernemingsvermogen. Afgelopen jaar heeft de Hoge Raad daarover geoordeeld dat die faciliteit niet in strijd is met het gelijkheidsbeginsel: dat niet-ondernemingsvermogen dat vererft dus (veel) zwaarder wordt belast is niet bezwaarlijk. Een opluchting voor de overheid, maar vooral voor de vele familiebedrijven omdat anders de faciliteit vermoedelijk sterk zijn ingeperkt. De reden dat de bewindsman toch wat aan de regeling wilde doen was enerzijds gelegen in het feit dat ondernemers en niet-ondernemers toch wel erg ongelijk worden behandeld en anderzijds dat het in feite een liquiditeitsprobleem is. Hoe dan ook: het bedrijfsleven heeft Wiebes snel van zijn voornemen afgeholpen, hoewel het bepaald denkbaar is dat het over een tijd wel weer terugkomt.

Een andere belangrijke ontwikkeling ligt in de overheidssector: de overheid is momenteel zelf vrijwel niet belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Niet onlogisch want de overheid maakt geen winst, zo zou men gemakkelijk kunnen denken. Maar dat ligt genuanceerd. Er zijn vele onderdelen bij de overheid die volop

deelnemen aan het economische verkeer en allerlei bedrijfsactiviteiten verrichten. Te denken is aan allerlei opleidingen die universiteiten op de commerciële markt aanbieden. Daarmee treden zij in concurrentie met opleidingen in de commerciële markt. Doordat de overheid echter in dergelijke gevallen geen winstbelasting betaalt ontstaat een concurrentievoordeel. De wetgever heeft nu een concept-wetsvoorstel ingediend dat in alle gevallen waarin de overheid ondernemingsactiviteiten verricht ertoe leidt dat in zoverre sprake is van belastingplicht voor de vennootschapsbelasting. Dat is op zich een begrijpelijke aanpak. Er zijn echter ook wel kanttekeningen bij te plaatsen. In de eerste plaats is de regeling uiterst complex hetgeen dus veel uitvoeringskosten met zich gaat brengen. In de tweede plaats wordt in financieel opzicht alleen geld rondgepompt. Immers, hetgeen de overheden aan vennootschapsbelasting betalen komt bij de overheid terecht. Datzelfde geld zit echter al bij de overheid. Toch is er politiek wel het een en ander aan de hand: de belasting komt binnen op het ministerie van Financiën. De diverse overheden die een onderneming drijven vallen onder allerlei departementen: in feite gaan die dus betalen aan het ministerie van Financiën. Vervolgens zullen ze stellig bij Dijsselbloem/Wiebes gaan bedelen om extra geld. Eenzelfde verschijnsel zien we tussen lokale overheden die vennootschapsbelasting gaan betalen aan de rijksoverheid. Kortom, een waar feest van kasronddjes en politiek onderhandelen. In 2016 moet het in werking treden.

Een laatste thema dat volop de aandacht blijft trekken is het internationaal ontgaan van belastingen. De OESO en de EU zijn volop bezig met maatregelen. Na de zomer moeten deze meer concreet handen en voeten krijgen. In dit nummer van Taxtueel leest u daar meer over. Veel leesplezier.

**Prof. dr. P. Kavelaars**  
088 2880954  
pkavelaars@deloitte.nl

# Vennootschapsbelastingplicht voor overheidsondernemingen

---

De wetgever wil de overheid gaan belasten met vennootschapsbelasting als de overheid ondernemingsactiviteiten verricht. Momenteel is dat (vrijwel) niet het geval, hetgeen leidt tot concurrentieverstoring. Dit voorjaar is daartoe een concept wetsvoorstel ingediend.

Op 14 april is een conceptwettekst voor de belastingplicht voor overheidsbedrijven op het internet verschenen. De vennootschapsbelastingplicht zal mogelijk worden gewijzigd van “onbelast, tenzij” naar “belast, tenzij”. Deze wijziging is zo ingrijpend dat de wetgever de mogelijkheid biedt op deze concepttekst te reageren via een internetconsultatie. Het is de bedoeling dat deze internetconsultatie leidt tot een officieel wetsvoorstel dat op 1 januari 2015 kracht van wet zal krijgen. De nieuwe regeling zou op uiterlijk 1 januari 2016 in werking moeten treden voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2016. Wat is de aanleiding voor dit voorstel en hoe ziet het er uit?

## Concurrentie en staatssteun

In de bestaande regeling bestaat voor overheidsondernemingen in beginsel geen belastingplicht. In het bijzonder zijn veel diensten van de overheid niet belast met vennootschapsbelasting. Maar, aldus de toelichting bij het wetsvoorstel, als overheidsondernemingen en private ondernemingen vergelijkbare ondernemingsactiviteiten verrichten en overheidsondernemingen niet en particuliere ondernemingen wel in de heffing worden betrokken, kan dit tot gevolg hebben dat voor overheidsondernemingen een oneigenlijk voordeel ontstaat. Deze mogelijke fiscale concurrentieverstoring is in de afgelopen decennia toegenomen doordat overheden zich in toenemende mate zijn gaan bezighouden met meer en andere commerciële activiteiten, met name op het gebied van dienstverlening. Ook zijn er situaties waarbij overheden activiteiten naar zich toetrekken omdat ze vinden dat de markt deze onvoldoende oppakt. Na verloop van tijd kan het zijn dat ook marktpartijen deze activiteiten alsnog gaan oppakken, waardoor ook hier een gemengde markt ontstaat waarop zowel private ondernemingen als overheidsondernemingen actief zijn. Omdat bij de huidige regeling mogelijk ook sprake is van staatssteun bovendien de Europese Commissie Nederland uitgenodigd ter zake maatregelen te treffen. Het kabinet heeft daarop het voornemen bekend gemaakt de vennootschapsbelasting zodanig aan te passen dat overheidsondernemingen die economische activiteiten ontplooien op dezelfde wijze aan de vennootschapsbelasting worden onderworpen als private ondernemingen.

## Overheid als onderneming

Overheden, zowel centraal als decentraal, ontplooien een breed spectrum aan activiteiten, en hebben die activiteiten op allerlei verschillende manieren georganiseerd. Voor de fiscale behandeling van overheidsondernemingen wordt in de conceptwettekst zo min mogelijk onderscheid gemaakt naar de wijze waarop deze (juridisch) zijn georganiseerd. Het maakt voor de belastingplicht daarom niet uit of een activiteit direct door een gemeente wordt verricht of door een bv waarvan de gemeente alle aandelen bezit. In het verlengde hiervan moet de samenwerking tussen overheidslichamen zo min mogelijk fiscaal worden belemmerd. Uitgangspunt is

verder, dat activiteiten die verband houden met typische overheidstaken en –bevoegdheden waarmee niet in concurrentie wordt getreden met private ondernemingen buiten de belastingplicht blijven.

Het kabinet heeft zijn oorspronkelijke voornemen, te weten belastingplicht op het niveau van dochtervennootschappen van publiekrechtelijke rechtspersonen gekoppeld aan een verplichte overdracht van concurrerende activiteiten aan die dochtervennootschappen, laten varen. Omdat dit indruist tegen de autonomie van overheden, stuitte dit voornemen op veel weerstand.

### **Belastingplicht per onderneming**

In de voorgestelde regeling geldt voor elke onderneming van een overheidslichaam in beginsel belastingplicht. Of de onderneming al dan niet in een afzonderlijke rechtspersoon is ondergebracht is niet relevant. Voor de beoordeling of de activiteiten als een onderneming in fiscale zin kwalificeren, wordt aangesloten bij de rechtspraak. Bepalend is of sprake is van een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal, deelname aan het economische verkeer, winsttoegmerk en een (geobjectieerde) winstverwachting. Door aan te sluiten bij het begrip “onderneming” wordt een minder ruime definitie gehanteerd dan het Europese begrip “economische activiteiten”. Het passieve beheer van vermogen zal bijvoorbeeld geen onderneming zijn. Het gevolg van deze vormgeving is dat één overheidslichaam meer dan één onderneming kan hebben. Bijvoorbeeld een gemeente die een zwembad exploiteert en een parkeergarage. Voor beide ondernemingen zal apart aangifte moeten worden gedaan en de resultaten kunnen niet onderling worden gesaldeerd. Dat zal weer wel mogelijk zijn, als deze concurrerende activiteiten in één bv worden ondergebracht.

Interne prestaties worden niet belast. Geen vennootschapsbelastingplicht ontstaat bijvoorbeeld voor interne activiteiten die niet worden verricht voor een niet-belastingplichtige onderneming, zoals de eigen repro-afdeling die uitsluitend intern binnen een gemeente werkt. Als een gemeentelijke repro uitsluitend diensten verricht voor een bv waarin zij alle aandelen houdt, kan die repro afdeling belastingplichtig worden. Dat is het

geval als die bv belastingplichtig is. Andersom, als een bv waarin bijvoorbeeld een provincie alle aandelen houdt, uitsluitend diensten verricht voor de provincie, hangt de belastingplicht van die bv af van het antwoord op de vraag waarvoor die diensten worden aangewend. Is dat alleen voor een belaste activiteit, dan is ook die bv belastingplichtig. Het uitgangspunt is dus dat zo min mogelijk onderscheid wordt gemaakt naar de wijze waarop de activiteiten (juridisch) worden verricht.

### **Overgangsrecht**

Het voorstel voorziet in overgangsrecht voor vijf met naam genoemde zeehavenbeheerders, waaronder het Havenbedrijf Rotterdam. Voor deze havenondernemingen is een gelijk speelveld op nationaal niveau niet relevant. Zij concurreren volgens de wetgever uitsluitend op Europees (en wereld)niveau. De Europese Commissie onderzoekt voor zeehavens nader of sprake is van staatssteun. Zolang geen sprake is van een gelijk speelveld bestaat daarom deze specifieke uitzondering voor zeehavenbeheerders. Zodra de situatie in Europees verband in gunstige zin wijzigt, vervalt de noodzaak voor hun uitzonderingspositie.

### **Tot slot**

De internetconsultatie is inmiddels achter de rug als u dit leest. De regering kijkt nu wat zij doet met de opmerkingen en stuurt vervolgens het definitieve wetsvoorstel met Prinsjesdag naar de Tweede Kamer. De bedoeling is dan dat het wetsvoorstel voor het eind van het jaar tot wet is verheven en in 2016 in werking treedt. Of dit scenario zo gaat lopen is nog onzeker. Er zal vanuit de getroffen overheden veel bezwaar bestaan. Bovendien zijn er financiële belangen: de overheden die belasting moeten gaan betalen hebben minder te besteden. De belastingopbrengst komt bij de minister van Financiën binnen. Het ligt dus voor de hand dat de overheden vervolgens in Den Haag aankloppen om meer geld. .... Kortom, leuke kasronddjes. En dat allemaal om concurrentievervalsing te voorkomen. We komen stellig in een volgend nummer op de verdere ontwikkelingen terug.

**Drs. G.J.W. de Ruiter**

088 288 0361

gderuiter@deloitte.nl



# Internationale aanpak belastingontwijking



---

De OESO heeft dit voorjaar twee conceptrapporten gepubliceerd gericht op het tegengaan van belastingontwijking. Het gaat hier om de invulling van een deel van het BEPS-actieplan van medio 2013.

Zoals eerder in Taxtueel is besproken, heeft de OESO in de zomer van 2012 een actieplan opgesteld gericht op het tegengaan van belastingontwijking door met name internationaal opererende bedrijven. Dit project staat bekend onder de naam BEPS: Base Erosion and Profit Shifting en wel het tegengaan daarvan. De OESO trekt daarin nauw op met de EU. Het actieplan bestaat uit 15 actiepunten die momenteel worden uitgewerkt in conceptrapporten die vervolgens na becommentariëring door derden worden omgezet in definitieve rapporten. Momenteel zijn drie actiepunten uitgewerkt, te weten die betreffende e-commerce, antimisbruikbepalingen en zogenoemde mismatches. Het e-commercerapport is nogal vaag en bevat niet heel veel concrete richtingen. We laten dat hier onbesproken. De andere twee rapporten bevatten wel concrete voorstellen die hieronder uiteen worden gezet.

