

7

Aanneming en projectontwikkeling: bouw- en handelsfase

door Drs. W.J.A. Ambergen



Drs. W.J.A. Ambergen

Willie Ambergen is partner bij CMS Derks Star Busmann in Utrecht. Hij is verantwoordelijk voor de fiscale sectie en daarnaast is hij voorzitter van de Praktijkgroep Real Estate van CMS Europa. Willie Ambergen is gespecialiseerd in de nationale en internationale fiscale aspecten die aan de orde komen bij vastgoedontwikkelaars, vastgoedinvesteerdere en vastgoedfondsen.

7.1 Beschrijving van het bouwproces

Onder aanneming verstaat men zowel woning- en utiliteitsbouw, als grond-, water- en wegebouw. De woning- en utiliteitsbouw richt zich op nieuwbouw, verbouwingen, herstel en onderhoud van woningen en bedrijfsgebouwen. De grond-, water- en wegebouwkundige bedrijven zijn actief op het gebied van infrastructuur, kust- en oeververdediging, cultuurtechniek, natte waterbouw (kust-, oever- en baggerwerk) en droge waterbouw (bijvoorbeeld aanleg van kades). Genoemde sectoren werken regelmatig met elkaar samen, zoals bij het realiseren van nieuwe woonwijken in combinatie met de aanleg van de hoofdinfrastructuur.

Elk bouwproject kent een aantal fasen die elk hun eigen kenmerken en aandachtspunten hebben en die van belang zijn bij aanneming en projectontwikkeling. Te onderscheiden zijn de volgende fasen:

- voorbereidingsfase: reclame maken en naamsbekendheid vergroten. Hier ziet men veel (voor)overleg met marktpartijen en overheden;
- initiatiefase: locatie onderzoeken (onderzoek milieuvuiling, bodemonderzoek, bestemmingsplan), randvoorwaarden formuleren en onderzoeken of het project financieel en commercieel haalbaar is;
- ontwikkelfase: architect kiezen, schetsontwerp maken, bouwkosten ramen en een risicoanalyse uitvoeren;
- ontwerpase: een voorlopig ontwerp (laten) realiseren, ontwerp toetsen aan het plan van eisen en op techniek, doelmatigheid en materiaalkeuze;
- startfase bouwteam: voorlopig ontwerp met behulp van (al dan niet externe) deskundigen omzetten in een definitief ontwerp;
- uitwerkingsfase: aan de hand van een definitief ontwerp, een definitieve techni-

sche omschrijving, een bouwvoorbereidingstekening en een definitief bestek maken. Daarnaast de bouwaanvraag indienen, koop- en aanneemovereenkomsten opstellen, marktvisie en verkoopstrategie bepalen en verkoopprijzen vaststellen;

- verkoopfase I: brochures uitgeven, maquette maken, lijst van kopersalternatieven opstellen. Ook de makelaar instrueren en een promotieplan maken. De verkoopfase wordt afgesloten zodra opdracht wordt gegeven met de bouw te beginnen; dit uiteraard nadat de vergunningen en de goedkeuringen binnen zijn;
- verwervingsfase: grond, opstal en mogelijke oude plannen verwerven. Slopen van opstallen, verleggen van kabels of leidingen, bijdragen betalen aan overheden en bodemsanering (laten) uitvoeren;
- bouwfase: opstallen bouwen, meerwerk uitvoeren, deelopleveringen verrichten. De bouwfase wordt afgesloten met een definitieve oplevering en met de uitvoering van de nazorgverplichtingen die uit de oplevering voortkomen (verhelpen van klachten);
- verkoopfase II: het pand aanhouden voor tijdelijke exploitatie tot verkoop en het daarna verkopen;
- beleggingsfase: het pand aanhouden voor exploitatie, onderhoud uitvoeren en het pand aanpassen aan de eisen van de gebruiker.

In de praktijk kunnen de verschillende fasen van een geïntegreerd bouwproces elkaar, in de tijd bezien, overlappen. Zo zal de grond in sommige gevallen pas worden verworven nadat de opdracht tot bouw is gegeven. In andere gevallen valt deze verwerving echter samen met de initiatiefase, ontwikkelfase of ontwerpfase.

7.2 Samenwerkingsvormen

7.2.1 Samenwerkingscontract of rechtspersoon

In de aannemerij of projectontwikkeling zijn drie hoofdvormen van samenwerking te onderscheiden: samenwerking via een samenwerkingscontract, samenwerking via een personenvennootschap en samenwerking via een rechtspersoon.

Samenwerking via een samenwerkingscontract

De meest voorkomende samenwerking is de afspraak tussen twee of meer partijen om samen een gebouw te ontwikkelen en/of te bouwen, waarbij ieder voor eigen rekening en risico zijn (afgesproken) werkzaamheden zal verrichten. Een dergelijk samenwerkingscontract wordt in de vastgoedwereld vaak een SOK (afkorting voor samenwerkingsovereenkomst) genoemd. Het kan dus zijn dat een ontwikkelaar met een grondpositie een afspraak maakt met een bouwonderneming voor de realisatie van een appartementencomplex waarbij de ontwikkelaar verantwoordelijk is voor de publiek-

rechtelijke vergunningen en de woningverkoop en waarbij de aannemer tegen een vaste van te voren afgesproken prijs woningen bouwt en factureert aan de ontwikkelaar (of aan de kopers van de appartementen).

