

Fiscaliteiten

Drs. R.P. van den Dool

Rondom 1 januari 1997 is een groot aantal wetsvoorstellen in werking getreden. Het gaat onder meer om de herziening van het aanmerkelijk-belangregime in de inkomstenbelasting, de invoering van het wetsvoorstel tegengaan uitholling belastinggrondslag en versterking fiscale infrastructuur, aanpassingen in de loon- en inkomstenbelasting etc. De individuele wetsvoorstellen brengen een groot aantal wijzigingen in de tot en met december 1996 bestaande regelgeving en brengen in de advisering grote veranderingen met zich mee. In deze bijdrage zal op een aantal voor de accountantspraktijk relevante wijzigingen worden ingegaan. Het gaat om de financieringsrente die natuurlijke personen verschuldigd zijn op leningen die zij zijn aangegaan ter verwerving van een pakket aandelen en de regeling rondom het fictieve salaris. Daarmee wordt niet het gehele veld van wetswijzigingen gedekt. Zo zijn er belangrijke wijzigingen in de loonbelasting, vennootschapsbelasting, maar ook belangrijke andere wijzigingen in de sfeer van het aanmerkelijk belang. Daarvoor wordt verwezen naar daarop betrekking hebbende publicaties.¹ Ten slotte wordt in deze bijdrage nog ingegaan op recente jurisprudentie inzake de toepassing van art. 20, vijfde lid, Wet Vpb 1969.

1 Financieringsrente aanmerkelijk-belangpakketten

1.1 Algemeen: wanneer is sprake van een aanmerkelijk belang

Winst uit aanmerkelijk belang, waartoe sinds 1 januari 1997 behalve de (fictief) gerealiseerde

koersmutaties ook de uitgedeelde dividenden behoren, wordt thans belast naar een tarief van 25%. Of sprake is van een aanmerkelijk belang wordt beoordeeld aan de hand van een tweetal toetsingscriteria. De eerste toets is of de belastingplichtige al dan niet tezamen met zijn partner meer dan 5% van het geplaatste aandelenkapitaal in een vennootschap bezit. Indien een belastingplichtige niet aan dit criterium voldoet, betekent dat niet zonder meer dat geen sprake is van een aanmerkelijk belang. Ingevolge de zogenoemde meetrekregeling kan namelijk óók sprake zijn van een aanmerkelijk belang. Bij de meetrekregeling wordt gekeken of een familielid in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn partner een aanmerkelijk belang heeft op basis van het eerste criterium. Indien dat het geval is, behoren alle aandelen, schuldvorderingen en opties daarop die de belastingplichtige bezit, ongeacht de omvang, ook tot een aanmerkelijk belang.

1.2 Financieringsrente

Het 25%-tarief vindt niet alleen toepassing op de winst die een belastingplichtige realiseert, maar ook op de kosten die een belastingplichtige maakt ter verwerving van de winst uit aanmerkelijk belang. Rente op leningen die zijn aangegaan ter financiering van de aankoop of uitbreiding van een pakket aandelen die tot een aanmerkelijk belang behoren, wordt als zijnde bronrente dan ook tegen dat tarief verrekend. Bij bestaande financieringsovereenkomsten zou dat tot problemen kunnen leiden als de financiering is aangegaan onder de veronderstelling dat de rente aftrekbaar is tegen het hoge progressieve tarief van de houder van de aandelen. Teneinde aan deze problematiek tegemoet te komen, maar ook met het oog op de vergemakkelijking van toekomstige overnames, is

Drs. R.P. van den Dool is universitair docent fiscale economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam; tevens is hij fiscalist te Gouda.

voor reële bedrijfsovernames een faciliteit in het leven geroepen. Indien sprake is van een reële bedrijfsovername, is de financieringsrente die samenhangt met de verwerving van de aandelen aftrekbaar als persoonlijke-verplichtingenrente. Door die heretikettering wordt bereikt dat de financieringsrente aftrekbaar is tegen het reguliere progressieve tarief in plaats van tegen het ab-tarief van 25%. Volledigheidshalve zij vermeld dat de thans geldende aftrekbeperking tot (uiteindelijk) f 5000 per belastingplichtige voor deze financieringsrente niet zal gelden. De faciliteit is opgenomen in art. 20b, derde lid, Wet IB 1964. Aldaar is tevens bepaald dat de toepassing van de faciliteit is gebonden aan nadere bij Ministeriële regeling te stellen voorwaarden. Deze zijn opgenomen in art. 3c Uitv. Reg IB 1990.