### Antimisbruikbepalingen

De belangrijkste doelstelling van het BEPS-project is het tegengaan van belastingontwijking. Dat kan onder andere gebeuren door het invoeren van antimisbruikbepalingen. Dergelijke bepalingen kunnen worden opgenomen in de nationale regelgeving, maar ook in belastingverdragen. Op nationaal niveau kent Nederland bijvoorbeeld *fraus legis*: het is niet toegestaan te handelen in strijd met doel en strekking van de belastingwetgeving met het oog op het ontwijken van belasting. Maar daarnaast kennen we in onze fiscale wetgeving ook allerlei specifieke anti-ontgaansbepalingen. Het OESO-rapport richt zich niet alleen op het opnemen van antimisbruikbepalingen in het nationale recht, maar ook op het opnemen daarvan in belastingverdragen. Nederland kent daarvan in haar verdragen ook voorbeelden. Zo is in het verdrag met de Verenigde Staten een zogenoemde LOB-bepaling – *limitation-on-benefits* – opgenomen die in bepaalde gevallen voorkomt dat een verdragsvoordeel wordt toegekend. Dit is een zogenoemde specifieke antimisbruikbepaling of in internationale termen: een SAAR (Specific Anti Avoidance Rule). Daarnaast zijn er ook algemene antimisbruikbepalingen ofwel een GAAR (General Anti Avoidance Rule) zoals een zogenoemde *main-purpose-test*. Onder

zo'n regeling wordt, zoals het woord al aangeeft, gekeken naar de doelstelling van de regeling en wat partijen met een bepaalde transactie beogen. Op basis daarvan wordt beoordeeld of sprake is van onderlinge strijdigheid. Een GAAR lijkt op *fraus legis*. De OESO en ook de EU zijn in het algemeen vooral voorstander van een GAAR met aanvullingen door een of meer SAAR's. In het onderhavige OESO-rapport staan overigens vooral specifieke antimisbruikbepalingen die in belastingverdragen zouden moeten worden opgenomen. Vanwege het zeer technische karakter gaan wij daar niet op in.

Nederland en veel andere landen vinden dat algemene antimisbruikbepalingen niet wenselijk zijn omdat ze tot onzekerheid leiden. Nederland is dan ook voorstander van het opnemen van SAAR's in belastingverdragen voor zover noodzakelijk. In enkele verdragen heeft Nederland dat overigens ook al gedaan. Het is afwachten hoe een en ander zich ontwikkelt, maar het is duidelijk dat dit nog niet zo'n eenvoudig traject is.

### Mismatches

Er wordt momenteel op redelijk grote schaal gebruikgemaakt van mismatches. Mismatches ontstaan vooral doordat landen verschillende belastingstelsels hebben. Ondernemingen die internationaal opereren kunnen daar gebruik van maken. Soms wordt dat gebruik nog gemakkelijker door toepassing van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting. De mismatches leiden er veelal toe dat een bepaalde kostenpost in twee landen in aftrek op de winst kan worden gebracht of dat een bepaalde betaling in het ene land ten laste van de winst kan worden gebracht en in het land van ontvangst niet wordt belast. Voor ondernemingen leuk, voor overheden uiteraard niet. Er is een groot aantal situaties waarin dit zich kan voordoen. Een van de gevallen betreft situaties waarbij een entiteit in het ene land als belastingplichtige wordt gezien en in het andere land als transparant (hybrid entities). In zo'n geval wordt dan bijvoorbeeld een bepaalde aftrekpost – men kan denken aan betaalde rente – in het ene land ten laste van de winst van de entiteit gebracht en in het andere land ten laste van de winst van de participanten die eigenaar van de entiteit zijn.

Een tweede vorm is de hybride financiering: in dat geval wordt een financiering in het ene land als kapitaal aangemerkt en wordt de ontvangen vergoeding niet belast terwijl de financiering in het land van de schuldenaar wordt aangemerkt als vreemd vermogen waardoor de vergoeding wordt aangemerkt als betaalde rente die in aftrek komt op de winst.

Het conceptrapport bespreekt een groot aantal van dit soort situaties en stelt deels maatregelen voor op het niveau van de wetgeving van de verdragslanden en deels op het niveau van de verdragen zelf. De eerste categorie is ruimschoots het belangrijkste. Er wordt dan bijvoorbeeld ten aanzien van financiering voorgesteld dat als een bepaalde vergoeding niet belast wordt in een land van ontvangst, deze ook niet aftrekbaar is van de winst in het land van de betalende partij. De EC heeft op dit punt overigens ook een voorstel gedaan om de zogenoemde moeder-dochterrichtlijn aan te passen: dividend ontvangen op een deelneming in een buitenlandse dochter mag niet worden vrijgesteld bij de moeder als het dividend bij de dochter op de winst in aftrek komt. Deze regeling zal vermoedelijk in 2015 in werking treden. Ten aanzien van de voorstellen van de OESO moeten we stellig nog wat langer wachten. Landen zullen daar niet zonder meer akkoord mee gaan, omdat er vaak grote economische belangen mee zijn gemoeid. Kortom, dat kan nog een lang traject worden, mede ook omdat het zeer complex is.

### Tot slot

Het is afwachten hoe landen op deze aanbevelingen reageren. Verplichtingen zijn het niet dus elk land kan ze links laten liggen. Maar er is wel een grote maatschappelijke druk om de aanbevelingen over te nemen. En verder is het natuurlijk afwachten wat er in de andere uitwerkingen van de actiepunten komt te staan. Er moeten er nog twaalf worden gepubliceerd. Wij komen daar in de komende nummers van Taxtueel dus zeker op terug.

**Prof. dr. P. Kavelaars**

088 288 0954

pkavelaars@deloitte.nl

# Stemrechten



---

Of het ambt van notaris verenigbaar is met de privaatrechtelijke dienstbetrekking staat binnen de fiscaliteit al enige tijd ter discussie. Beantwoording van deze vraag is van belang gelet op een eventuele premieplicht van notarissen met betrekking tot de werknemersverzekeringen. Recent heeft de Hoge Raad na een lange procedure een uitspraak gedaan die iets meer duidelijkheid geeft over de premieplicht van notarissen voor de werknemersverzekeringen.

## Casus

Aan deze procedure ligt de volgende casus ten grondslag. X nv exploiteert een notarissenpraktijk. Aandelen in deze praktijk worden gehouden door tien praktijkvennootschappen. De aandelen in de praktijkvennootschappen worden gehouden door houdstervennootschappen van de (kandidaat) notarissen die door middel van zogenoemde aansluitovereenkomsten werkzaam zijn in de notarissenpraktijk. Er wordt onderscheid gemaakt tussen twee soorten aandeelhouders, te weten A- en B-aandeelhouders. Er zijn acht A-notarissen en

twee B-notarissen. De B-notarissen hebben een lager winstaandeel dan de A-notarissen. Daarnaast zijn enkel A-notarissen vertegenwoordigd in het bestuur van X nv. Tot slot hebben B-notarissen, hoewel alle aandeelhouders kunnen deelnemen aan de algemene vergadering van aandeelhouders, over bepaalde onderwerpen ingevolge de statuten geen zeggenschap, terwijl de A-notarissen dit wel hebben. In geschil is of de B-aandeelhouders in deze casus premieplichtig zijn voor de werknemersverzekeringen. Hiertoe is van belang of de B-notarissen in dienstbetrekking staan tot X nv.



# en verzekeringsplicht



## De eerste procesgang

Het eerste oordeel omtrent de verzekeringsplicht van de B-notarissen werd geveld door Rechtbank Haarlem. De rechtbank besliste dat de notarissen inderdaad premieplichtig waren voor de werknemersverzekeringen omdat er sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking. Hierbij staat volgens de rechtbank niet in de weg dat notarissen volgens de wet op het notarisambt hun ambt niet in dienstbetrekking mogen uitoefenen. Volgens de rechtbank is er ook voor notarissen sprake van een dienstbetrekking wanneer aan de voorwaarden van werknemerschap wordt voldaan, ook al levert dit strijdigheid op met de Wet op het notarisambt.

Hof Amsterdam verenigt zich met dit standpunt. Het hof geeft daarbij aan dat ook aan de voorwaarden van werknemerschap is voldaan, omdat B-notarissen een duidelijke ondergeschikte positie hebben ten aanzien van A-notarissen, gelet op hun beperktere stemrecht. Omdat enkel A-notarissen in het bestuur van de notarissenpraktijk zitten, bestaat er volgens het hof een gezagsverhouding tussen de B-notarissen en het bestuur. Dit wijst volgens het hof op een privaatrechtelijke dienstbetrekking. De Hoge Raad ziet het echter allemaal anders.

Hij geeft aan dat het hof te snel voorbij is gegaan aan het karakter van het ambt van de notaris en de wettelijke regels die daarbij gelden. Notarissen moeten bij wet onafhankelijk functioneren, hetgeen bemoeilijkt wordt wanneer er instructies vanuit een gezagsverhouding moeten worden opgevolgd. Tevens acht de Hoge Raad het beperkte stemrecht van de B-notarissen onvoldoende om een gezagsverhouding te onderbouwen. De Hoge Raad verwijst de zaak vervolgens naar Hof 's-Gravenhage die de feiten nog eens moet beoordelen en moet bezien of wellicht sprake is van een fictieve dienstbetrekking.

## Verwijzing

Hof 's Gravenhage bekijkt de casus op een andere manier dan haar voorgangers. Het hof hecht meer belang aan de wettelijke plicht van de notaris om het ambt onafhankelijk uit te voeren. Tevens haakt het hof aan bij de bepalingen in deze wetgeving die ervoor zorgen dat de notaris persoonlijk aansprakelijk is voor zijn handelen, een aansprakelijkheid die hij niet kan afwentelen op een werkgever. Dit maatschappelijke karakter van het notarisambt zorgt er samen met het feit dat de B-notarissen nog een behoorlijke mate van zeggenschap hebben binnen X nv voor dat het hof een privaatrechtelijke dienstbetrekking voor de B-notarissen uitsluit.

Aanvullend gaat het hof nog na of er dan wel sprake kan zijn van een fictieve dienstbetrekking. Volgens het hof is dit echter niet het geval.

## Het finale oordeel

Tegen het oordeel van het hof is opnieuw beroep ingesteld bij de Hoge Raad. Hij bevestigt het oordeel van het hof ten aanzien van de privaatrechtelijke dienstbetrekking. Hiervan is volgens de Hoge Raad inderdaad geen sprake. Ook is er geen sprake van een fictieve dienstbetrekking, echter, om een andere reden dan de onderbouwing die het hof geeft. Voor het eindoordeel maakt dit niet uit. Het belang van deze procedure is vrij groot. Als de belastingdienst uiteindelijk aan het langste eind zou hebben getrokken dat zou in veel andere gevallen van samenwerkingsverbanden van bijvoorbeeld accountants, notarissen, advocaten e.d. tot verzekeringsplicht voor de werknemersverzekeringen kunnen worden geconcludeerd. Dat leidt dan veelal tot een jaarlijks maximale premie zonder dat dit in de regel tot veel uitkeringsrechten leidt. Het ligt in de rede aan te nemen dat de belastingdienst de strijdbijl definitief begraaft.

**Mr. N.E.J. Konings**

088 288 0361

NKonings@deloitte.nl

# Resultaat uit overige werkzaamheden

---

De staatssecretaris van Financiën heeft het zogenoemde beleidsbesluit over resultaat uit overige werkzaamheden onlangs geactualiseerd. Vooral het onderdeel over onzakelijke schuldvorderingen en borgstellingen is drastisch herzien naar aanleiding van ontwikkelingen in de rechtspraak. In deze bijdrage besteden wij hier aandacht aan.