In beginsel wordt er in deze variant dus geen winst gedeeld. Waar dat aan de orde is factureren partijen elkaar over en weer tegen van te voren afgesproken vergoedingen voor (onderlinge) prestaties.

Fiscaal behoeft deze samenwerkingsvorm via een SOK geen verdere uitwerking, omdat partijen elkaar voor elkaars onderlinge prestaties btw facturen sturen en ieder zijn eigen fiscale winst belast ziet worden met inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting.

Samenwerking via een personenvennootschap

Een samenwerkingsovereenkomst via een personenvennootschap is vormvrij. De afspraken kunnen betrekking hebben op een verdeling van bepaalde onderdelen van een bouwwerk of op winstpooling, gecombineerd met een wederzijdse borgstelling. De verschillende overeenkomsten kennen elk hun juridische regime op basis van de wet en de rechtspraak. We onderscheiden de maatschap, de vennootschap onder firma (VOF) en de commanditaire vennootschap (CV). Kenmerkend voor deze samenwerkingsvormen is dat het gaat om samenwerking tot een bepaald doel, waarvoor iedere participant geld, goederen, het genot van goederen en/of arbeid inbrengt. In het algemeen zijn samenwerkingscontracten transparant voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting. Dat betekent dat de winst direct aan de vennoten wordt toegerekend en bij hen wordt belast. Overigens zijn er uitzonderingen op de transparantie van samenwerkingsverbanden.

Samenwerking via een rechtspersoon

Een samenwerking via een rechtspersoon is ook mogelijk. Daarbij kan worden gedacht aan een besloten vennootschap (BV) of een naamloze vennootschap (NV). Andere rechtspersonen zijn de vereniging, de coöperatie en de stichting. Rechtspersonen zijn fiscaal niet transparant. (Alleen een stichting kan in sommige gevallen als transparant worden aangemerkt.) In plaats daarvan worden rechtspersonen zelfstandig aan de vennootschapsbelasting onderworpen. De wijze van samenwerking is, behalve van fiscale overwegingen op het gebied van de inkomsten-, overdrachts-, omzet- en vennootschapsbelasting, ook afhankelijk van civiel juridische aspecten, zoals aansprakelijkheid en vertegenwoordigingsbevoegdheid. Ten aanzien van samenwerkingsverbanden met overheidslichamen, de zogenoemde publiek-private samenwerking (PPS), spelen vergelijkbare overwegingen een rol.

Overzicht samenwerkingsvormen en fiscale transparantie

Samenwerkingsvormen	Fiscale transparantie
Zonder rechtspersoonlijkheid	
Samenwerkingscontract	n.v.t., ieder partner verantwoordt zijn eigen winst
Maatschap	ja (tenzij een in aandelen verdeeld kapitaal)
VOF	ja (tenzij een in aandelen verdeeld kapitaal)
CV	open CV: nee / besloten CV: ja
Met rechtspersoonlijkheid	
BV/NV	nee
Vereniging/coöperatie	nee
Stichting	hangt af van de omstandigheden

De hierboven uitgewerkte transparantie bepalingen lopen in de btw geheel anders. Veelal zijn personenvennootschap zelfstandig ondernemer voor de btw.

7.2.2 Samenwerkingscontracten

7.2.2.1 De maatschap

De maatschap is een overeenkomst waarbij twee of meer vennoten samenwerken met het doel daarmee gezamenlijk voordelen te behalen. Dat doen ze door ieder arbeid, kapitaal en/of goederen in te brengen (zie ook art. 7A: 1655 BW en art. 7A:1662 BW). Men onderscheidt twee soorten maatschappen: de stille maatschap en de openbare maatschap.

Stille maatschap en openbare maatschap

Een stille maatschap is een samenwerkingsovereenkomst die er niet op is gericht om als zodanig naar buiten toe op te treden. De stille maatschap is voor derden niet herkenbaar door een gemeenschappelijke naam; de vennoten handelen op eigen naam. Een openbare maatschap is een samenwerkingsverband dat op een voor derden herkenbare wijze onder een bepaalde naam naar buiten treedt. Aan een openbare maatschap worden bijzondere rechtsgevolgen verbonden in relatie tot derden. Een vennoot die in naam van de maatschap handelt, bindt de openbare maatschap. Als een vennoot niet bevoegd is te handelen namens de maatschap, kunnen de overige vennoten in bijzondere omstandigheden toch mede verbonden zijn. Dit doet zich voor als:

- een derde te goeder trouw is afgegaan op de schijn die mede door de overige vennoten is gewekt en die hun ook is toe te rekenen en
- de zaak ten voordele van de maatschap heeft gestrekt.