Als belangrijkste eis voor toepassing van de faciliteit geldt dat de BV waarin men aandelen neemt direct of indirect een onderneming moet drijven. Uit de parlementaire behandeling blijkt expliciet dat het moet gaan om het ondernemingsbegrip zoals dat in de Wet op de Inkomstenbelasting geldt: er moet sprake zijn van een organisatie van kapitaal en arbeid die naar winst streeft.

De overname van een holding die aandelen houdt in een werkmaatschappij die een onderneming drijft, kwalificeert voor toepassing van de regeling. Daarbij rijst overigens direct de vraag hoe moet worden omgegaan met de situatie dat de holding slechts een deel van de aandelen in de werkmaatschappij bezit. Op die kwestie is niet expliciet ingegaan, maar men mag aannemen dat ook dan sprake is van een reële bedrijfsovername als bedoeld in de regeling, mits de kopende aandeelhouder een middellijk aanmerkelijk belang verwerft in de vennootschap die de materiële onderneming drijft. Er valt immers niet in te zien waarom de faciliteit geen toepassing zou vinden bij de verwerving van een personal holding die 5% van de aandelen in een werkmaatschappij bezit en wel bij de verwerving van 5% van de aandelen in de werkmaatschappij zelve. Economisch kunnen de aandelen in de personal holding namelijk worden vereenzelvigd met de aandelen in de werkmaatschappij.

Indien een holding wordt opgericht teneinde de aandelen in een andere holding of in een werkmaatschappij te verwerven, zal de faciliteit naar alle waarschijnlijkheid geen toepassing vinden. Immers, de holding drijft ten tijde van de oprichting geen onderneming en derhalve is niet voldaan

aan de eis dat het lichaam waarin men een aanmerkelijk belang verwerft direct of indirect een onderneming moet drijven. Volledigheidshalve zij vermeld dat de problematiek in deze casus slechts een beperkt belang heeft. Immers, in deze opzet zal de personal holding in het algemeen de lening aangaan. Slechts de financieringsrente over de lening die wordt aangegaan door de overnemer teneinde de aandelen in de personal holding vol te storten zal dan een rol spelen.

Om ook de financieringsrente op de in omvang beperkte lening onder de faciliteit te laten vallen, zal de praktijk zich gaan bedienen van de mogelijkheid de personal holding op te laten richten door de verkopende partij. Vervolgens wordt de werkmaatschappij door de verkoper verkocht aan de nieuw opgerichte holding, waarna de aandelen in de holding worden verkocht aan de uiteindelijk gegadigde. Door deze opzet is een personal holding gecreëerd die op het overdrachtsmoment indirect een onderneming drijft. Daarmee zou de faciliteit waarmee de financieringsrente tot persoonlijke verplichtingenrente wordt bestempeld en waarmee dientengevolge aftrek tegen 60% plaatsvindt, binnen bereik komen.