De staatssecretaris heeft op basis van de rechtspraak een soort stappenplan opgesteld om te bepalen of een lening binnen de terbeschikkingstellingsregeling zakelijk of onzakelijk is. Van terbeschikkingstelling is bijvoorbeeld sprake als een lening wordt verstrekt door een aandeelhouder aan 'zijn' bv.

Voor de fiscale duiding van een geldverstrekking is de civielrechtelijke vorm het uitgangspunt. Essentieel voor de kwalificatie als lening is dat in de overeenkomst een terugbetalingsverplichting is opgenomen. Vervolgens worden drie soorten leningen benoemd, die voor fiscale doeleinden als eigen vermogen worden aangemerkt. Dit zijn de schijnlening, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening. De daarop betaalde rente is niet aftrekbaar van de winst en waardemutaties raken de verlies- en winstrekening niet.

## **(On)zakelijke lening**

Indien sprake is van een geldlening aan de eigen bv, die ook fiscaal als lening wordt aangemerkt, valt deze

onder de terbeschikkingstellingsregeling. Daarmee zijn we er echter nog niet. Bij het aangaan van de lening zal namelijk ook moeten worden beoordeeld of de voorwaarden waaronder de lening is verstrekt wel zakelijk zijn. Als de overeengekomen rentevergoeding niet zakelijk is, dient deze gecorrigeerd te worden naar een zakelijke (niet-winstdelende) rente. Aan de overige elementen van de overeenkomst mag volgens de Hoge Raad niet worden getornd. De gecorrigeerde rente is dan belastbaar in box 1 en aftrekbaar voor de betalende vennootschap. Een eventueel afwaarderingsverlies op de lening kan ten laste van het resultaat worden gebracht. De situatie kan zich echter voordoen dat het niet mogelijk is om de hierboven genoemde correctie uit te voeren, omdat een onafhankelijke derde niet bereid zou zijn om onder overigens vergelijkbare voorwaarden een lening te verstrekken tegen een niet-winstdelende rente. In dat geval is volgens de Hoge Raad sprake van een onzakelijke lening. De geldverstrekker heeft namelijk een risico genomen dat een onafhankelijke derde niet zou nemen. Dit heeft tot gevolg dat het afwaarderingsverlies op de lening niet ten laste van het resultaat mag worden gebracht. De rente moet in die situatie worden gecorrigeerd naar het percentage waartegen de vennootschap met borgstelling van de crediteur, tegen overigens vergelijkbare voorwaarden, van een derde had kunnen lenen. Op het moment dat definitief vast komt te staan dat de debiteur niet meer

zal voldoen aan zijn aflossingsverplichting, mag de terbeschikkingsteller het verlies op de onzakelijke lening wel als een informele kapitaalstorting aanmerken. Dit is bijvoorbeeld het geval als een oninbare onzakelijke lening wordt kwijtingescholden.

De verkrijgingsprijs van het aanmerkelijk belang van de terbeschikkingsteller in de desbetreffende vennootschap zal dan met het bedrag van de kwijtschelding worden verhoogd. De verhoging van de verkrijgingsprijs heeft invloed op het box 2 resultaat bij verkoop van de aandelen of liquidatie van de bv.

### **Borgstellingen**

Naast de situatie waarin een aandeelhouder een lening verstrekt aan 'zijn' bv, komt het regelmatig voor dat een aandeelhouder zich borg stelt voor een lening die de bank aan zijn bv heeft verstrekt. In het nieuwe beleidsbesluit geeft de staatssecretaris aan dat een borgstelling door een aandeelhouder ten behoeve van zijn bv zich naar zijn mening veelal in de kapitaalsfeer bevindt en om die reden veelal niet onder de terbeschikkingstellingsregeling valt. Hij noemt hierbij als voorbeelden (I) de situatie waarin de aandeelhouder vanwege zijn vermogenspositie of die van de bv in wezen geen reële prestatie verricht, (II) de situatie waarin een derde onder dezelfde omstandigheden het risico van borgstelling niet zou hebben genomen, en (III) de situatie waarin direct duidelijk is dat de aandeelhouder als borgsteller voor geheel of gedeeltelijk voor de schuld van de vennootschap zal worden aangesproken. Wij vinden dat de staatssecretaris hier wel erg kort door de bocht gaat. Vooral in de eerstgenoemde situatie bestaat naar onze mening ruimte voor twijfel.

Als een borgstelling zich in de kapitaalsfeer bevindt, kan de aandeelhouder een uit die borgstelling

voortvloeiend verlies niet ten laste van het resultaat in box 1 brengen. Indien daarentegen sprake is van een zakelijke borgstelling, valt deze onder de terbeschikkingstellingsregeling en wel vanaf het tijdstip waarop de borgstellingsovereenkomst is aangegaan. In dat geval moeten partijen ook een zakelijke borgstellingsprovisie in aanmerking nemen. Volgens de staatssecretaris ligt het in de rede dat een zakelijke provisie zich bevindt tussen het rentebedrag dat een derde aan de vennootschap in rekening zou brengen over een lening met en een lening zonder de desbetreffende borgstelling.

Op het moment dat een redelijke mate van zekerheid bestaat dat de aandeelhouder als borg zal worden aangesproken, kan hij op zijn werkzaamheidsbalans een voorziening vormen voor het verwachte verlies uit de borgstelling. De uiteindelijke hoogte van dit verlies wordt bepaald door het bedrag dat de aandeelhouder op grond van de borgstellingsovereenkomst aan de bank moet betalen, verminderd met de waarde in het economische verkeer van de regresvordering die de aandeelhouder op de vennootschap verkrijgt. Veelal zal deze vordering echter waardeloos blijken te zijn. De bank zal de borg immers pas aanspreken nadat pogingen om de vennootschap zelf tot betaling te dwingen op niets zijn uitgelopen.

### **Slot**

Voor de praktijk is van belang dat de staatssecretaris enkele handvaten heeft geboden zodat men zich een weg kan banen door de onzakelijke lening jurisprudentie in de terbeschikkingstellingsregeling. Opmerkelijk is dat de staatssecretaris dit voor de categorie terbeschikkingstelling afzonderlijk doet en niet voor het gehele spectrum van de onzakelijke lening een apart besluit publiceert. De aangereikte handvaten in het besluit nemen echter niet weg dat nog niet alle vraagpunten zijn opgelost. Ook vinden wij dat de staatssecretaris met zijn visie op borgstellingen wel erg kort door de bocht gaat. De toekomst zal uitwijzen of de Hoge Raad hier ook zo over denkt.

**E.P. Hageman LL.M.**

088 288 0249

edhageman@deloitte.nl

# Nieuw pensioenakkoord

Het wetsvoorstel pensioenaanvullingsregelingen is gestrand in de Eerste Kamer. Op 20 januari 2014 kwam de staatssecretaris echter al met een alternatief, het wetsvoorstel Novelle Pensioenakkoord. Dit wetsvoorstel ligt nu bij de Eerste Kamer.

## **Achtergrond en parlementaire behandeling**

In het vorige nummer van Taxtueel hebben wij stilgestaan bij de brief van de staatssecretaris van Financiën omtrent de ontwikkelingen ten aanzien van de versoering van de pensioenopbouw. Na het stranden van het vorige wetsvoorstel heeft de staatssecretaris er geen gras over laten groeien en is meteen met een nieuw wetsvoorstel op de proppen gekomen. Het kabinet is veel gelegen aan een spoedige behandeling door de Eerste Kamer, om de pensioenuitvoerders voldoende gelegenheid te geven om de noodzakelijke wijzigingen door te voeren. Het wetsvoorstel dient op 1 januari 2015 in werking te treden. In de Novelle Pensioenakkoord zijn onder andere wijzigingen opgenomen die betrekking hebben op de opbouw- en premiepercentages voor de fiscale behandeling van pensioenen en de waarborgen voor een daadwerkelijke daling van de pensioenpremies. Daarnaast wordt aangekondigd dat zelfstandigen de mogelijkheid krijgen pensioen op te bouwen.

## **Aanpassing maximumpensioenopbouw**

In het nieuwe voorstel worden de opbouwpercentages minder verlaagd dan initieel de bedoeling was. Het fiscaal aftrekbare opbouwpercentage voor middelloonregelingen wordt verlaagd naar 1,875% (momenteel 2,15%). Voor pensioenregelingen gebaseerd op de eindloonregeling wordt het percentage verlaagd naar 1,657% (momenteel 1,9%). Met deze opbouwpercentages kan in 40 dienstjaren een pensioen worden behaald van 75% van het gemiddelde inkomen.

Soortgelijke aanpassingen worden ook doorgevoerd voor zover een pensioen wordt opgebouwd op grond van het beschikbare premiestelsel. Daarnaast worden de fiscale oudedagsreserve en het lijfrentekader eveneens aangepast in lijn met de voorgenomen wijzigingen.

## **Netto lijfrenten**

In het nieuwe pensioenakkoord is vastgehouden aan een maximaal pensioengevend loon van € 100.000; boven dit loonniveau kan geen fiscaal gefaciliteerd pensioen worden opgebouwd. Voor het gedeelte van het inkomen boven de € 100.000 wordt echter wel een spaarmogelijkheid in het leven geroepen: de netto lijfrente. Deze netto lijfrente wordt opgebouwd uit belast loon en biedt dus in zoverre geen voordeel. De waarde van de netto lijfrente is echter vrijgesteld in box 3; de uitkeringen zijn onbelast.

De werknemer kan niet vrijelijk beschikken over het opgebouwde bedrag van de netto lijfrente. De fiscale sancties bij een onregelmatige handeling blijken echter beperkt te zijn. Vanaf het moment dat een onregelmatige handeling wordt verricht, vervalt de vrijstelling in box 3. Het vervallen van de vrijstelling in box 3 heeft geen terugwerkende kracht naar eerdere jaren.

## **Tot slot**

De voorgestelde maatregelen passen in het beleid waarin langer doorwerken gestimuleerd wordt en de overheidsfinanciën op orde worden gebracht. Het leidt geen twijfel dat de voorstellen nu door de Eerste Kamer worden aanvaard. Vervolgens treden ze in 2015 in werking. Belangrijke vraag is nu vooral of ook daadwerkelijk pensioenpremieverlaging optreedt. Voor pensioenpremies die momenteel reeds onder het nieuwe maximum liggen is daar op zich geen reden toe. Het komt dus vooral aan op de onderhandelingspositie van werkgevers en werknemers. Met een beetje aantrekkende economie verkeren de werknemers in een relatief gunstige positie. We zullen nog wel even moeten wachten tot we weten wat de uiteindelijke resultaten zijn van de hele operatie.

## **Mr. H.P. van der Zwaag**

088 288 0883

[EvanderZwaag@deloitte.nl](mailto:EvanderZwaag@deloitte.nl)



# Toekomst van pensioen voor de dga

---

Er wordt door de wetgever mogelijk gemorreld aan het pensioen van de dga. Het zou er zelfs wel eens van kunnen komen dat het opbouwen van een pensioen in eigen beheer onmogelijk wordt. Hoe is dat zo gekomen?

De dga is een buitenbeentje als het om pensioen gaat. Als enige heeft hij de mogelijkheid om pensioenrechten op te bouwen die door de eigen onderneming worden beheerd en uitgevoerd. Dit maakt het mogelijk om de middelen binnen de onderneming beschikbaar te houden. Dat de dga deze mogelijkheid heeft, maakt ook dat er specifieke fiscale regels van toepassing zijn. Deze moeten ervoor zorgdragen dat de dga niet alleen het belastingvoordeel geniet, maar op enig moment ook de belasting gaat betalen over de uitkeringen. Er zijn ten gevolge van diverse wetswijzigingen (veelal ingegeven door gerechtelijke uitspraken) beperkingen gesteld aan de mate van aftrek die de onderneming mag nemen als sprake is van pensioen in eigen beheer. De waardering van pensioenverplichtingen is in dit verband relevant.

