

Recente ontwikkelingen deelnemingsvrijstelling

Inleiding

De deelnemingsvrijstelling vormt al decennia lang een van de belangrijkste concepten van het Nederlandse vennootschapsbelastingstelsel. In 2007 is het wetsvoorstel 'werken aan winst' in werking getreden¹ en heeft de deelnemingsvrijstelling een ingrijpende wijziging ondergaan. Inmiddels zijn we ruim een jaar verder en heeft de staatssecretaris van Financiën bij besluit van 26 februari 2008² een aantal onzekerheden weggenomen die de invoering van de nieuwe deelnemingsvrijstelling met zich mee heeft gebracht. In deze bijdrage zal ik eerst de werking en de voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling uiteenzetten. Vervolgens zal ik aan de hand van recente jurisprudentie de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling toelichten en tevens de belangrijkste punten uit het besluit van 26 februari 2008 uitwerken. In de conclusie zal ik de balans opmaken van ruim een jaar nieuwe deelnemingsvrijstelling.

Werkning

Onder de deelnemingsvrijstelling kan een moedermaatschappij zowel dividend als vermogenswinsten die betrekking hebben op een kwalificerende dochtermaatschappij, belastingvrij ontvangen. De deelnemingsvrijstelling is een absolute vrijstelling. Dat wil zeggen dat alle positieve voordelen, zoals dividenden en vermogenswinsten, vrijgesteld zijn bij de moedermaatschappij, maar dat verliezen met betrekking tot de deelneming in beginsel niet aftrekbaar zijn bij de moedermaatschappij. Indien een moedermaatschappij een verlieslatende deelneming verkoopt, dan is het vermogensverlies dat de moedermaatschappij lijdt niet aftrekbaar. Een belangrijke uitzondering op de niet-aftrekbaarheid van deelnemingsverliezen is de liquidatieverliesregeling. Indien aan een aantal voorwaarden is voldaan, kunnen liquidatieverliezen op het niveau van de moedermaatschappij wel ten laste van het fiscale resultaat worden gebracht. Dit kan tot de opmerkelijke situatie leiden dat een moedermaatschappij voordeliger uit is als zij een dochtermaatschappij liquideert (gevolg: aftrekbaar liquidatieverlies), dan wanneer zij deze maatschappij met een verlies verkoopt (gevolg: niet-aftrekbaar vermogensverlies). Vanuit het perspectief van bijvoorbeeld werkgelegenheid lijkt deze regeling een verkeerd signaal af te geven.

De deelnemingsvrijstelling is een brutovrijstelling. Dit betekent dat de kosten die de moedermaatschappij maakt in verband met de deelneming, bij de moedermaatschappij aftrekbaar zijn. In zijn algemeenheid zullen de rentelasten op leningen aangegaan om de aankoop of het opzetten van

de deelneming te financieren, de grootste kostenpost vormen. Er bestaan echter ook belangrijke uitzonderingen op de aftrekbaarheid van kosten die betrekking hebben op deelnemingen. Bijvoorbeeld kosten gemaakt in het kader van de aankoop en de verkoop van een deelneming. Hierbij kan worden gedacht aan kosten voor juridische en financiële adviseurs. De moedermaatschappij dient deze kosten te rekenen tot de aankoopprijs van de deelneming en mag deze kosten dus niet ten laste van haar fiscale resultaat brengen.

De deelnemingsvrijstelling heeft tot doel economische dubbele belastingheffing binnen een groep te voorkomen. Dezelfde winst zou niet twee keer belast moeten worden. Een eenvoudig voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel, een Nederlandse moedermaatschappij houdt 100% van de aandelen in een Nederlandse dochtermaatschappij. De dochtermaatschappij maakt EUR 1000 winst en betaalt daarover EUR 255 (25,5%) Nederlandse vennootschapsbelasting. Vervolgens keert de dochtermaatschappij de EUR 745 winst na belasting uit aan de moedermaatschappij. Deze dividenduitkering valt bij de moedermaatschappij onder de deelnemingsvrijstelling en is dus niet belast bij de moedermaatschappij. Zonder de deelnemingsvrijstelling had de moedermaatschappij op haar beurt EUR 190 (25,5% x 745) vennootschapsbelasting moeten betalen over het ontvangen dividend en zou de moedermaatschappij slechts EUR 555 overhouden. Dezelfde winst zou dan twee keer worden belast. Dit effect zou nog sterker worden bij een concern met meerdere tussenschakels.