2 Fictieve dienstbetrekking en fictief salaris

Tezamen met de ingevoerde wijzigingen in de sfeer van de winst uit aanmerkelijk belang, is een wijziging ingevoerd ten aanzien van de beloningsstructuur voor de directeur-grotoaandeelhouder. Deze wijziging beoogt met name de zogenoemde nulconstructies tegen te gaan. Bij de nulconstructies werd door middel van het afzien van salaris of via de rentelast over de rekening-courantschuld aan de eigen vennootschap het belastbaar inkomen sterk verlaagd, in sommige gevallen zelfs tot nihil. Door de werking van de anti-cumulatieregeling uit de vermogensbelasting, die inhoudt dat de inkomsten- en vermogensbelasting tezamen nooit meer kunnen bedragen dan 68% van het belastbaar inkomen, is dan geen vermogensbelasting verschuldigd. In het verlengde van de maatregel tot vaststelling van een fictief salaris, wordt ook opgetreden tegen situaties waarin een aanmerkelijk-belanghouder leningen verstrekt aan of (on)roerende zaken verhuurt aan de vennootschap. In die gevallen wordt een reële rente respectievelijk huur tot het inkomen van de aanmerkelijk-belanghouder gerekend.²

Art. 12a Wet LB 1964 bepaalt dat het loon van een werknemer die arbeid verricht ten behoeve

van een vennootschap die arbeid verricht ten behoeve van een vennootschap waarin hij (on)middellijk een aanmerkelijk belang bezit, ten minste wordt gesteld op een bepaald normbedrag. Voor 1997 is dit bepaald op f 78.000. Indien een bepaalde andere werknemer meer dan deze f 78.000 verdient, wordt het normbedrag gesteld op dit hogere salaris. De duurste werknemer is derhalve medebepalend voor het normsalaris.

Indien blijkt dat het daadwerkelijke salaris voor de werknemer/ab-houder lager is dan het normsalaris, moet aannemelijk worden gemaakt dat dit lagere loon overeenkomt met hetgeen gebruikelijk is voor soortgelijke dienstbetrekkingen. Als men niet in dat bewijs slaagt, wordt het salaris op het normsalaris gesteld. De werknemer heeft tezamen met de inhoudingsplichtige dan ook de bewijslast om het lagere loon te rechtvaardigen.

Uiteraard bestaat de mogelijkheid dat het gebruikelijke salaris voor een bepaalde dienstbetrekking hoger ligt dan het hiervoor genoemde normsalaris (f 78.000 of salaris van duurste werknemer). Als de belastingdienst aannemelijk kan maken dat het gebruikelijke salaris hoger ligt, wordt het salaris voor de werknemer/ab-houder gesteld op 70% van dat hogere salaris. Het salaris kan evenwel nooit minder worden dan het normsalaris. Men kan aannemen dat over het salaris dat uiteindelijk wordt vastgesteld, door de werknemer pensioenrechten kunnen worden opgebouwd.

Navolgende voorbeelden verduidelijken de systematiek.

Voorbeeld 1

Meneer Jansen is directeur-groootaandeelhouder van Jansen BV. Zijn salaris bedraagt f 75.000 per jaar. Gezien de noodzakelijke technische kwaliteiten, is mevrouw Pieterse aangetrokken voor een salaris van f 225.000 per jaar. Dit is een gebruikelijk salaris voor de door mevrouw Pieterse vervulde functie.

Ten eerste staat vast dat het salaris van Meneer Jansen lager is dan f 78.000, met als gevolg dat dit salaris door de belastingdienst ten minste wordt verhoogd tot f 78.000. Echter, een werknemer verdient beduidend meer, hetgeen tot gevolg heeft dat het salaris door de belastingdienst ten minste kan worden gesteld op f 225.000. Om deze salariscorrectie te voorkomen, moet meneer Jansen vervolgens aannemelijk maken dat het door hem genoten salaris gebruikelijk is voor de door hem vervulde functie. Gesteld dat een gebruikelijk

salaris f 150.000 bedraagt, dan blijft de correctie beperkt tot een salaris van f 150.000.