## Waardering

Kenmerken van de fiscale waardering zijn: de rekenrente van 4%, geen waardering van indexatieverplichtingen of toekomstige salarisstijgingen, geen kostenopslagen of voorziening voor het vooroverlijdensrisico en geen

leeftijdsterugstellingen op sterftetafels. Commercieel heeft het pensioen een hele andere waarde. Door de marktrente die de afgelopen jaren fors is gedaald en de andere punten waar een verzekeraar wel rekening mee zou houden (kosten, indexatieverplichtingen, stijgende levensverwachtingen) is deze commerciële waarde veelal substantieel hoger dan de fiscale voorziening. Dit onderscheid kan tot problemen leiden bij onder andere echtscheidingen, dividenduitkeringen en waardeoverdrachten. Ook het verkrijgen van externe financieringen en bedrijfsoverdrachten c.q. bedrijfsopvolgingen worden door dit verschil geraakt.

## Visie staatssecretaris

Reeds in 2012 heeft de staatssecretaris toegezegd te bezien of er iets te doen valt aan dit ontstane verschil en alle gevolgen die daarmee verband houden. Uiteindelijk heeft dat in december 2013 tot een visie geleid. Wat zijn de belangrijkste oplossingsrichtingen uit deze visie:

- De verschillen tussen de fiscale en commerciële waardering kunnen volledig wegvallen, door fiscaal

ook de commerciële waardering te volgen. Gelet op het budgettaire aspect (alle voorzieningen zouden substantieel toenemen) is dit een onacceptabele oplossing naar de mening van de staatssecretaris.

- Het beëindigen van de pensioenopbouw. Voor de toekomst is dan geen sprake meer van fiscaal en commercieel verschil, maar voor de reeds opgebouwde aanspraken biedt dit geen oplossing. Dit verschil blijft ongewijzigd in stand.
- De mogelijkheid van het afschaffen van pensioen in eigen beheer en verplicht verzekeren is ook geen optie, gelet dat de staatssecretaris als uitgangspunt neemt dat het wenselijk is om de middelen binnen de onderneming beschikbaar te houden;
- Een eenmalige herwaardering naar de fiscale voorziening biedt op dit moment wellicht een oplossing, maar voor de toekomst blijft het probleem van een fiscaal en commercieel verschil bestaan.
- Het omzetten van de pensioenaanspraken naar een beschikbare premieregeling. Er zal in ieder geval tot het ingangsmoment geen verschil bestaan tussen de fiscale en commerciële waarde. Een nadere invulling van een aantal zaken is wel noodzakelijk. Wordt bijvoorbeeld de fiscale of commerciële waarde

omgezet en hoe wordt het rendement bepaald. De staatssecretaris lijkt nogal huiverig voor deze mogelijkheid.

- De laatste optie is een fiscale pensioenreserve voor de dga. Jaarlijks of op pensioendatum heeft de dga de mogelijkheid tot het omzetten van de pensioenreserve in een pensioen. Inhaaldotaties worden niet toegestaan en daarnaast vindt geen oprenting van de jaarlijkse inleg plaats. De jaarlijkse inleg is alleen mogelijk bij positieve resultaten. Alle bezwaren van de FOR voor een IB-ondernemer en dan met name de vraag of op pensioendatum ook voldoende liquiditeiten aanwezig zijn om de FOR om te zetten in een oudedagsvoorziening, zullen ook hier spelen. Deze optie geniet vooralsnog de voorkeur van de staatssecretaris doordat het arbeidsrecht en de loonbelasting niet van toepassing zijn, de beperkte uitvoeringskosten voor de belastingdienst en het feit dat de middelen voor de onderneming beschikbaar blijven.

#### **Reactie werkgroep Ondernemingspensioen**

Inmiddels heeft de werkgroep Ondernemerspensioen een (interim) rapport gepubliceerd met een reactie op de brief van de staatssecretaris. Hierin geven zij aan dat de problemen die de staatssecretaris ziet grotendeels eenvoudig kunnen worden opgelost. De



belangrijkste aanbeveling in dit rapport is dat er geen overhaaste beslissingen moeten worden genomen en de oplossing samen met de ondernemers gevonden zal moeten worden. De oplossingen van de staatssecretaris ondergaan in het rapport een uitgebreide analyse. Ten aanzien van de oplossing om fiscaal een commerciële waardering te hanteren, geven zij aan dat dit slechts een deel van de problemen oplost. De complexiteit van de wetgeving verandert namelijk niet. De omzetting naar een beschikbare premieregeling zien zij als mogelijkheid, maar dan moet hiervoor wel een gedegen onderzoek plaatsvinden. De FOR voor dga's kent te veel nadelen, waardoor de werkgroep dit niet als een oplossing ziet.

#### Tot slot

We hebben lang op de visie van de staatssecretaris moeten wachten. Het stuk gaat in op een breed spectrum van mogelijkheden, waardoor geen mogelijkheid onbespreekbaar lijkt. Dat de staatssecretaris als uitgangspunt aanhoudt dat de middelen binnen de

onderneming beschikbaar moeten blijven, geeft blijk van inzicht in het belang van deze middelen voor de financiering van veel Nederlandse ondernemingen en de risico's die de dga bereid is te nemen met de middelen voor zijn eigen oude dag, ten behoeve van het welzijn van zijn onderneming. Door alle reeds bestaande pensioenregelingen in eigen beheer is het niet eenvoudig om een oplossing te vinden die zowel het heden, als de toekomst als het verleden dekt.

Wanneer dit vraagstuk zijn vervolg zal kennen in een Kamerdebat, nader onderzoek of een projectgroep met alle betrokken partijen is nog onduidelijk. Er liggen diverse onderwerpen op pensioengebied te wachten op behandeling, waarbij dit dossier wellicht niet de allerhoogste prioriteit zal krijgen.

**Drs. B. van Hoorn**

088 288 1550

BvanHoorn@deloitte.nl



# Ontwikkelingen onzakelijke lening

Reeds verschillende keren hebben wij geschreven over de rechtspraak met betrekking tot de onzakelijke lening. Onlangs heeft de Hoge Raad weer een belangwekkend arrest op dit gebied gewezen. In dit arrest is nader uitgewerkt in welke situaties het aandeelhouderschap voortvloeit uit de lening, zodat de lening niet als onzakelijk kan worden bestempeld.

## **De onzakelijke lening**

De problematiek van de onzakelijke lening kan zich voordoen als een vennootschap of een natuurlijk persoon aan een gelieerde vennootschap een geldlening verstrekt. Een dergelijke lening wordt als onzakelijke lening aangemerkt, als geen onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest een dergelijke lening te verstrekken met een rente die niet winstafhankelijk is. Aan de hand van de voorwaarden waaronder de lening is aangegaan, moet worden nagegaan of aan dit criterium is voldaan. Hierbij is bijvoorbeeld van belang of zekerheden zijn verstrekt en welke afspraken zijn gemaakt rondom looptijd en aflossingen. Bij een onzakelijke lening kan de crediteur een eventuele afwaardering van zijn vordering (vanwege een insolvable debiteur) niet in mindering brengen op zijn winst. Ook borgstellingen kunnen op dezelfde grond als onzakelijk kwalificeren.

## **Aandeelhouderschap als gevolg van lening**

Het recente arrest heeft betrekking op een situatie waarin zowel een lening is verstrekt als een borgstelling is aangegaan. Belanghebbende heeft in 2001 ter financiering van een participatie een participatieovereenkomst gesloten met enkele andere partijen. In dat kader heeft zij een lening verstrekt aan een vennootschap, X bv, waarin zij op dat moment geen aandeelhouder was. Wel wordt overeengekomen dat ze aandelen in X bv verkrijgt. Verder heeft belanghebbende zich ten behoeve van X bv jegens een bank borg gesteld. In 2002 wordt X bv failliet verklaard. De bank spreekt belanghebbende uit hoofde van de borgstelling aan voor een bedrag van € 90.756. Belanghebbende



brengt dit bedrag, samen met het bedrag van de waardevermindering van haar vordering, ten laste van haar winst. De inspecteur gaat hiermee niet akkoord.

## **Niet onzakelijk, tenzij...**

Hof Amsterdam overweegt dat belanghebbende door het verstrekken van de lening een debiteurenrisico heeft aanvaard dat een onafhankelijke derde onder die omstandigheden niet zou hebben aanvaard. Het hof oordeelt daarom dat sprake is van een onzakelijke lening. De Hoge Raad herhaalt eerdere jurisprudentie dat zich in beginsel geen onzakelijke lening kan voordoen, als de lening wordt verstrekt door een belastingplichtige die nog geen aandeelhouder is. Het aandeelhouderschap is dan een gevolg van het verstrekken van de lening. Dat is niet het geval als na het verstrekken van de geldlening en de daarop volgende toekenning van de aandelen een situatie ontstaat waarin alle aandeelhouders min of meer in verhouding tot hun aandelenbelang onzakelijke leningen aan de vennootschap verstrekken. Deze uitzondering





doet zich volgens de Hoge Raad in het onderhavige geval niet voor, omdat de houders van 49% van het aandelenkapitaal geen geldleningen aan de vennootschap hebben verstrekt. De lening is daarmee niet onzakelijk. Afwaardering van de lening ten laste van de winst is toegestaan, aldus de Hoge Raad.

#### **Informele kapitaalstorting**

De door belanghebbende aangegane borgstelling wordt door de Hoge Raad wel als onzakelijk aangemerkt. Het gevolg is dat het verlies uit de borgstelling niet aftrekbaar is, maar kwalificeert als informele kapitaalstorting door belanghebbende in X bv. Het opgeofferde bedrag van de deelneming in X bv wordt daardoor verhoogd. Over het tijdstip waarop de informele kapitaalstorting plaatsvindt, bestond in de literatuur aanvankelijk onduidelijkheid. De Hoge Raad overweegt dat een verlies pas wordt aangemerkt als een informele kapitaalstorting wanneer definitief vaststaat dat de debiteur niet meer zal voldoen aan zijn aflossingsverplichting. Een afwaardering is hiertoe

onvoldoende. Wel is hiervan sprake bij een kwijtschelding van de vordering of liquidatie van de vennootschap.

#### **Leerstuk in ontwikkeling**

Ondanks dat de Hoge Raad weer wat duidelijkheid heeft geschapen, is het leerstuk van de onzakelijke lening nog niet uitgekristalliseerd. Dat geldt ook voor de vraag in welke situaties het aandeelhouderschap voortvloeit uit de lening en daarmee aan de kwalificatie als onzakelijke lening in de weg staat. Omdat de onzakelijke lening niet in de wet is geregeld, worden dergelijke vragen stukje bij beetje beantwoord door arresten van de Hoge Raad. Bovendien is het niet altijd mogelijk om daaruit algemene rechtsregels af te leiden, omdat de arresten vaak worden toegespitst op het specifieke geval dat voorligt.

**Mr. W.R. Kooiman**  
088 288 7330  
rkooiman@deloitte.nl

# Eigen vermogen is geen vreemd vermogen



---

De Hoge Raad heeft onlangs beslist dat eigen vermogen in fiscaal opzicht niet kan worden geherkwalificeerd in vreemd vermogen. Zelfs niet als het veel op vreemd vermogen lijkt.

## Onderscheid

De Nederlandse vennootschapsbelasting maakt een scherp onderscheid tussen de fiscale behandeling van vreemd vermogen en eigen vermogen. Rente is in beginsel voor de debiteur aftrekbaar en voor de crediteur belast. Daarentegen is dividend niet aftrekbaar en bij een ontvangende moedervennootschap niet belast. Ook eventuele mutaties ten aanzien van de vermogensverstrekking zelf (de hoofdsom) worden verschillend behandeld. Bij vreemd vermogen beïnvloeden deze het fiscale resultaat en bij eigen vermogen in beginsel niet. Het belang van de fiscale kwalificatie van een vermogensverstrekking moet daarom niet worden onderschat.