Aansprakelijkheid

De aansprakelijkheid bij een stille maatschap is in eerste instantie afhankelijk van hetgeen de vennoten zijn overeengekomen. Bij een openbare maatschap zijn de vennoten daarentegen ieder voor gelijke delen (hoofdelijk) aansprakelijk voor de schulden van de maatschap. Als een maatschap een opdracht heeft aanvaard, zijn de vennoten ieder voor het geheel aansprakelijk voor een tekortkoming in de nakoming door de maatschap (art. 7:407, lid 2, BW).

Vormvereisten

Wettelijk gezien hoeft de overeenkomst niet aan bepaalde vormvereisten te voldoen. Een maatschap kan dus vormvrij worden aangegaan. Een samenwerking in de vorm van een maatschap kan bijvoorbeeld schriftelijk via een onderhandse akte worden vastgelegd.

Inkomsten- en vennootschapsbelasting

Een maatschap is voor heffing van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting transparant. Dat is alleen anders indien er sprake is van de weinig voorkomende structuur van de maatschap die een in aandelen verdeeld kapitaal heeft. Deze structuur is sinds de afschaffing van de burgerlijke maatschap op aandelen geen benoemd contract meer in het Burgerlijk Wetboek. Ook is deze structuur op de achtergrond geraakt na de opkomst van de commanditaire vennootschap als samenwerkingsvorm. Veelal wordt in de maatschapsovereenkomst afspraken gemaakt over een percentage van de winst. Dus bijvoorbeeld bij een maatschap van twee personen spreken de maten af dat ieder voor 50% gerechtigd is in de winst van de maatschap. Bij de maatschap op aandelen wordt de winstverdeling dus in beginsel bepaald aan de hand van het aantal aandelen/participaties dat een maat in de maatschap heeft. Mede van belang voor de vraag of een dergelijke maatschap fiscaal al of niet transparant is dat de aandelen zonder toestemming van alle overige vennoten in andere handen kunnen overgaan, waarbij het persoonlijke element in de onderliggende relaties ontbreekt en de maatschap op aandelen economisch en maatschappelijk kenmerken heeft van een BV of NV (zie HR 24 november 1976, BNB 1978/13).

Transparantie houdt in dat de inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting bij de achterliggende participanten wordt geheven. Hierbij wordt als het ware 'door de maatschap heen' gekeken. De resultaten zullen op zakelijke gronden tussen de participanten moeten worden verdeeld. Op basis van het civiele recht is het overigens verboden dat één van de participanten alle voordelen krijgt (art. 7A:1672, lid 1, BW). Wel is het geoorloofd af te spreken dat de verliezen door één participant worden gedragen (art. 7A:1672, lid 2, BW). Ook zal de fiscus willen toetsen of het geheel van afspraken zakelijk zijn. Met andere woorden, als participanten A en B samen een maatschap vormen en zij een gelijkwaardige hoeveelheid inbrengen, zal een verdeling waarbij A alle verliezen draagt en de winst tussen A en B gelijkelijk wordt verdeeld, mogelijk niet als

zakelijk worden beschouwd. Het verschil in de verdeling van winst en verlies zal zijn grondslag moeten vinden in een verschil in de inbreng. Een afwijking daarvoor kan er toe leiden dat de fiscus voor de belastingheffing een correctie aanbrengt op de door de vennoten beoogde winstverdeling.

Voorbeeld: fiscale transparantie

Als een maatschap fiscaal transparant is, worden het vermogen en de inkomsten aan de vennoten toegerekend.

Commerciële balans maatschap (van drie vennoten)

Vastgoed	90	Eigen vermogen	99
Liquiditeiten	9		
	99		99

Fiscale balans van een van de drie vennoten

Vastgoed	30	Eigen vermogen	33
Liquiditeiten	3		
	33		33

Bij de drie participanten in het bovenstaande cijfervoorbeeld wordt het fiscale resultaat bepaald aan de hand van goed koopmansgebruik en met inachtneming van de bestendige gedragslijn die zij ieder voor zich hebben gekozen (art. 3.25 Wet IB 2001). Dit brengt mee dat er bij het bepalen van het jaarresultaat verschillen kunnen ontstaan tussen de vennoten.

De winst die een ondernemer/natuurlijk persoon maakt, valt voor de inkomstenbelasting in box 1 (belastbaar inkomen uit werk en woning). De winst is daarmee belast tegen het progressieve tarief van de inkomstenbelasting (maximaal 52%). In de Wet IB 2001 wordt als ondernemer aangemerkt, de belastingplichtige voor rekening van wie een onderneming wordt gedreven en die rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming (art. 3.4 Wet IB 2001). Met het laatste zinsdeel wordt bedoeld dat sprake moet zijn van aansprakelijkheid jegens zaakscrediteuren. Ondernemers kunnen aanspraak maken op diverse ondernemingsfaciliteiten. Wanneer in de maatschap enkel sprake is van beleggingen, valt het maatschapsaandeel in box 1 (maar dan als resultaat uit overige werkzaamheden) of in box 3 (belastbaar inkomen uit sparen en beleggen).

De winst die een ondernemer/rechtspersoon maakt met zijn deelneming in de maatschap, is belast voor de vennootschapsbelasting.