Voorbeeld 2

Stel dat meneer Jansen uit voorgaand voorbeeld niet in staat is aannemelijk te maken dat een gebruikelijk salaris voor zijn functie lager is dan het salaris van de meestverdienende werknemer ad f 225.000. In dat geval staat nog niet vast dat zijn salaris op dat bedrag wordt bepaald. De belastingdienst zal namelijk nagaan of het gebruikelijke salaris voor zijn functie wellicht nog hoger ligt. Stel nu eens dat uit onderzoek van de belastingdienst blijkt dat het gebruikelijke salaris voor de functie van meneer Jansen f 450.000 zou zijn. De belastingdienst zal het salaris dan corrigeren tot een zodanig bedrag dat het niet langer in belangrijke mate afwijkt. Dat betekent dat het salaris maximaal kan worden gesteld op 70% van f 450.000, ofwel f 315.000. Indien het gebruikelijke salaris f 310.000 zou bedragen in plaats van f 450.000, zou het salaris uitkomen op 70% daarvan, ofwel f 217.000. Dit is minder dan het salaris van de duurste werknemer. Dat betekent dat dat laatste salaris bepalend is. De uiteindelijke correctie bedraagt dan f 225.000 -/ f 75.000, ofwel f 150.000.

De toepassing van het fictieve salaris is gekoppeld aan de aanwezigheid van een dienstbetrekking. Indien geen sprake is van de toekenning van een beloning is niet voldaan aan de vereisten voor de aanwezigheid van een dienstbetrekking. Door simpelweg geen arbeidsbeloning toe te kennen zou derhalve aan de werking van deze bepaling kunnen worden ontkomen. Om die reden is thans in art. 4, onderdeel d, Wet LB 1964 bepaald dat degene die arbeid verricht ten behoeve van een vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang heeft, wordt geacht in dienstbetrekking te zijn bij die vennootschap. Op die manier wordt bewerkstelligd dat zodra arbeid wordt verricht, sprake is van een dienstbetrekking tengevolge waarvan art. 12a Wet LB 1964 (fictief salaris) toepassing vindt. In de praktijk blijkt thans verwarring te bestaan omtrent de reikwijdte van de fictieve dienstbetrekking. Het gaat dan met name om de situatie waarin een aanmerkelijkbelanghouder in dienstbetrekking is bij zijn personal holding en er tussen de personal holding en de werkmaatschappij(en) een managementovereenkomst is gesloten. Veelal zal de aanmerkelijk-

belanghouder dan degene zijn die uitvoering geeft aan de werkzaamheden waartoe de personal holding zich heeft verplicht jegens de werkmaatschappij(en). Een extensieve interpretatie van art. 4a Wet LB 1964 is vervolgens dat de aanmerkelijk-belanghouder arbeid verricht ten behoeve van zowel de personal holding als de werkmaatschappij(en). Het feit dat tussen de personal holding en de werkmaatschappij(en) een managementovereenkomst is gesloten zou bij deze extensieve interpretatie niet ter zake doen. Aangezien de aanmerkelijk-belanghouder direct of indirect een aanmerkelijk belang heeft in elk van die vennootschappen, zou bij elke vennootschap sprake zijn van een fictieve dienstbetrekking en derhalve zou bij elk van die vennootschappen het fictieve salaris toepassing moeten vinden. Op basis van de tegenbewijsregeling zou de aanmerkelijk-belanghouder vervolgens aannemelijk kunnen maken dat geen of een lager salaris gebruikelijk is dan het per vennootschap vastgestelde normsalaris. Deze benadering gaat evenwel voorbij aan de civielrechtelijke vormgeving. De aanmerkelijk-belanghouder vervult namelijk geen arbeid ten behoeve van de werkmaatschappij(en). Hij verricht slechts arbeid ten behoeve van de personal holding. Dat die hem vervolgens (hoe schizofreen zulks in maatschappelijke opvattingen ook moge zijn) verplicht werkzaamheden ten behoeve van haar opdrachtgevers te verrichten, doet daar niet aan af.