## Unilever-arrest

Uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat een verstrekking van vreemd vermogen tussen gelieerde partijen fiscaal soms moet worden geherkwalificeerd tot eigen vermogen. Het gevolg hiervan is dat de rente ook wordt gezien als (niet-aftrekbaar) dividend. Sinds het beroemde Unilever-arrest uit 1988 weten wij dat op grond hiervan er drie categorieën leningen zijn die fiscaal als eigen vermogen moeten worden aangemerkt. Dit zijn de schijnlening, de bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening. Van een schijnlening is sprake als kan worden bewezen dat partijen in wezen geen lening, maar eigen vermogen willen verstrekken. Een bodemlozeputlening betekent globaal gezegd dat een lening is verstrekt aan een gelieerde vennootschap terwijl men weet dat de gelden gelet op de financiële omstandigheden van de schuldenaar als verloren moeten worden beschouwd. Met andere woorden: er is sprake van verliesfinanciering. Een deelnemerschapslening is kort gezegd een lening met een winstafhankelijke rente en een looptijd langer dan 50 jaar waarbij de schuldeiser is achtergesteld bij alle andere concurrente crediteuren.

## Omgekeerde herkwalificatie

Onlangs heeft de Hoge Raad twee

arresten gewezen over de vraag of de omgekeerde vorm van fiscale herkwalificatie ook mogelijk is: herkwalificatie van eigen vermogen in vreemd vermogen. In één van die twee zaken had de Nederlandse tak van een concern een lening verstrekt aan een Australische dochtermaatschappij. Bij een herfinanciering werd de lening omgezet in Australische 'redeemable preference shares', een vorm van aandelenkapitaal die in Nederland niet bekend is. De daarbij geldende voorwaarden leken sterk op die van een lening: een vast rendementspercentage (cumulatief preferent dividend), aflossing en dividendbetaling geschiedde bij voorrang boven gewone aandelen, een verplichte 'aflossing' na tien jaar door de debiteur en geen stemrecht voor de Nederlandse aandeelhouder. Omdat er naar Australisch recht fiscaal sprake was van vreemd vermogen, was het dividend bij de Australische dochtermaatschappij aftrekbaar van de winst. Het andere arrest handelde ook over een herfinanciering. Een door een bankensyndicaat verstrekte lening werd omgezet in cumulatief preferente aandelen, met als doel dat de deelnemingsvrijstelling daarop van toepassing zou zijn waardoor bij de ontvangende vennootschap het dividend onbelast zou blijven.

## Fundamentele beslissing

De Hoge Raad nam in beide zaken een fundamentele beslissing: hij wees herkwalificatie van eigen vermogen in vreemd vermogen ten principale af. Volgens de Hoge Raad is de deelnemingsvrijstelling in beginsel van toepassing op een civielrechtelijk als eigen vermogen in het vat gegoten geldverstrekking. De Hoge Raad overweegt in de Australische zaak uitdrukkelijk dat de verdere vormgeving door partijen niet van belang is. Expliciet noemt de Hoge Raad hierbij de aflossingsverplichting en de cumulatieve dividendvergoeding als niet relevante kenmerken. Ook het feit dat de Australische aandelen bedrijfseconomisch

op één lijn staan met een achtergestelde lening en dat naar Australisch en Nederlands jaarrekeningenrecht sprake was van vreemd vermogen bracht de Hoge Raad niet op andere gedachten. Ten slotte vond de Hoge Raad het niet van belang dat het dividend in Australië aftrekbaar was. Uit de beslissing in de zaak van het bankensyndicaat blijkt dat de Hoge Raad doorslaggevend acht dat aandelenkapitaal civielrechtelijk risicodragend is in die zin dat verstrekkers van vreemd vermogen voorrang hebben op verstrekkers van eigen vermogen. Dat geldt ook bij de verstrekking van preferent aandelenkapitaal en voor aandelenkapitaal dat is uitgegeven onder het nieuwe (flexibele) bv-recht. In beide arresten eindigde de Hoge Raad met een belangrijke slotoverweging: *fraus legis* – het handelen in strijd met doel en strekking van de wet – is niet aan de orde, omdat de benutting van de keuzevrijheid ten aanzien van de financiering niet in strijd is met doel en strekking van de deelnemingsvrijstelling.

## Toekomst

Herkwalificatie van vreemd vermogen in eigen vermogen is dus fiscaal niet mogelijk. De uitkomst van deze arresten laat duidelijk zien dat er, zeker in grensoverschrijdende situaties, vrij eenvoudig fiscale voordelen kunnen worden behaald. Of deze situatie lang zal duren is zeer ongewis: in Europees en internationaal verband worden er plannen ontwikkeld om onder andere dergelijke mismatches door kwalificatieverschillen uit te bannen. De Europese Commissie heeft bijvoorbeeld een voorstel gedaan om de moeder-dochterrichtlijn – vergelijkbaar met de deelnemingsvrijstelling – aan te passen. Als dat voorstel doorgaat mag Nederland de deelnemingsvrijstelling niet meer toepassen als het dividend c.q. de rente door de schuldenaar van de winst kan worden afgetrokken.

**Mr. M.H.C Ruijschop**

088 288 1795

[mruijschop@deloitte.nl](mailto:mruijschop@deloitte.nl)

# Informatieverplichting dienstverleningslichamen aangescherpt

De staatssecretaris van Financiën heeft een nieuw besluit gepubliceerd, waarin onder andere een aanscherping is opgenomen van de informatieverplichting van dienstverleningslichamen.

In een economie die steeds internationaler wordt, is het in sommige gevallen complex om op nationaal niveau tot een juiste belastingheffing te komen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake in gevallen waarin een nationale belastingdienst over onvoldoende informatie beschikt om (voldoende) belasting te heffen. In dit kader zijn diverse afspraken gemaakt omtrent de internationale bijstandsverlening bij belastingheffing.

## Dienstverleningslichamen

Nederland heeft deze internationale afspraken sinds vele jaren verwerkt in de Nederlandse wetgeving. Op basis van deze wet kan de Nederlandse overheid in voorkomende gevallen automatisch, spontaan of op verzoek informatie verstrekken aan een buitenlandse overheid. Hierbij is bepaald dat indien Nederlandse belastingplichtigen aan bepaalde voorwaarden voldoen (hierna: 'dienstverleningslichamen'), zij gehouden zijn om proactief informatie te verstrekken aan de Nederlandse belastingdienst ten behoeve van de internationale bijstandsverlening bij belastingheffing.

Van een dienstverleningslichaam is sprake, indien voldaan wordt aan de volgende voorwaarden:

- het lichaam is binnenlands belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting;
- de werkzaamheden van het lichaam bestaan in een jaar hoofdzakelijk uit: het rechtens dan wel in feite direct of indirect ontvangen en betalen van rente, royalty's, huur en leasetermijnen van of aan niet in Nederland gevestigde lichamen die behoren tot het concern waarvan het in

Nederland gevestigde lichaam deel uitmaakt. Hierbij blijven werkzaamheden die samenhangen met het houden van deelnemingen buiten beschouwing.

## Aanwezigheid in Nederland

Indien op basis van deze eisen sprake is van een dienstverleningslichaam, dient dit lichaam jaarlijks te verklaren of het gedurende het hele jaar voldoet aan de vereisten ten aanzien van de aanwezigheid in Nederland. De staatssecretaris van Financiën heeft deze vereisten aangescherpt. Als gevolg hiervan zijn met ingang van 1 januari 2014 de volgende vereisten van toepassing:

- ten minste de helft van het totaal aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden van het lichaam is in Nederland woonachtig of gevestigd.
- de in Nederland wonende of gevestigde bestuursleden beschikken over de benodigde professionele kennis om hun taken naar behoren uit te voeren. Tot deze taken behoren ten minste de besluitvorming, op grond van de eigen verantwoordelijkheid van het lichaam en binnen het kader van de normale concernbemoedienis, over de door het lichaam af te sluiten transacties, alsmede het zorgdragen voor een goede afhandeling van de afgesloten transacties.
- het lichaam beschikt over gekwalificeerd personeel voor de adequate uitvoering en registratie van de door de belastingplichtige af te sluiten transacties.
- de bestuursbesluiten worden in Nederland genomen.
- de belangrijkste bankrekeningen van het lichaam worden in Nederland aangehouden.
- de boekhouding wordt in Nederland gevoerd.



- het vestigingsadres van de belastingplichtige is in Nederland.
- het lichaam wordt, voor zover bij hem bekend, niet in een ander land fiscaal als inwoner beschouwd.
- het lichaam loopt met betrekking tot de geldleningen of rechtsverhoudingen en de samenhangende geldleningen of rechtsverhoudingen die ten grondslag liggen aan de ontvangen en betaalde rente, royalty's, huur of leasetermijnen een reëel risico.
- het lichaam heeft ten minste een bij dit reële risico passend eigen vermogen.

Indien het lichaam aan alle eisen voldoet, kan het volstaan met een verklaring in de jaarlijkse Nederlandse aangifte vennootschapsbelasting dat aan alle eisen is voldaan. Indien het lichaam echter niet aan alle eisen voldoet, is het lichaam gehouden om:

- aan te geven aan welke eisen niet wordt voldaan.
- voor de beoordeling hiervan de benodigde gegevens en inlichtingen te verstrekken.
- een overzicht te verstrekken van de ontvangen rente, royalty's, huur en leasetermijnen, ter zake waarvan en de mogelijkheden waarin het lichaam in het betreffende jaar een beroep heeft gedaan of kan doen op:
  - een belastingverdrag;
  - de rente-/royaltyrichtlijn;
  - een nationale regeling die strekt tot uitvoering van de rente-/royaltyrichtlijn;
  - de naam en adresgegevens van het lichaam waarvan de rente, royalty, huur of leasetermijnen worden ontvangen.

Voor genoemde gegevens hoeven echter niet te worden verstrekt, indien het lichaam in het betreffende jaar geen beroep doet of kan doen op een belastingverdrag, rente-/royaltyrichtlijn of nationale regeling waarin de EU-richtlijn is geïmplementeerd.

#### **Gevolgen niet voldoen aanwezigheidseisen**

Indien niet gedurende het gehele jaar is voldaan aan alle aanwezigheidseisen, dient het lichaam uiterlijk bij indiening van de aangifte vennootschapsbelasting de hiervoor genoemde gegevens te verstrekken. Het niet, niet tijdig, onjuist of onvolledig nakomen van deze informatieverplichting leidt tot een overtreding. In geval van opzet of grove schuld kan een boete worden opgelegd van maximaal € 19.500.

Indien het lichaam niet voldoet aan de hiervoor genoemde aanwezigheidseisen, zal de Nederlandse Belastingdienst spontaan gegevens verstrekken aan de mogelijkheden waarin het lichaam een beroep doet of kan doen op een belastingverdrag, de rente-/royaltyrichtlijn of een nationale regeling die strekt tot uitvoering van deze richtlijn. Deze andere mogelijkheid kan dan op grond van de verstrekte informatie beoordelen of een (eventueel) beroep op de voordelen uit deze regelingen terecht is gedaan.

**Mr. R.J.M. Frins**

088 288 5757

rfrins@deloitte.nl

# Vastgoed en de bedrijfsopvolgingsregeling

Recentelijk zijn twee hofuitspraken gedaan met betrekking tot vastgoed en de bedrijfsopvolgingsregeling die belangrijke gevolgen kunnen hebben voor de fiscale benadering van vastgoedportefeuilles. Hierna wordt ingegaan op de beide uitspraken.

## Vastgoedportefeuille I

De erfgenamen en de inspecteur verschillen van mening over de vraag of de bedrijfsopvolgingsfaciliteit in de erfbelasting van toepassing is. Dit is het geval wanneer ondernemingsvermogen vererft. Is de faciliteit van toepassing dan wordt een aanzienlijke vrijstelling verleend. Tot een bedrag van ruim € 1 miljoen is de verkrijging van ondernemingsvermogen vrijgesteld van erfbelasting, van het surplus is 83% vrijgesteld. In deze zaak was de vraag in hoeverre een vastgoedportefeuille kan worden aangemerkt als ondernemingsvermogen. Zo niet, dan is de faciliteit niet van toepassing.