Let op: de maatschap, VOF en CV zijn voor de heffing van de loon- en omzetbelasting niet transparant. Eventuele verplichtingen op grond van de loonheffing of de omzetbelasting moet de maatschap, VOF of CV zelfstandig voldoen.

Verliesverrekening

Zowel in de inkomstenbelasting als de vennootschapsbelasting kunnen verliezen worden verrekend. De verrekening van fiscale verliezen met voorafgaande en toekomstige winstjaren is sinds 1 januari 2007 beperkt. Verliezen zijn in de vennootschapsbelasting nog maar 9 jaren voorwaarts verrekenbaar (met toekomstige winstjaren) en 1 jaar achterwaarts (met oude verliesjaren). Voor ondernemers die onder de inkomstenbelasting vallen, zijn verliezen 3 jaren achterwaarts verrekenbaar.

Een fiscaal verlies zorgt er voor dat in het jaar van het verlies betaalde voorlopige belastingaanslag teruggegeven zal gaan worden. De achterwaartse verliesverrekening (ook wel carry back genoemd) zorgt er voor dat in eerdere jaren reeds betaalde belastingen alsnog terug gegeven zal worden.

De verliesverrekening is daarmee als volgt:

	2006	vanaf 2007
Voorwaartse verliesverrekening	oneindig	9 jaren
Achterwaartse verliesverrekening box 1 inkomstenbelasting (winst uit onderneming)	3 jaren	3 jaren
Achterwaartse verliesverrekening box 2 inkomstenbelasting (aanmerkelijk belang)	3 jaren	1 jaar
Achterwaartse verliesverrekening Vennootschapsbelasting	3 jaren	1 jaar

<i>Voorbeeld verliesverrekening</i>			
	2010	2011	2012
Fiscale winst	100	100	-150
Betaalde (voorlopige) VPB	25	25	(stel) 15
Correctie fiscale winst door achterwaartse verliesverrekening	-	- 100	100
Resterend fiscaal resultaat	100	0	-50
Fiscaal verlies beschikbaar voor voorwaartse verliesverrekening			-50
Directe belasting teruggave	-	25	15

Het in 2012 voor voorwaartse verliesverrekening beschikbare bedrag van 50, kan in de komende 9 jaar voor een vermindering van te betalen belasting leiden indien in de komende 9 jaar fiscaal weer winst gerealiseerd gaat worden. Wordt de komende 9 jaar geen (fiscale) winst meer gemaakt, dan zal het verlies van 2012 na 2021 'verdampen'.

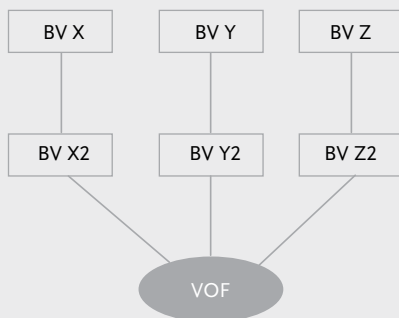
Als maatregel tegen de economische crisis heeft het kabinet een tijdelijke versoepeling van de verliesverrekening in de vennootschapsbelasting ingevoerd. Verliezen van de belastingjaren 2009, 2010 en 2011 kunnen naar keuze alsnog 3 jaren achterwaarts worden verrekend. De voorwaartse verliesverrekening gaat dan wel terug naar 6 jaren. Bovendien geldt voor die twee extra jaren van achterwaartse verliesverrekening een plafond van € 10 mln. per jaar. Deze tijdelijke maatregel is niet verlengd voor 2012 en 2013.

7.2.2.2 De vennootschap onder firma (VOF)

Een vennootschap onder firma (VOF) is een overeenkomst waarbij twee of meer vennoten samenwerken onder een gemeenschappelijke naam tot de uitoefening van een bedrijf, door middel van inbreng van bijvoorbeeld arbeid, kapitaal en/of goederen door ieder van de vennoten. De VOF onderscheidt zich van een maatschap doordat een VOF steeds wordt aangegaan om een bedrijf uit te oefenen en in alle gevallen onder een gemeenschappelijke naam naar buiten treedt (art. 16 WvK). Een VOF is dus per definitie openbaar.

Aansprakelijkheid

Bij een VOF is elke vennoot hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van de VOF (art. 18 WvK). Deze aansprakelijkheid gaat dus verder dan bij een maatschap.



Voorbeeld: aansprakelijkheid VOF

Uitgangspunt is drie moedervennootschappen BV X, BV Y en BV Z, elk met een 100% dochtermaatschappij te weten BV X2, BV Y2 en BV Z2. Laatstgenoemde BV's werken samen in de vorm van een VOF. Ieder van de vennoten is in beginsel bevoegd de VOF te vertegenwoordigen. De vennoten zijn jegens derden hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel van de schulden van de VOF. De vennoten hebben onderling wel een verhaalsrecht. In de praktijk beperkt de aansprakelijkheid zich door het gebruik van BV's die participeren in de VOF. Het risico blijft dan beperkt tot het (gehele) vermogen van de desbetreffende BV's. In uitzonderingsgevallen kan een aandeelhouder, als feitelijke beleidsbepaler, echter wegens onrechtmatige daad aansprakelijk zijn voor een hoger bedrag dan zijn stortingsplicht op de aandelen in zijn BV.