3 Verliezen en nieuwe onderneming

Art. 20, vijfde lid, Wet Vpb 1969 bepaalt dat verliezen die hun oorsprong vinden in de periode waarin een ander dan de huidige aandeelhouder van een vennootschap de aandelen houdt, niet gedurende de bezitsperiode van de nieuwe aandeelhouder kunnen worden gecompenseerd met alsdan opkomende winsten. De toepassing van deze anti-misbruikbepaling is gekoppeld aan een aantal strikte voorwaarden. Eén daarvan is dat de onderneming van de vennootschap voorafgaande aan of in verband met de overdracht van de aandelen is respectievelijk wordt gestaakt. Indien de onderneming derhalve niet is of wordt gestaakt, vindt de anti-misbruikbepaling geen toepassing.³ De anti-misbruikbepaling wordt in het algemeen in verband gebracht met de situatie waarin de nieuwe aandeelhouders oude verliezen van voor de overname van de aandelen willen compenseren

met nieuwe winsten. Art. 20, vijfde lid, Wet Vpb 1969 vindt echter ook toepassing op nieuwe verliezen die men wil compenseren met oude winsten. Ook in dat geval kan de anti-misbruikbepaling toepassing vinden.

Over deze bepaling is recent een aantal arresten gepubliceerd.

HR 20 november 1996, nr. 31 430, BNB 1997/22^{c*} betref een vennootschap waarin op kleine schaal handelsactiviteiten werden uitgevoerd. Deze activiteiten waren ca. 8 jaar voor de overdracht van de aandelen in deze vennootschap opgestart en werden ca. drie jaar na de overdracht beëindigd. De vraag was of de verliezen die op een andere reeds eerder beëindigde activiteit van de vennootschap waren geleden, konden worden gecompenseerd met een net na de overdracht van de aandelen opgestarte nieuwe activiteit. Nu de vennootschap voorafgaande aan de overdracht van de aandelen een onderneming dreef en er blijkens de feiten geen samenhang bestond tussen de overdracht van de aandelen en de staking van de handelsactiviteit nadien, kon de anti-misbruikbepaling geen toepassing vinden. Ook de verliezen die waren geleden op de reeds eerder gestaakte oorspronkelijke activiteiten konden derhalve worden gecompenseerd met de winsten op de na de overdracht van de aandelen nieuw opgestarte activiteit.

HR 27 november 1996, nr. 31 310, BNB 1997/25 betref een geval waarin een vennootschap in 1977 een terrein kocht met de bedoeling het terrein in de toekomst met winst te verkopen en om in de tussenliggende periode de opstallen te verhuren. In de periode tot en met 1988 werden aanzienlijke verliezen geleden. Na de overdracht van de aandelen in 1989 werden nieuwe activiteiten gestart welke aanzienlijke winsten opleverden. Uit de feiten konden twee gevolgtrekkingen worden getrokken. Een eerste mogelijkheid was dat de activiteiten die de vennootschap tot en met 1989 uitoefenden geen onderneming vormden. In dat geval zou art. 20, vijfde lid, Wet Vpb 1969 geen toepassing kunnen vinden, immers daarvoor is noodzakelijk dat een onderneming is gestaakt. Een andere mogelijkheid was dat er wel sprake was van een onderneming, maar die kon gezien de voortgezette activiteiten dan niet gestaakt zijn. Ook in dat geval kon art. 20, vijfde lid, Wet Vpb 1969 geen toepassing vinden.

HR 29 januari 1997, nr. 31 847, V-N 1997, blz. 869, betreft een geval waarin een vennoot-

schap tussen 1982 en 1990 alleen beleggingsactiviteiten verrichte. Die beleggingsactiviteiten konden niet als het drijven van een onderneming worden aangemerkt. In september 1990 werden de aandelen in de vennootschap overgedragen. Kort daarna werd door de vennootschap een in een buitenlandse valuta luidende obligatielening uitgegeven. Tussen september en december 1990 leed de vennootschap een verlies van ruim f 32 miljoen. Bij de aangifte over 1990 werd dat verlies in mindering gebracht op de winst van ca. f 1 miljoen die tot september 1990 was behaald. Het geschil betrof de vraag of het verlies dat vanaf september was geleden in mindering mocht worden gebracht op de winst die tot september was gerealiseerd.