Een bv bezat een omvangrijke en gevarieerde vastgoedportefeuille met een waarde van vele miljoenen. Volgens het hof was de omvang van de werkzaamheden die met betrekking tot de vastgoedportefeuille in de bv werden verricht zodanig dat sprake was van meer dan normaal vermogensbeheer. Zo was door het intensieve beheer en het directe contact met de huurders geen sprake van huurachterstanden of leegstand. Daarbij hadden de aandeelhouders jarenlange ervaring en expertise en besteedden zij veel tijd aan de portefeuille. Door hun persoonlijke betrokkenheid werd dus een hoger rendement behaald dan in 'normale gevallen' haalbaar zou zijn. Op grond daarvan concludeerde het hof dat sprake was van ondernemingsvermogen. De erfgenamen konden daardoor een beroep doen op de bedrijfsopvolgingsregeling waardoor de verschuldigde erfbelasting aanzienlijk werd verminderd.

## Vastgoedportefeuille II

In een vergelijkbare uitspraak gedaan door Hof Arnhem-Leeuwarden komt men min of meer tot dezelfde conclusie. Ook in deze zaak betrof het een omvangrijke vastgoedportefeuille. In deze zaak werd een schenking gedaan van één aandeel met een zeer geringe waarde, waaruit af te leiden is dat het hier vermoedelijk om een proefprocedure ging. Ten aanzien van deze schenking werd een beroep gedaan op de vrijstelling in de bedrijfsopvolgingsregeling. Het hof oordeelde dat ook hier arbeid werd verricht met onmiskenbaar als doel om een groter rendement te behalen dan met normaal vermogensbeheer zou kunnen worden behaald. Het uitgebreide netwerk van de schenker en de aard en de omvang van de door de eigenaar gecoördineerde vastgoedprojecten speelden hierbij een doorslaggevende rol.

## Mooie opsteker

Deze uitspraken kunnen als opvallend worden aangemerkt. Tot op heden werden dit soort vastgoedportefeuilles door de belastingdienst voor de toepassing van de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten doorgaans als beleggingsvermogen aangemerkt. In de inkomstenbelasting geeft de jurisprudentie een beeld waarin over het algemeen betrekkelijk intensieve activiteiten moeten worden verricht op structurele basis door een vrij goed ingerichte organisatie, wil sprake zijn van een vastgoedonderneming. Meestal wordt dat activiteitsniveau echter niet gehaald, en worden langdurig geëxploiteerde portefeuilles privé gehouden vastgoed als box 3 vermogen (beleggingsvermogen) aangemerkt. Het is overigens volstrekt duidelijk dat de belangen van belastingplichtigen hier volledig tegengesteld zijn afhankelijk van het moment in de tijd. Wil men de portefeuille langdurig zelf blijven exploiteren, dan wenst men zich in box 3 te begeven, is men voornemens het 'stokje door te geven' aan de volgende generatie door schenking, of vererft de portefeuille, dan bepleit men stellig de aanwezigheid van een onderneming in box 1.

De hofuitspraken lijken dus voor veel belastingplichtigen een goede wending te nemen, maar deze hebben tegelijkertijd een belangrijke keerzijde. De veel toegepaste kwalificatie van vastgoed in box 3 zolang

geen schenking of vererving aan de orde is, kan, in met deze zaak vergelijkbare gevallen door de fiscus, ook wat gemakkelijker ter discussie worden gesteld. Dit vastgoed zou dan mogelijk thuishoren in box 1, waarin de rendementen worden belast met maximaal 52% inkomstenbelasting. Dat zou zoals gezegd een voor veel vastgoedeigenaren ongewenst neveneffect vormen.

#### Hoe nu verder?

Het is nu de vraag of, en zo ja hoe, de Hoge Raad over deze kwesties zal oordelen. De staatssecretaris heeft het cassatieberoep tegen de eerste uitspraak recentelijk ingetrokken. De staatssecretaris gaf hierbij aan dat de uitspraak te casuïstisch was en dat hieraan geen algemene conclusies kunnen worden verbonden. Volgens de staatssecretaris blijft het zo dat bij verhuur van vastgoed niet snel sprake zal zijn van een onderneming. Het is op dit moment nog niet bekend of tegen de tweede uitspraak cassatie is ingesteld. De fiscale kwalificatie van vastgoedexploitatie is met deze hofuitspraken en een iets bredere blik dan de initiële vreugde bij de procederende belastingplichtigen, dus voorlopig een ongewisse kwestie. Daar komt dan ook nog de recent aan de politiek aangekondigde evaluatie van de gehele bedrijfsopvolgingsregeling bij, en de daarbij geventileerde gedachte aan een versobering van de regeling. Voorlopig dus geen rust aan het bedrijfsopvolgingsfront. Een proefballonnetje de regeling te vervangen door een betalingsuitstelregeling heeft voor de staatssecretaris verkeerd uitgepakt: reeds een dag na publicatie van dit voornemen moest hij dat weer terugnemen onder druk van een groot aantal familiebedrijven en het VNO-NCW. Wat er nu gaat gebeuren is onduidelijk.

#### Mr. E.I. Brouwer

088 288 7889

efbrouwer@deloitte.nl



# Verzekerd van een pechpas

**Pechpassen leveren het recht op om te worden geholpen bij bepaalde calamiteiten. Niets fiscaals zou men zeggen. Maar in feite is het een (soort) verzekering. En dat zou wel eens kunnen betekenen dat assurantebelasting is verschuldigd. De rechter heeft zich hierover onlangs uitgelaten.**

Heel fietsend Nederland loopt het risico om het mee te maken, pech onderweg. Variërend van een lekke band tot een gebroken ketting, de uitkomst is doorgaans dat slechts lopend de weg kan worden vervolgd. De pechpas, speciaal gericht op (brom)fietsers en scootmobielen, biedt daarvoor de oplossing. Bezitters van een pechpas worden in geval van pech ter plaatse weer op weg geholpen of met fiets en al naar huis gebracht. Waar mogelijk wordt de fiets gerepareerd maar de pechpas zorgt niet voor vervanging of vergoeding van kapotte onderdelen. Hoewel de pechpas gelijkenissen vertoont met een verzekering - men betaalt immers voor een dienst waarvoor van tevoren niet vaststaat dat ervan gebruik zal worden gemaakt - was tot voor kort onduidelijk of de pechpas ook fiscaal als verzekering kwalificeert. Zo ja, dan is assurantebelasting verschuldigd. De pechpas wordt bijvoorbeeld uitgegeven door de Wegenwacht of FietsNED. Dit zijn geen verzekeringsmaatschappijen. In een recente uitspraak heeft de Hoge Raad hier duidelijkheid over gegeven.

## Oorsprong in het civiele recht

De assurantebelasting vindt haar basis in het civiele recht. Het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW') definieert een verzekering als een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen het genot van premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan.

De assurantebelasting zoekt aansluiting bij de definitie uit het BW en betreft in beginsel elke verzekering waarvan het risico in Nederland is gelegen in de heffing. Uitzonderingen worden echter gemaakt voor sommenverzekeringen. Een sommenverzekering ziet doorgaans op het verzekeren van leven voor een vooraf vastgesteld bedrag. Aldus worden slechts schadeverzekeringen in de heffing betrokken. Van een

schadeverzekering is op basis van het BW sprake indien de verzekering strekt tot vergoeding van vermogensschade die een verzekerde zou kunnen lijden.

## Kwalificatie van de pechpas

Volgens de Hoge Raad voldoet de pechpas aan de civiele vereisten van een verzekering. Op het moment dat partijen zich aan elkaar verbinden, is namelijk een premie verschuldigd door de houder van de pechpas en heeft de uitgever van de pechpas zich ertoe verbonden om hulp te bieden in geval van pech. Tevens staat, voordat partijen zich aan elkaar verbinden, niet vast of en wanneer de hulp nodig zal zijn.

Vervolgens is de vraag of de pechpas strekt tot het vergoeden van vermogensschade, één van de voorwaarden van een schadeverzekering genoemd in het BW. Immers, in het geval van pech wordt geen bedrag uitgekeerd maar wordt de pechvogel weer op weg geholpen of naar huis gebracht. Gesteld werd dan ook dat geen vermogensschade wordt vergoed maar dat slechts hulp voor onderweg wordt geboden. Aangezien geen vermogensschade wordt vergoed, kan ook geen sprake zijn van een schadeverzekering en dus zou geen assurantebelasting verschuldigd zijn.

De Hoge Raad volgt deze redenering niet. Cruciaal in dit oordeel is dat de vermogensschade volgens de Hoge Raad zit in het niet meer deugdelijk functioneren van het vervoersmiddel. Dat het verhelpen van de pech of het vervoer naar huis mede het karakter kan hebben van hulpverlening doet volgens de Hoge Raad niet af aan het oordeel dat sprake is van een vergoeding van vermogensschade. Aangezien aan alle elementen van een (schade)verzekering wordt voldaan, oordeelt de Hoge Raad dat de pechpas een verzekering is die belast is met assurantebelasting (21%). Kortom, met de pechpas kan men dus verzekerd de weg op!

**Mr. T. Hijdra**

088 288 8707

thijdra@deloitte.nl

# Pensioenuitvoering zonder btw

**Nederlandse pensioenfondsen hebben in de regel hooguit deels recht op aftrek van voorbelasting. Zij zijn er daarom bij gebaat indien zij diensten kunnen inkopen waarop geen btw drukt. Dat is het geval indien de ingekochte diensten vallen onder een btw-vrijstelling. Voor pensioenfondsen met de kenmerken van een beschikbare premieregeling biedt een recent arrest van het Europese Hof voor bepaalde beheerdiensten van derden daartoe de mogelijkheid.**

## **De zaak**

ATP Pension Services verricht diensten voor Deense pensioenfondsen. Het gaat daarbij onder andere om administratie, systeembeheer en de uitvoering van betalingen. De Deense pensioenfondsen voeren een zogenoemde beschikbare premieregeling uit. Er wordt een vaste premie betaald; de uitkering bij pensionering staat niet op voorhand vast en is afhankelijk van het resultaat van de beleggingen door het pensioenfonds.

Volgens het Hof van Justitie kan het beheer in een dergelijk geval vallen onder de vrijstelling voor beheer van gemeenschappelijke beleggingsfondsen. De activa van de werknemers worden namelijk bijeengebracht om daarmee het risico over verscheidene beleggingen te spreiden en de werknemers dragen daarbij het beleggingsrisico: hun uitkering staat immers niet op voorhand vast. Dat geen sprake is van een openbaar fonds en de werkgever de premies betaalt om te voldoen aan een wettelijke verplichting is volgens het Hof van Justitie niet relevant voor de beoordeling of de vrijstelling van toepassing kan zijn. Het Hof van Justitie oordeelt vervolgens dat niet alleen het portefeuillebeheer, maar ook de taken van administratie van het fonds zelf behoren tot het beheer van het pensioenfonds.

Ten aanzien van de toepassing van de financiële vrijstelling voor overmakingen, die ook in geschil was, oordeelt het Hof van Justitie dat in geval van een overboeking tussen twee rekeningen van één persoon, namelijk de werknemer, sprake is van een overmaking. De vordering van de werknemer op de werkgever wordt namelijk door de overboeking omgezet in een vordering van de werknemer op het pensioenfonds.

## **Gevolgen voor de praktijk**

Tot de zaak ATP Pension Services nam de belastingdienst het standpunt in dat het beheer van pensioenfondsen door een derde met btw is belast. Voor wat betreft pensioenfondsen, waarbij de uitkering op voorhand vaststaat en de werknemers dus niet het risico van de beleggingen hebben, heeft het Hof van Justitie deze zienswijze in een eerdere zaak bevestigd. Voor pensioenfondsen waarbij de werknemers wel het risico van de beleggingen dragen, ligt dit anders. Het portefeuillebeheer en de taken van administratie van een dergelijk fonds die worden uitgevoerd door een derde vallen onder de btw-vrijstelling. Dit is voordelig, omdat het pensioenfonds de btw niet in aftrek kan brengen.