De deelnemingsvrijstelling is niet alleen in Nederlandse situaties van toepassing. Ook indien een Nederlandse moedermaatschappij een buitenlandse deelneming houdt, kan de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn. Het effectieve gevolg van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op een deelneming in een buitenlandse vennootschap is dat de belastingdruk op de winst van de buitenlandse dochter slechts wordt bepaald door het buitenlandse belastingtarief dat van toepassing is op de winst van die dochter. Het feit dat de buitenlandse vennootschap wordt gehouden door een Nederlandse vennootschap, heeft geen extra Nederlandse belastingheffing tot gevolg. In combinatie met een uitgebreid belastingverdragennetwerk heeft dit Nederland tot een aantrekkelijk houdsterland gemaakt. Inmiddels hebben veel landen een deelnemingsvrijstelling of een vergelijkbaar concept ingevoerd. In een groot aantal landen is echter geen 100%-vrijstelling ingevoerd en is bijvoorbeeld een deel van het ontvangen dividend of de gerealiseerde vermogenswinst alsnog belast op het niveau van de moedermaatschappij.

Voorwaarden

Met ingang van 2007 zijn de voorwaarden voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling aangepast. Op basis van artikel 13 van de Wet op de vennootschapsbelasting (Wet Vpb) is sprake van een deelneming indien de in Nederland belastingplichtige moedermaatschappij ten minste 5%

1. Stb. 2006, nr. 631.

2. Besluit van 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, Stcrt., nr. 47.

bezit van het nominaal kapitaal van een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen een aandelenbelang in een binnenlandse of buitenlandse vennootschap. Ook een belang in een fonds voor gemene rekening, coöperatieve vereniging of een open commanditaire vennootschap kan kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling. Onder omstandigheden kan het bezit van 5% van de stemrechten in een vennootschap gevestigd in de EU leiden tot toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

Indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, worden ook voordelen uit winstbewijzen van de deelneming en hybride vorderingen op de deelneming onder de deelnemingsvrijstelling geschaard. Per 1 januari 2007 is verder de zogeheten meesleepregeling geïntroduceerd. Dit heeft tot gevolg dat de deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is indien de betreffende Nederlandse belastingplichtige zelf geen deelneming heeft, maar een gelieerde vennootschap wel een deelneming houdt in een andere vennootschap. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel, BV X houdt 100% van de aandelen in BV A en 97% van de aandelen in BV B. BV A houdt 3% van de aandelen BV B. BV A kan toch de deelnemingsvrijstelling toepassen op het 3% - belang in BV B, omdat de gelieerde partij BV X een kwalificerende deelneming houdt in BV B.

Ondanks dat aan de hiervoor genoemde voorwaarden is voldaan, is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing indien de deelneming kwalificeert als een laagbelaste beleggingsdeelneming. Van een laagbelaste beleggingsdeelneming is sprake als aan de volgende cumulatieve eisen wordt voldaan:

1. De bezittingen van het lichaam waarin de in Nederland belastingplichtige moedermaatschappij een deelneming heeft, bestaan onmiddellijk of middellijk voor meer dan 50% uit vrije beleggingen (Bezittingentoets).
2. Het lichaam is niet onderworpen aan een winstbelasting van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst (Onderworpenheidstoets).
3. De bezittingen van de deelneming bestaan niet voor 90% of meer uit vastgoed.

Wordt tegelijkertijd aan deze drie voorwaarden voldaan, dan is sprake van een laagbelaste beleggingsdeelneming en is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing.

De wetgever heeft met deze voorwaarden willen voorkomen dat inkomsten uit mobiel kapitaal dat in laagbelaste landen is ondergebracht, via de deelnemingsvrijstelling belastingvrij naar Nederland gehaald zou kunnen worden. In dit verband is onder andere de term 'vrije beleggingen' geïntroduceerd. Men kan hierbij denken aan banktegoeden, obligaties, (groeps)vorderingen, onroerende zaken en aandelenbelangen kleiner dan 5%. Kortom, alle beleggingen die niet in verband met een onderneming worden gehouden. De Bezittingentoets heeft tot onzekerheid geleid, omdat in het geval van indirecte dochtermaatschappijen een toerekenings-

balans gemaakt moet worden waarin alle bezittingen van (on)middellijke dochtervennootschappen worden opgenomen. In geval van vorderingen en corresponderende schulden tussen de (on)middellijke dochtervennootschappen leidt dit tot dubbelstellingen, omdat deze vorderingen en schulden op basis van de wetsgeschiedenis uitdrukkelijk niet gesaldeerd mochten worden.