Gaat het project in de VOF mis, dan zullen BV X2, BV Y2 en BV Z2 worden aangesproken. De moedervennootschappen BV X, BV Y en BV Z kunnen buiten schot blijven. Een voorwaarde hiervoor is wel dat zij zich niet hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld voor de schulden van hun dochtervennootschappen. Van een dergelijke aansprakelijkheid kan sprake zijn indien BV X, BV Y en/of BV Z zich garant hebben gesteld, maar bijvoorbeeld ook als gebruik is gemaakt van een 'beperkte' jaarrekening voor de dochter-BV's als bedoeld in art. 2:403 BW.

Vormvereisten

In beginsel is de overeenkomst tot het aangaan van een VOF vormvrij. De wet stelt echter als eis dat de vennoten voor het bewijzen van het bestaan van een VOF de VOF-overeenkomst door middel van een notariële akte of een onderhandse akte vastleggen. Ontbreekt zo'n akte, dan kan dat niet aan derden worden tegengeworpen (art. 22 WvK). Een VOF moet worden ingeschreven in het handelsregister (art. 23 WvK).

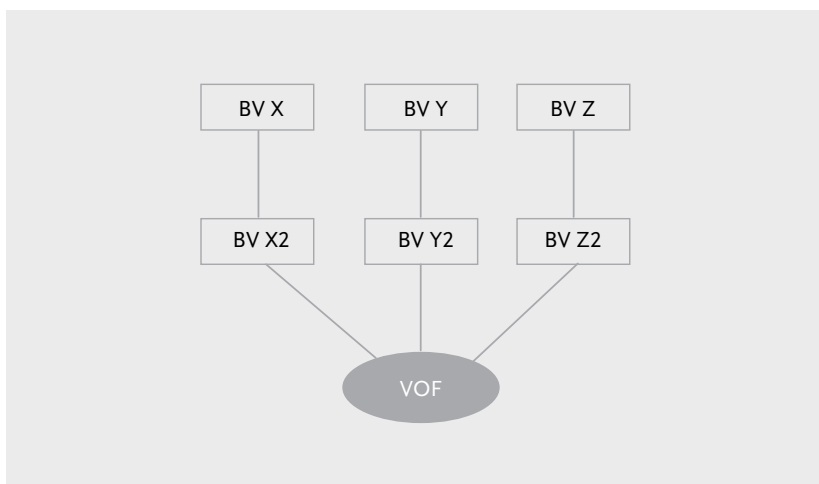
Inkomsten- en vennootschapsbelasting

Een VOF is naar zijn aard transparant voor de heffing van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting. Dat is alleen anders indien de VOF een in aandelen verdeeld kapitaal heeft. Men spreekt van een in aandelen verdeeld kapitaal als het vennootschappelijke kapitaal is verdeeld in gelijke of evenredige aandelen, waarbij die aandelen zonder toestemming van alle overige vennoten kunnen worden vervreemd. Als gevolg hiervan ontbreekt het persoonlijke element in de onderliggende relaties en heeft de vennootschap op aandelen economisch en maatschappelijk kenmerken van een BV of NV (zie HR 24 november 1976, BNB 1978/13). Transparantie houdt in dat de fiscus als het ware 'door de VOF heen' kijkt. Het fiscale jaarresultaat wordt zelfstandig bij de participanten vastgesteld. Evenals bij een maatschap zal de fiscus mogen toetsen of de verdeling van de resultaten tussen de participanten op zakelijke gronden heeft plaats gevonden. Als er geen zakelijke winstverdeling is, dan kan de fiscus de winstverdeling voor de belastingheffing corrigeren.

Onder de Wet IB 2001 worden de vennoten in een VOF als ondernemer aangemerkt mits de VOF een onderneming uitoefent. Dat is het geval indien de vennoten in de VOF rechtstreeks worden verbonden voor verbintenissen betreffende de onderneming (externe aansprakelijkheid voor zaakscrediteuren). De voordelen uit de VOF dienen dan te worden verantwoord in box 1 van de inkomstenbelasting (belastbaar inkomen uit werk en woning). Is bij de VOF uitsluitend sprake van beleggingen, dan valt het vennootschapsaandeel in box 1 (maar dan als resultaat uit overige werkzaamheden) of in box 3 (belastbaar inkomen uit sparen en beleggen). In box 3 is de zogenaemde vermogensrendementsheffing van toepassing op de beleggingen.

De winst die een vennoot/rechtspersoon maakt, kan, afhankelijk van de rechtsvorm van de vennoot, belast zijn met vennootschapsbelasting. Een NV of BV die participeert in een VOF zal altijd vennootschapsbelasting over zijn winstaandeel in de VOF verschuldigd zijn. Een stichting of vereniging is alleen vennootschapsbelasting verschuldigd indien de deelname in de VOF onderdeel is van een onderneming die door de stichting of vereniging gedreven wordt.