## **Afschaffing koepelvrijstelling voor pensioenuitvoering**

In het huidige pensioendebat wordt op dit moment kritisch gekeken naar de btw-behandeling van de diensten verricht door pensioenuitvoerders. Een aantal Nederlandse pensioenuitvoerders maakt voor dienstverlening aan pensioenfondsen gebruik van de btw-koepelvrijstelling. Het kabinet wil de toepassing van deze vrijstelling voor diensten van pensioenuitvoerders uitsluiten, omdat de toepassing ervan naar haar mening leidt tot concurrentievervalsing. Voor pensioenfondsen waarbij de werknemer het beleggingsrisico draagt, biedt het arrest ATP Pension Services als het zover komt alsnog een mogelijkheid om pensioenuitvoering

vrij van btw te laten plaatsvinden indien de diensten van de pensioenuitvoerder kunnen worden aangemerkt als beheer. Het kabinet heeft inmiddels richting de Eerste Kamer gerapporteerd dat de budgettaire effecten van het arrest ATP Pension Services vooralsnog beperkt zijn, omdat slechts 1,3% van de pensioenregelingen in Nederland een beschikbare premieregeling is. Naar onze mening is het echter niet uitgesloten dat voor andere pensioenregelingen ook de vrijstelling voor beheer kan gelden. Het gaat erom dat de werknemers het risico bij de beleggingen hebben. Alleen indien de uitkering van de voren is bepaald en de werknemers totaal geen risico lopen is duidelijk dat de vrijstelling niet van toepassing kan zijn.

De toepassing van de koepelvrijstelling kan naar onze mening niet zomaar worden uitgesloten voor de diensten van pensioenuitvoerders. Het lijkt er echter op dat het toch zover gaat komen. De Tweede Kamer heeft het wetsvoorstel reeds goedgekeurd en daarbij een amendement van de SP, waarin zij voorstelt om de btw-koepelvrijstelling te handhaven, niet aangenomen. Mochten de diensten van pensioenuitvoerders in de toekomst btw-belast zijn, dan is er ook nog een mogelijkheid om de werkgever de kosten van het beheer van het pensioenfonds rechtstreeks te laten dragen. Volgens het oordeel van het Hof van Justitie in een andere zaak is dan namelijk de btw voor de werkgever aftrekbaar.

**Mr. dr. M.M.W.D. Merckx**

088 288 2611

mmerckx@deloitte.nl



# Samenhangende waardering van effecten



---

## Sommige activa en passiva hangen nauw met elkaar samen. De vraag is dan of deze voor de fiscale waardering gezamenlijk of toch elk afzonderlijk moeten worden gewaardeerd. De Hoge Raad geeft een oordeel.

Vaak is de belastingwet zeer gedetailleerd. Zo werd in de toenmalige Wet Investerings Rekening ("WIR") een "toom kippen" expliciet uitgesloten van deze investeringspremie. Op sommige cruciale punten is de wet echter uiterst summier. Voor de bepaling van de jaarwinst, toch niet onbelangrijk, is er eigenlijk maar één, heel summier, voorschrift: "Winst wordt bepaald volgens goed koopmansgebruik". Leidend is dus hoe de prudente koopman zijn resultaat zou bepalen: realistisch maar voorzichtig.

Dergelijke open normen vragen om interpretatie. Het laatste woord is daarbij aan de rechter. Die is inmiddels al weer ruim een halve eeuw bezig om het begrip goed koopmansgebruik ("GKG" onder fiscalisten) in te vullen. In dit kader heeft de rechter een aantal beginselen van GKG ontwikkeld. Met deze oude beginselen in de hand wordt ook deze casus ontleed.

### Market maker

Belanghebbende in deze zaak is een zogenaamde market maker. Zij onderhoudt de markt in opties op bepaalde aandelen. Een belegger die opties op bepaalde aandelen wenst te verwerven wendt zich tot de market maker die voor opties op deze aandelen als wederpartij optreedt. Belanghebbende verdient haar geld in de eerste plaats met de zogenaamde bid-offer spread, ofwel het verschil tussen de bied- en laatprijzen. Om haar risico af te dekken neemt belanghebbende voortdurend posities in in de aandelen waarvoor zij market maker is. Door deze zogenoemde delta hedging dekt zij feitelijk het risico af op de opties waarvoor zij wederpartij is. In dat kader koopt en verkoopt zij voortdurend aandelen in deze fondsen.

De klassieke regel van goed koopmansgebruik is dat als men iets onder kostprijs verkoopt, er verlies wordt gerealiseerd. Aandelen zijn individualiseerbaar, men weet dus van elk aandeel wat het heeft gekost. Als een aandeel wordt verkocht weet men of er winst of verlies

wordt behaald. In deze casus was sprake van een aantal aandelen die beneden de kostprijs werden verkocht. In principe is dus een (fiscaal) verlies geleden. Dat lag in deze casus toch een tikkeltje anders. Tegenover het verlies op een aandelenpositie stond namelijk een (ongerealiseerde) winst op een optie op diezelfde aandelen. Dergelijke samenhangende posities vragen, aldus de Hoge Raad, om een samenhangende waardering. Tegenover het verlies op de aandelen staat immers een ongerealiseerde winst op opties. In beginsel is het in overeenstemming met goed koopmansgebruik, aldus ons hoogste rechtscollege, bezittingen te waarderen op kostprijs en een eventuele meerwaarde pas in aanmerking te nemen op het moment dat deze wordt gerealiseerd door levering aan een derde. Is de waarde van de bezittingen lager dan de kostprijs, dan staat goed koopmansgebruik toe te waarderen op die lagere waarde. Indien echter een samenhangende waardering met andere vermogensbestanddelen is vereist, is een dergelijke afwaardering pas toegestaan voor zover de gezamenlijke waarde lager is dan de gezamenlijke kostprijs.

### Tot slot

Heel verrassend is dit arrest uiteindelijk niet. De Hoge Raad heeft een dergelijk oordeel al eens eerder gegeven maar dat oordeel was niet op alle punten even helder. Met het onderhavige arrest is het standpunt van ons hoogste rechtscollege in feite wel verhelderd. Punt blijft natuurlijk wel dat de vraag wanneer sprake is van samenhangende transacties een feitelijke toets vergt. De Hoge Raad hanteert daar een marge in de wederzijdse waardering voor van 85%-115%. Indien de correlatie tussen de beide vermogensbestanddelen zich binnen die marge begeeft is in principe sprake van voldoende samenhang.

### Mr. F. Bracht

088 288 0339

fbracht@deloitte.nl

# Immateriële schadevergoeding bij termijnoverschrijding

Wanneer de fiscus bepaalde termijnen overschrijdt heeft een belastingplichtige soms recht op schadevergoeding. In deze bijdrage wordt uiteengezet wanneer dat zoal het geval kan zijn.

Uit het rechtszekerheidsbeginsel vloeit voort dat belastingplichtigen binnen een redelijke termijn recht hebben op een beslissing in een door hen gevoerde belastingprocedure. Hierbij hanteert de Hoge Raad als vuistregel een termijn van maximaal twee jaar voor de bezwaar- en beroepsfase, twee jaar voor hoger beroep en eveneens twee jaar voor de cassatieprocedure. In geschillen met betrekking tot de hoogte van de belastingsschuld vangt de tweejaarstermijn aan op het moment van indiening van het bezwaarschrift bij de belastingdienst. In fiscale boetezaken vangt deze termijn al eerder aan, namelijk op het moment waarop de belastingdienst een handeling verricht waaruit de belastingplichtige redelijkerwijs kan afleiden dat een boete zal worden opgelegd. Benadrukt zij dat de termijnen slechts indicatief zijn. Onder omstandigheden is overschrijding geoorloofd.

De rechter dient ambtshalve te toetsen of het geschil is berecht binnen een redelijke termijn. Wanneer de redelijke termijn naar het oordeel van de rechter is overschreden, kent hij de belastingplichtige als uitgangspunt een schadevergoeding toe van € 500 per halfjaar waarmee de termijn te boven is gegaan. De overschrijding wordt naar boven afgerond.

In twee recente arresten heeft de Hoge Raad de regels omtrent immateriële schadevergoeding vanwege termijnoverschrijdingen in belastingzaken gepreciseerd. De eerste zaak ziet op de toekenning van immateriële schadevergoedingen bij samenhangende zaken. In het tweede arrest stelt de Hoge Raad nadere regels voor het aanhouden van zaken vanwege het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

## Samenhangende behandeling

Het eerste arrest betreft bezwaar en (hoger) beroep tegen de verhoging van verscheidene navorderingsaanslagen en tegen een aantal vergrijpboetes. Hof 's-Gravenhage had de boetes vanwege overschrijding van de redelijke termijn verminderd en aan belanghebbende een immateriële schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn toegekend. Met het oog op de samenhang van de diverse zaken had het hof het bedrag van de immateriële schadevergoeding vermenigvuldigd met factor 1,5. In cassatie bestrijdt de staatssecretaris onder andere de vermenigvuldiging met deze factor per (afgerond) halfjaar overschrijding van de redelijke termijn.

De Hoge Raad herhaalt eerdere rechtspraak waaruit volgt dat indien in belastinggeschillen de redelijke termijn is overschreden, in principe voor de schadevergoeding een tarief dient te worden gehanteerd van € 500 per halfjaar dat de redelijke termijn is overschreden. Het totaal van de overschrijding wordt hierbij naar boven afgerond. Vervolgens gaat de cassatierechter in op de term 'samenhang' en verduidelijkt hij wat hieronder moet worden verstaan. Het hoogste rechtscollege oordeelt dat sprake is van samenhang indien een aantal zaken van een belanghebbende in hoofdzaak betrekking hebben op hetzelfde onderwerp. In dat geval dient, aldus de Hoge Raad, per fase van de procedure waarin sprake is geweest van een gezamenlijke behandeling slechts éénmaal het tarief van € 500 per halfjaar te worden gehanteerd. In samenhangende zaken is – met andere woorden – dus geen ruimte voor vermenigvuldiging met de factor 1,5. De Hoge Raad voegt hier aan toe dat indien de rechtsmiddelen in de desbetreffende fase van de samenhangende behandeling niet tegelijkertijd zijn aangewend, ter bepaling van de mate van overschrijding van de redelijke termijn dient te worden gerekend vanaf het tijdstip waarop het eerst aangewende rechtsmiddel is ingesteld.

## Prejudiciële vragen

Onder een redelijke termijn verstaat de Hoge Raad in principe een periode van twee jaar per fase van de rechtsgang. In beginsel dient de desbetreffende fase binnen dat tijdsbestek te zijn doorlopen. Er kunnen zich evenwel bijzondere omstandigheden voordoen, die verlenging van deze termijn rechtvaardigen.

Hierbij moet gedacht worden aan gedragingen van de belastingplichtige, de complexiteit van de zaak en de hoogte van de resterende boete. Ook kan de wijze van behandeling door de rechter van invloed zijn op de bepaling van de redelijke termijn. Zo telt de tijd die gemoed is geweest met het afwachten van een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie in de regel niet mee, mits het afwachten van die beslissing redelijk is. In het tweede in deze bijdrage te bespreken arrest heeft de Hoge Raad deze uitzonderingssituatie nader vormgegeven.

In de zaak die aanleiding gaf tot het berechte geval, had belanghebbende een verzoek ingediend tot toekenning van een schadevergoeding wegens het overschrijden van de redelijke termijn. In cassatie stelt de staatssecretaris dat belanghebbende zelf debet is aan de gang van zaken, omdat hij bewust inkomsten heeft verzwegen en, na de ontdekking daarvan, alle medewerking heeft geweigerd. De Hoge Raad oordeelt echter dat de eigen schuld van een belanghebbende niet afdoet aan het recht op toekenning van een schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn. Wel kan het gebrek aan medewerking een factor zijn die meespeelt bij de vraag of sprake is van een termijnoverschrijding.