Het gerechtshof stelde vast dat voor de achterwaartse verliesverrekening niet relevant is of de vennootschap voorafgaande aan of in verband met de overdracht van de aandelen haar onderneming had gestaakt. Voor de toepassing van de anti-misbruikbepaling op achterwaartse verliesverrekening was volgens het gerechtshof bepalend of een nieuwe onderneming is gestart na de overdracht van de aandelen. Gezien de omvang van de nieuw uitgegeven obligatielening, vormde die activiteit naar het oordeel van het gerechtshof een onderneming. Dat zo zijnde, oordeelde het hof dat de anti-misbruikbepaling toepassing vond en derhalve dat het verlies niet in mindering kon komen op de tot september 1990 gerealiseerde winst. De Hoge Raad oordeelde evenwel anders. De wettekst bepaalt dat de anti-misbruikbepaling toepassing vindt indien de onderneming van de vennootschap voorafgaande aan of in verband met de overdracht van de aandelen is gestaakt. Deze eis geldt niet alleen voor de voorwaartse verliesverrekening, maar ook voor de achterwaartse verliesverrekening. Omdat in dit geval het ondernemen van beleggingsactiviteiten in de periode tot september 1990 geen onderneming vormde, kon de anti-misbruikbepaling geen toepassing vinden. Het verlies kon derhalve wel in mindering komen op de winst die tot september 1990 was gerealiseerd. Voor zover er in de daaraan voorafgaande drie jaar winst zou zijn gerealiseerd, zou het resterende verlies ook met die winst gecompenseerd kunnen worden.

Door deze arresten, die deels in het verlengde liggen van reeds eerder gewezen jurisprudentie, zijn de spelregels omtrent de toepassing van art. 20, vijfde lid, Wet Vpb 1969 weer nader ingevuld. Indien geen sprake is van een onderneming, welk begrip moet worden opgevat overeenkomstig het ondernemingsbegrip in de inkomstenbelasting, kan art. 20, vijfde lid, Wet Vpb 1969 geen toepassing vinden. Indien voorafgaande aan de overdracht een onderneming wordt gedreven en die onderneming wordt na de overdracht van de aandelen voortgezet, dan vindt art. 20, vijfde lid, Wet Vpb 1969 geen toepassing, ook niet op verliezen van een reeds (lang) voor de overdracht van de aandelen gestaakte activiteit of gestaakt onderdeel van die onderneming. De anti-misbruikbepaling vindt evenmin toepassing op verliezen uit een nieuw opgestarte onderneming die achterwaarts worden verrekend met winsten die voorafgaande aan de overdracht van de aandelen zijn gerealiseerd.

NOTEN

1 Zie o.a. Mr. Drs. T.A. Gladpootjes, Het wetsvoorstel aanmerkelijk belang tot wet verheven, Weekblad Fiscaal Recht, 1997/6228, 16 januari 1997, blz. 43 ev., Mr. G.W.B. van Westen en Drs J.C. de Zeeuw, Wetsvoorstel loonbelastingwijzigingen 1997, Weekblad Fiscaal Recht 1996/6225, 12 december 1996, blz. 1847 ev, en Drs. R.P. van den Dool (red), De wijzigingen in de vennootschapsbelasting, serie fiscaal actueel, Kluwer, Deventer, 1997.

2 De regeling op basis waarvan een reële rente moet worden berekend over vorderingen die de aanmerkelijk-belanghouder heeft op de vennootschap, kan relatief eenvoudig worden ontgaan door de aanmerkelijk-belanghouder met de vennootschap overeen te laten komen dat de (reële) rente eerst na aflossing wordt voldaan. In die situatie is wel een rente bedongen en vindt de rentebijtelling derhalve niet plaats. Tegen het ongebruikelijke genietingsstip wordt expliciet niet opgetreden. Bij verhuur van (on)roerende zaken werkt dit niet aangezien bij verhuur wel een correctie plaatsvindt van een ongebruikelijk genietingsstip.

3 Een tweede voorwaarde voor toepassing van de anti-misbruikbepaling is dat de groep achterliggende aandeelhouders/natuurlijke personen voor 70% of meer is gewijzigd ten opzichte van de situatie voor de overdracht van de aandelen.