Wordt via een dochter-BV geparticipeerd in een VOF, dan zullen de moeder-BV en de dochter-BV veelal een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting aangaan. De fiscale eenheid heeft tot gevolg dat de vennootschapsbelasting bij de moeder-BV wordt geheven alsof er één belastingplichtige is. Vooral als men verwacht dat een bepaald project in de beginfase fiscaal tot verlies zal leiden, kan via een dergelijke structuur – met behoud van een beperking van de aansprakelijkheid – het verlies rechtstreeks ten laste van de moeder-BV komen.



Situatie 1: VOF maakt winst

Uitgangspunt is dat de VOF een winst maakt van € 30 mln en dat de diverse participanten dezelfde bestendige gedragslijn hanteren voor het vaststellen van de fiscale jaarwinst. Stel dat alle moeder-BV's X BV, Y BV en Z BV ieder een fiscale winst maken van € 15 mln.

In een dergelijke situatie maakt dochtermaatschappij BV X2 een winst van € 10 mln (1/3-gedeelte van € 30 mln). Omdat BV X2 voor de heffing van vennootschapsbelasting een fiscale eenheid is aangegaan met BV X, gaat men er echter voor het bepalen van het fiscale resultaat van uit dat van BV X en BV X2 vennootschapsbelasting wordt geheven alsof zij samen één belastingplichtige zijn. Globaal houdt dit in dat de resultaten van BV X en BV X2 bij elkaar worden genomen. Het gevolg is dat de fiscale eenheid BV X een fiscaal resultaat behaalt van € 15 mln plus € 10 mln is € 25 mln.

Hierover bedraagt de vennootschapsbelasting bij een tarief van 25% € 6,25 mln. (Hierbij is verwaarloosd dat in 2012 over de eerste € 200.000 een lager tarief van toepassing is.)

Situatie 2: VOF maakt verlies

Exact dezelfde situatie, maar nu maakt de VOF een verlies van € 30 mln. Zou er geen fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting bestaan tussen BV X en BV X2, dan maakt BV X2 een verlies van € 10 mln. Als er geen verliescompensatie mogelijk is – indien BV X2 niet eerder winsten heeft gemaakt – kan BV X2 (nog) niets met het verlies doen. BV X maakt nog steeds een winst van € 15 mln en zal hierover € 3,75 mln aan vennootschapsbelasting moeten betalen.

Als er sprake is van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting, dan kan het negatieve jaarresultaat van BV X2 worden gecompenseerd met het positieve jaarresultaat van BV X. Uiteindelijk is dan slechts over € 5 mln vennootschapsbelasting verschuldigd (€ 1,25 mln).

Overigens zullen aanloopuitgaven van een VOF niet altijd direct tot een fiscaal verlies leiden. Veelal zullen de uitgaven van een VOF in de aanloopfase geactiveerd moeten worden als zijnde een investering in een activum (zie verder par. 7.4).

7.2.2.3 De commanditaire vennootschap (CV)

De commanditaire vennootschap (CV) is een bijzondere vorm van een maatschap of een VOF. Kenmerkend voor een CV is dat naast een beheerend vennoot die de beheersdaden naar buiten toe verricht, ook één of meer stille (of commanditaire) vennoten aanwezig zijn (art. 19 WvK). De stille of commanditaire vennoot is uitsluitend kapitaalverschaffer.

Aansprakelijkheid

De stille vennoot is niet aansprakelijk voor de zaakschulden. Hij deelt alleen in de verliezen van de CV tot de omvang van zijn inbreng. Voorwaarde is wel dat de stille vennoot zich onthoudt van beheersdaden en niet werkzaam is in de zaken van de CV. Een stille vennoot die toch beheersdaden verricht, kan zich niet meer beroepen op zijn beperkte aansprakelijkheid (art. 21 WvK).

De beherend vennoot is overeenkomstig de regels die gelden voor de VOF aansprakelijk voor de schulden van een CV. Is er sprake van een CV met slechts één beherende vennoot, dan doet zich de theoretische discussie voor in hoeverre het vermogen van de beherende vennoot en de CV van elkaar te onderscheiden zijn. Dit onderscheid is van praktisch belang voor schuldeisers die zich afvragen of zij rechtstreeks verhaal hebben op het vermogen van de beherende vennoot, of dat zij eerst de CV moeten aanspreken en pas bij onvoldoende verhaalmogelijkheden de beherend vennoot kunnen aanspreken.

In de praktijk van de aannemerij en projectontwikkeling is deze vraag nauwelijks van belang, omdat de beherend vennoot veelal een BV is, die speciaal wordt opgericht om de aansprakelijkheid beperkt te houden.