De tweede toets betreft de Onderworpenheidstoets. Ook deze toets heeft tot kritiek geleid. De reden is dat de Onderworpenheidstoets verwijst naar de buitenlandse belastingheffing over naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Het is zeer onwaarschijnlijk dat de buitenlandse belastinggrondslag op exact dezelfde wijze bepaald wordt als de Nederlandse grondslag. Neem bijvoorbeeld de afschrijving op gebouwen, die in Nederland per 1 januari 2007 beperkt is. De winst van de buitenlandse vennootschap moet dus worden herrekend op basis van de Nederlandse fiscale regels. Onder omstandigheden is dit een omslachtige exercitie, die de administratieve lasten van de Nederlandse moedermaatschappij aanzienlijk verzwart.

Met de hiervoor genoemde afschrijvingsbeperking op gebouwen wordt rekening gehouden doordat de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing is op vastgoeddeelnemingen. Dit zijn deelnemingen waarvan de activa voor 90% of meer bestaan uit vastgoed. Deze uitzondering voor vastgoeddeelnemingen voorkomt dat regulier belaste buitenlandse dochtermaatschappijen niet meer voor de deelnemingsvrijstelling in aanmerking zouden komen omdat het betreffende buitenland ruimere afschrijvingsregels kent, terwijl de deelnemingsvrijstelling voor 1 januari 2007 wel van toepassing was geweest op een dergelijke vastgoeddochter.

Het feit dat alleen sprake is van een laagbelaste beleggingsdeelneming indien cumulatief aan de drie voorwaarden wordt voldaan, heeft onder andere tot gevolg dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing kan zijn op een actieve deelneming (die dus niet voor meer dan 50% vrije beleggingen houdt) gevestigd in een land waar geen belasting naar de winst wordt geheven. Dit biedt planningsmogelijkheden en lijkt niet in lijn met de ratio van de deelnemingsvrijstelling, namelijk het voorkomen dat dezelfde winst twee keer wordt belast. In dit voorbeeld wordt immers geen belasting geheven op het niveau van de dochtervennootschap.

Reikwijdte

Zoals in de inleiding aangegeven is, vallen zowel dividenden als vermogenswinsten die een moedermaatschappij ontvangt in verband met een kwalificerende dochtermaatschappij, onder de deelnemingsvrijstelling. De werking van de deelnemingsvrijstelling ziet echter niet alleen op dividenden en vermogenswinsten. In artikel 13 Wet Vpb en in de jurisprudentie is de deelnemingsvrijstelling uitgebreid. Zo is in artikel 13 lid 6 Wet Vpb opgenomen dat indien een deelneming wordt vervreemd of verkregen tegen een prijs

die geheel of gedeeltelijk bestaat uit een earn-outregeling, de ontvangsten respectievelijk de betalingen op basis van de earn-outregeling eveneens onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Hetzelfde geldt voor prijsaanpassingen, bijvoorbeeld op basis van een overeengekomen balansgarantie of op basis van een overeengekomen terugbetaling van een deel van de koopprijs door de verkoper aan de koper als gevolg van tegenvallende resultaten.

In de jurisprudentie is voorts bepaald dat tevens de resultaten behaald met opties op aandelenpakketten die een deelneming vertegenwoordigen, onder de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling vallen. De Hoge Raad³ heeft deze beslissing gebaseerd op de ratio van de deelnemingsvrijstelling, namelijk het voorkomen dat in een deelnemingsverhouding de winst tweemaal wordt belast. Indien het belang bij een deelneming wordt opgesplitst doordat een put- of een call-optie wordt geschreven, kan naast de eigenaar van de deelneming ook de houder van de optie de deelnemingsvrijstelling toepassen.

Besluit 26 februari 2008

Zoals vaak het geval is bij nieuwe fiscale wetgeving, heeft de ingrijpende wijziging van de deelnemingsvrijstelling per 1 januari 2007 in de praktijk een groot aantal vragen opgevoerd. Op 26 februari 2008 heeft staatssecretaris van Financiën De Jager een besluit uitgevaardigd waarin hij een aantal standpunten inneemt over de werking van de huidige deelnemingsvrijstelling. Ik zal kort een aantal voor de praktijk relevante standpunten aanstippen en waar nodig toelichten.

De afkoop van het voorkeursrecht van een medeaandeelhouder met het oog op de verkoop van een deelneming valt onder deelnemingsvrijstelling. Gezien het absolute karakter van de deelnemingsvrijstelling betekent dit dat een dergelijke betaling de kostprijs van de deelneming verhoogt en dat de betaling aan de medeaandeelhouder dus niet aftrekbaar is.