Vervolgens herhaalt de Hoge Raad eerdere rechtspraak inhoudende dat indien een rechter prejudiciële vragen stelt, de tijd die verstrijkt tussen de verzending van de verwijzingsuitspraak door de nationale rechter naar het Hof van Justitie en de dag van de prejudiciële beslissing, buiten beschouwing blijft bij het antwoord op de vraag of sprake is van overschrijding van de redelijke termijn. De beslissing om te wachten moet wel redelijk zijn, zowel wanneer de prejudiciële vraag is gesteld in een procedure van belanghebbende zelf, als wanneer in een andere, vergelijkbare zaak vragen zijn gesteld. In het onderhavige arrest voegt de Hoge Raad hier aan toe dat het tijdsverloop dat is gemoed met het afwachten van een beslissing van het Hof van Justitie, zolang er geen schriftelijke kennisgeving daarvan heeft plaatsgevonden aan partijen, niet alsnog kan worden aanvaard met een beroep op de complexiteit van de zaak. Indien een rechter besluit een zaak aan te houden in afwachting van de beantwoording van prejudiciële vragen in een andere zaak, vangt de buiten beschouwing te laten periode

pas aan op de dag waarop de rechter deze beslissing schriftelijk aan partijen heeft meegedeeld én indien het besluit van de rechter redelijk is. De termijn eindigt op de dag van openbaarmaking van de prejudiciële beslissing door het Hof van Justitie.



#### Ten uitgeleide

Voorname eis van schriftelijke kennisgeving werd in eerdere jurisprudentie nog niet gesteld. Om de behandeling van lopende procedures niet te frustreren, heeft de Hoge Raad daarom bepaald dat deze eis zal gaan gelden voor belastingzaken die worden aangehouden in verband met prejudiciële vragen die na 1 april 2014 zijn gesteld.

**L.W.D. Wijtvliet Msc.**

088 288 4593

lwjtvliet@deloitte.nl



# Recente aanpassingen in de boetesfeer

---

De fiscus kan allerlei soorten boetes opleggen als belastingplichtigen niet aan hun verplichtingen voldoen. Deze boeteregels veranderen regelmatig. In deze bijdragen besteden we aandacht aan de recente ontwikkelingen.

In de wet staat welke feiten beboetbaar zijn. Zo staat op het opzettelijk doen van een onjuiste aangifte een zware vergrijpboete en op het niet tijdig doen van aangifte een lichtere verzuimboete. In de wet staat ook wat de maximale boete voor een overtreding is. Het komt in de praktijk weinig voor dat de inspecteur de hoogst mogelijke boete oplegt. Bij het bepalen van de hoogte van de boete moet hij zich houden aan voorschriften (beleidsregels) die zijn opgesteld door de staatssecretaris van Financiën. Deze past het boetebeleid regelmatig aan. Het algemene beeld dat de afgelopen jaren is te zien, is uitbreiding van de wettelijke boetebepalingen en aanscherping van het boetebeleid. Hieronder komen vier recente, in het oog springende, aanpassingen ter sprake.

## Inkeerregeling

Om te beginnen een tijdelijke maatregel die in afwijking van de trend een versoepeling van de inkeerregeling inhoudt. Inkeer wil zeggen dat een belastingplichtige die in zijn aangifte inkomen/vermogen opzettelijk heeft verzwegen – denk aan een ‘zwarte’ buitenlandse spaarrekening – alsnog aangifte doet van dat inkomen/vermogen voordat de inspecteur hiervan weet heeft of dit op het spoor is. Keert de belastingplichtige binnen twee jaar na indiening van de onjuiste aangifte in, dan wordt geen boete opgelegd. Als hij daarna inkeert, kan de boete op grond van beleid worden gematigd. De tijdelijke maatregel houdt in dat de boete in zulke gevallen op nul wordt gesteld bij inkeer in de periode van 2 september 2013 tot 1 juli 2014. De maatregel blijkt effect te sorteren. Volgens cijfers van de belastingdienst hebben zich in die periode tot nu toe al enkele duizenden inkeerders gemeld, aanzienlijk meer dan in de periode daarvoor.

## Uitlokken

Een tweede aanpassing is dat de wet met ingang van 2014 ook beboeting mogelijk maakt van de doen-pleger, de uitlokker en de medeplichtige. Tot dan toe kon alleen de pleger van de overtreding worden beboet – de belastingplichtige zelf als deze bijvoorbeeld opzettelijk een onjuiste aangifte had gedaan – en sinds medio 2009 ook de medepleger, bijvoorbeeld de adviseur die de onjuiste aangifte voor de belastingplichtige had verzorgd. In theorie gaat het om een spectaculaire uitbreiding, maar het is de vraag of het in de praktijk zo'n vaart zal lopen. Van de mogelijkheid om de medepleger te beboeten is tot nog toe niet of hoogst zelden gebruik gemaakt (gepubliceerde gevallen zijn mij niet bekend). En ook van zijn bevoegdheid de doen-pleger, uitlokker en medeplichtige te beboeten zal de belastingdienst vermoedelijk zeer spaarzaam gebruik gaan maken. De beleidsregel dat de inspecteur daarvoor toestemming nodig heeft van de directeur, zal ook als rem fungeren.



### Dubbele straf

Een opmerkelijke beleidsaanpassing is dat wanneer een gedraging zowel een fiscaal, als een gemeen delict oplevert, deze "samenloop" geldt als een strafverzwarende omstandigheid en de inspecteur dus een hogere boete kan opleggen. Denk aan een belastingplichtige die zich schuldig maakt aan faillissementsfraude en zich daarbij persoonlijk verrijkt zonder hiervan aangifte te doen. Het opmerkelijke is dat de inspecteur die alleen bevoegd is een boete op te leggen voor het fiscale delict (het opzettelijk doen van een te lage aangifte) in feite ook een boete kan opleggen voor het gemeen delict (faillissementsfraude) zonder hiervoor bevoegd te zijn. De toekomst zal uitwijzen of die beleidsaanpassing in de ogen van de rechter door de beugel kan.

### Te late aangifte

Tot slot zijn de aanpassingen van het boetebeleid bij het niet tijdig doen van aangifte inkomstenbelasting relevant. Tot 2014 was het beleid om in dat geval eerst een verzuimboete van € 226 op te leggen, welke boete bij een volgend verzuim kon worden verhoogd. Met

ingang van 2014 wordt volstaan met een standaardverzuimboete van € 344 (ofwel 7% van het wettelijk maximum), die alleen in uitzonderlijke gevallen kan worden verhoogd. Als voorbeeld van een uitzonderlijk geval noemt de staatssecretaris van Financiën het stelselmatig te laat doen van aangifte. Een andere aanpassing is dat de belastingdienst vanaf 2014 gebruik gaat maken van de wettelijke mogelijkheid om al voorafgaande aan de aanslag een afzonderlijke ("losse") boetebeschikking op te leggen. De gedachte erachter is dat die handelwijze effectiever is. Is de aangifte niet binnen de gestelde termijn ontvangen, dan krijgt de betrokkene één schriftelijke herinnering of aanmaning. Is de aangifte niet binnen de in de herinneringsbrief gestelde termijn ontvangen, dan volgt een losse boetebeschikking. Als de aangifte kort na ontvangst van de beschikking alsnog binnenkomt, wordt de boete gematigd tot 1% van het wettelijk maximum.

#### Dr. E.B. Pechler

088 288 0280

epechler@deloitte.nl

## Colofon

Taxtueel is het magazine van Deloitte over actuele fiscale ontwikkelingen.

#### Redactie

Deloitte Belastingadviseurs  
Wetenschappelijk Bureau,  
t.a.v. prof. dr. P. Kavelaars  
Postbus 2031  
3000 CA Rotterdam  
Tel 088 288 0954  
pkavelaars@deloitte.nl

#### Ontwerp

Communications at Deloitte

#### Aan dit nummer werkten mee

F. Bracht  
E.I. Brouwer  
R.J.M. Frins  
E.P. Hageman  
T. Hijdra  
B. van Hoorn  
P. Kavelaars  
N. Konings  
W.R. Kooiman  
M.M.W.D. Merx  
E.B. Pechler  
M.H.C Ruijschop  
G.J.W. de Rooter  
L.W.D. Wijtliet  
H.P. van der Zwaag

#### Drukwerk

Drukkerij Tuijtel,  
Hardinxveld-Giessendam

#### Oplage

9000 exemplaren

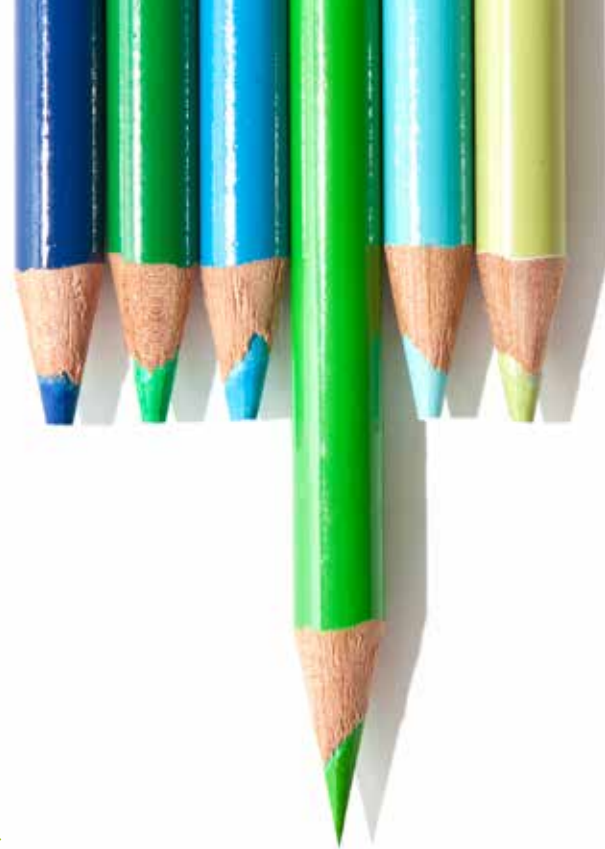
#### Abonnement

Wilt u dit magazine kosteloos ontvangen?

Stuur dan een mail naar:  
cvanderhoeven@deloitte.nl.

#### Adreswijziging

Een adreswijziging kunt u doorgeven aan het kantoor waar u cliënt bent, c.q. waarvan u de Taxtueel ontvangt.



# Deloitte Academy

## Sharpen your mind

Deloitte Academy heeft haar cursusaanbod op het gebied van Belastingadvies voor het jaar 2014 afgestemd op de belangrijkste ontwikkelingen. Deze cursussen zijn zeer praktijkgericht, gaan in op actualiteiten en zorgen ervoor dat u met andere deskundigen en collega's kennis en vragen kunt delen.

Onze professionals zijn uw docenten. Zij delen hun kennis uit de praktijk met u. Ons cursusaanbod onderscheidt zich dan ook door actualiteit en effectiviteit. Het beperkte aantal deelnemers per cursus biedt veel ruimte voor interactie tussen docent en cursist in een stimulerende en prettige sfeer.

#### **De Deloitte Academy organiseert de volgende cursussen:**

- Tax Accounting (Engelse editie), 11 en 12 juni 2014
- US International Tax, 23 september 2014
- Masterclass Fiscale Actualia, 23 september, 18 november en 9 december 2014
- Tax Accounting (Nederlandse editie), 29 en 30 oktober 2014
- BTW in de praktijk, 9 en 10 december 2014

#### **Meer informatie**

Voor meer informatie over Deloitte Academy en de cursussen verwijzen wij u naar onze website, [www.deloitte.nl/academy](http://www.deloitte.nl/academy). Ook kunt u bellen naar +31 (0)88 288 93 33.