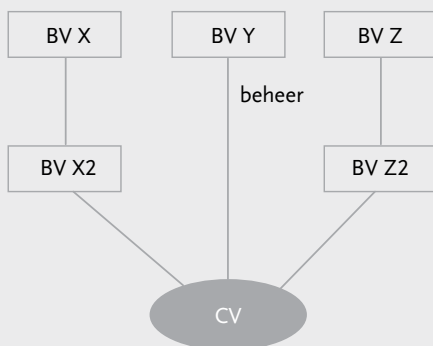
Een reëel risico bij de bovenstaande structuur is aanwezig wanneer de stille vennoot wordt geacht beheersdaden te hebben verricht. Stel bijvoorbeeld dat de beherend vennoot geen eigen personeel in dienst heeft of alleen personeel dat (ook) in dienst is bij een van de stille vennoten. In een dergelijk geval is het vaak onduidelijk of de stille vennoot, dan wel de beherend vennoot optreedt. Deze onduidelijkheid kan tot gevolg hebben dat men beheersdaden aan de stille vennoot toerekent, zodat deze stille vennoot aansprakelijk wordt gehouden voor de eventuele schulden van de CV. In de praktijk kan men een dergelijke onduidelijkheid vermijden door de beherend vennoot een eigen (beperkte) kantoororganisatie te verschaffen. De werknemers van de beherend vennoot/BV dienen dan niet in dienst te zijn bij één van de stille vennoten. De volgende structuur wordt vaak gebruikt ter beheersing van de mogelijke aansprakelijkheid van de stille vennoten.

BV X₂ en BV Z₂ zijn stille vennoot in de CV. De stille vennoten maken deel uit van de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting met hun moedervernootschap BV X en BV Z. Aldus komt een vergelijkbare beperking van de aansprakelijkheid tot stand als bij de eerder genoemde VOF-structuur, waar de vennoten bestaan uit aparte dochter-BV's.

Een attentiepunt bij deze structuur is het aansprakelijkheidsrisico. Het risico bestaat namelijk dat BV X₂ en BV Z₂ feitelijk beheersdaden verrichten en er aldus voor hen een hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaat voor de schulden van de CV. BV Y moet dus voldoende 'substance' hebben om ook daadwerkelijk het beheer

over de CV te kunnen voeren.

In de praktijk komt het echter (te) vaak voor dat vertegenwoordigers van BV X en BV Z zich - in bijeenkomsten waarin de CV overleg heeft met derden - voorstellen met visitekaartjes van BV X en BV Z en dat ze bovendien in contacten naar buiten toe zich bepaald niet opstellen als “stille vennoten”. In voorkomende gevallen brengt deze te activistische opstelling van vertegenwoordigers van BV X en BV Z de beperking van aansprakelijkheid voor BV X en BV Z in gevaar.



Vormvereisten CV

Een CV wordt aangegaan door middel van een vormvrije overeenkomst. Een notariële of een onderhandse akte is niet vereist.

Een CV moet overigens wel worden ingeschreven in het handelsregister.

Inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting

Een open CV is belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting (art. 2, lid 1, onderdeel a, Wet Vpb 1969). Er is sprake van een open CV als commanditaire vennoten kunnen toetreden of worden vervangen zonder toestemming van alle vennoten, zowel beherende vennoten als commanditaire vennoten (art. 2, lid 3, onderdeel c, AWR). Een uitzondering wordt gemaakt in de situatie dat de toetreding of de vervanging plaatsvindt op grond van vererving of legaat. Volgens Hof Arnhem is sprake van een open CV indien – buiten het geval van vererving of legaat – voor toetreding of vervanging van een commanditaire vennoot geen van de (overige) vennoten (beherende en commanditaire) toestemming hoeft te verlenen (Hof Arnhem 13 april 2000, V-N 2000/40.5). Een CV is volgens Hof Arnhem dus al besloten als tenminste één vennoot toestemming moet geven. Het lijkt er op dat de Hoge Raad echter toch minder flexibel is

en een besloten CV alleen aanwezig acht indien alle vennoten toestemming moeten geven (HR 27 februari 2009, BNB 2009/120). De staatssecretaris van Financiën is eveneens van mening dat een CV pas besloten is als alle participanten afzonderlijk toestemming moeten geven (zie het inmiddels ingetrokken besluit van 28 februari 2006, nr. CPP2005/2530M, BNB 2006/145). Inmiddels heeft hij echter een soepeler standpunt ingenomen. Om het besloten karakter van een CV te waarborgen moeten volgens de staatssecretaris nog steeds alle vennoten, zowel de beherende als de commanditaire, afzonderlijk toestemming verlenen. Deze toestemming hoeft volgens hem echter niet meer actief te worden verleend. Indien voor een toetreding of een vervanging aan alle vennoten schriftelijk toestemming is gevraagd en die toestemming niet binnen vier weken wordt geweigerd, mag er van worden uitgegaan dat de toestemming unaniem is verleend. De genoemde termijn gaat lopen op de dag na die waarop aan alle participanten schriftelijk toestemming is gevraagd (besluit van 11 januari 2007, nr. CPP2006/1869M, BNB 2008/289).