Een belang in een vennootschap dat uitsluitend bestaat uit preferente aandelen zonder stemrecht, kan kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling, mits de preferente aandelen zonder stemrecht ten minste 5% van het nominaal gestort kapitaal vormen. Uiteraard dient ook aan de overige voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling te worden voldaan, zoals het niet kwalificeren als laagbelaste beleggingsdeelneming. Dit standpunt bevestigt dat voor het 5%-criterium puur gekeken wordt naar de deelname in het nominaal gestort kapitaal.

Het besluit gaat uitgebreid in op de Bezittingentoets, en meer specifiek op de term 'vrije beleggingen'. Zo wordt het standpunt geventileerd dat handelsvorderingen waarvan de

betalingstermijn korter is dan drie maanden, niet worden begrepen onder de vrije beleggingen. Dit is een logische uitleg aangezien handelsvorderingen direct samenhangen met de onderneming en vrije beleggingen worden gedefinieerd als activa die niet noodzakelijk zijn in het kader van de ondernemingsactiviteiten van het lichaam dat de beleggingen bezit. Ook wordt ingegaan op liquiditeiten die worden aangehouden met het oog op toekomstige investeringen. Bijvoorbeeld de zogenoemde 'overname kas'. Het oogmerk om een investering te doen moet wel aannemelijk worden gemaakt door belastingplichtige. Bij het bespreken van de Bezittingentoets heb ik reeds aangegeven dat bij het opmaken van de toerekeningsbalans waarin alle bezittingen van (on)middellijke dochtermaatschappijen worden opgenomen, dubbeltellingen kunnen ontstaan in geval van vorderingen en corresponderende schulden tussen de (on)middellijke dochtervennootschappen. De reden hiervoor was dat de wetsgeschiedenis saldering niet toestond. In het besluit heeft de staatssecretaris nu aangegeven dat een dergelijke saldering wel is toegestaan.

Een laatste punt dat zeer relevant is voor de praktijk, ziet op de vereisten voor een vastgoeddeelneming. Van een vastgoeddeelneming is sprake indien de bezittingen van een dochtermaatschappij voor 90% of meer bestaan uit onroerende zaken. Op basis van de wetsgeschiedenis was vereist dat de dochtermaatschappij zowel juridisch als economisch eigenaar was van de onroerende zaken. Dit had een beperkende werking. Bijvoorbeeld in het geval van financial lease of een zekerheidsconstructie waarbij een derde partij het juridisch eigendom van de onroerende zaken hield. Op basis van het besluit is de combinatie van juridisch en economisch eigendom niet langer vereist en telt het (volledig) economisch eigendom van een onroerende zaak mee voor de 90%-toets. Ook is in het besluit een welkome toelichting opgenomen over het tijdelijk niet voldoen aan de 90%-toets. Bijvoorbeeld in het kader van vervreemding van een pand, gevolgd door een aankoop van een nieuw pand een aantal weken of maanden later. In de tussenliggende periode zal niet voldaan zijn aan de 90%-toets indien de opbrengst van het verkochte pand meer dan 10% van het balanstotaal van de dochtermaatschappij vertegenwoordigt. In situaties waarin tijdelijk, in rechtstreekse samenhang met exploitatie van het vastgoed, niet aan de 90%-toets wordt voldaan, heeft de inspecteur de bevoegdheid gekregen een praktische oplossing te zoeken. Dit wordt concreet gemaakt door een aantal voorbeelden. Een van de voorbeelden betreft een situatie waarin een dochtermaatschappij een vordering heeft op een verzekeringsmaatschappij omdat (een deel van) haar vastgoed schade heeft opgelopen of teniet is gegaan. Een ander voorbeeld verwijst naar vorderingen op huurders als gevolg van achterstallige huurpenningen. In deze gevallen is overleg met de inspecteur zeer aan te raden.

Conclusie

De invoering van de gewijzigde deelnemingsvrijstelling per 1 januari 2007 heeft de nodige onzekerheid met zich mee-

3. HR 22 november 2002, BNB 2003/34c.

gebracht. Het besluit van 26 februari 2008 heeft deze onzekerheid op een aantal punten weggenomen. De Nederlandse deelnemingsvrijstelling kan hierdoor goed concurreren met vergelijkbare concepten uit andere regimes. Op dit moment is naar mijn mening voor de rechtszekerheid en het Nederlandse vestigingsklimaat vooral van belang dat de huidige voorwaarden voor het toepassen van de deelnemingsvrijstelling voorlopig ongewijzigd blijven.

*Mr. J.B.C. Kin
Allen & Overy*