Wanneer een CV niet kan worden aangemerkt als een open CV, wordt zij geacht besloten te zijn. Een besloten CV is transparant voor de heffing van de inkomsten- en vennootschapsbelasting. Transparant wil zeggen dat de inkomsten- of de vennootschapsbelasting bij de vennoten wordt geheven en niet bij de CV. De vennoten zijn bij de vaststelling van het fiscale resultaat gebonden aan hun bestendige gedragslijn, zodat de resultaatbepaling van de participatie in de CV tussen de verschillende vennoten kan verschillen. Een commanditair vennoot/natuurlijk persoon verantwoordt zijn voordeel uit de CV als winst uit onderneming in box 1 (belastbaar inkomen uit werk en woning). Wanneer bij de CV geen sprake is van het drijven van een onderneming maar louter van vermogensbeheer (beleggingen in vastgoed), dan dienen de commanditaire participaties te worden aangegeven in box 1 (maar dan als resultaat uit overige werkzaamheden) of in box 3 (belastbaar inkomen uit sparen en beleggen). In box 3 is de zogenoemde vermogensrendementsheffing van toepassing op de beleggingen. Indien de CV een onderneming drijft, wordt de commanditaire vennoot/natuurlijk persoon als medegerechtigde tot een ondernemingsvermogen in de Wet IB 2001 niet aangemerkt als ondernemer, maar wel als een belastingplichtige die winst uit onderneming geniet. De commanditaire vennoot/natuurlijk persoon heeft daarmee wel aanspraak op investeringsgerelateerde faciliteiten zoals willekeurige afschrijving en kleinschaligheidsinvesteringsaftrek, maar hij heeft geen recht op ondernemersfaciliteiten. Zo heeft hij onder meer geen recht op zelfstandigenaftrek en kan hij niet doteren aan de fiscale oudedagsreserve. Als hij daden van beheer verricht, wordt hij in civielrechtelijke zin hoofdelijk aansprakelijk en daarmee is hij dan in fiscaalrechtelijke zin volwaardig ondernemer geworden.

7.2.3 Rechtspersonen

7.2.3.1 De besloten vennootschap (BV) en naamloze vennootschap (NV)

De besloten vennootschap (BV) en de naamloze vennootschap (NV) zijn rechtspersonen met een in aandelen verdeeld kapitaal (art. 2:175 BW respectievelijk 2:64 BW). Rechtspersoonlijkheid houdt in dat de BV of NV een zelfstandig drager van rechten en verplichtingen is. Een BV of NV kan haar rechten tegenover derden geldend maken. Haar verplichtingen zijn jegens haar afdwingbaar. Sinds de invoering in 2012 van de “flex-BV wetgeving” heeft de BV geen minimumkapitaal meer. Een BV kan tegenwoordig opgericht worden met één aandeel waarop 1 euro is gestort. De aandeelhouder is in beginsel niet persoonlijk aansprakelijk voor datgene wat in naam van de BV of NV wordt verricht. De aandeelhouder is niet verplicht bij te dragen in de verliezen van de vennootschap, voor zover de verliezen het bedrag van zijn stortingsplicht op zijn aandelen te boven gaan. In uitzonderingsgevallen kan een aandeelhouder echter wegens een onrechtmatige daad aansprakelijk zijn voor een hoger bedrag dan hetgeen hij op de aandelen in de BV of NV heeft gestort. Ook kunnen financiers in sommige gevallen verlangen dat een aandeelhouder borg staat voor een lening aan de BV of NV. Daarnaast zal bij een BV of NV rekening moeten worden gehouden met bestuurdersaansprakelijkheid.

Zo kan een bestuurder van een BV of NV in voorkomende gevallen persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor (onder andere) niet aan de Belastingdienst afgedragen loon- en omzetbelasting.

Vormvereisten

Een BV of NV wordt opgericht bij notariële akte. Tot 1 juli 2011 gold tevens als vereiste dat het ministerie van Veiligheid en Justitie een ‘verklaring van geen bezwaar’ moest hebben afgegeven. Dit vereiste geldt niet meer.

Vennootschapsbelasting

De winst van een BV of NV is belast voor de vennootschapsbelasting. Van de BV en de NV wordt voor de heffing van vennootschapsbelasting per fictie gesteld dat zij met hun gehele vermogen hun onderneming drijven (art. 2, lid 5, Wet Vpb 1969). Het tarief van de vennootschapsbelasting is als volgt (cijfers 2012):

Belastbaar bedrag	Vennootschapsbelasting
€ 0 - € 200.000	20%
€ 200.000 en meer	25%

Joint venture

Niet ongebruikelijk is om een gezamenlijk project onder te brengen in een afzonderlijke project-BV. Deze project-BV is zelfstandig onderworpen aan de vennootschapsbe-

lasting. De participerende BV's krijgen ieder aandelen in de project-BV. Voorzover zij een deelneming verkrijgen van tenminste 5% van het nominale gestorte kapitaal, is bij de participerende BV's de deelnemingsvrijstelling van toepassing (art. 13, lid 1, Wet Vpb1969), tenzij sprake is van een als belegging gehouden deelneming (beleggingsdeelneming).

Als de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, worden inkomsten uit de project-BV (dividenden) en de opbrengst bij de verkoop van de aandelen in de project-BV bij de participerende BV niet belast met vennootschapsbelasting.

7.2.3.2 'Flex BV'

Inmiddels is het wetsvoorstel 'Wijziging van boek 2 BW in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)' ingevoerd. Vaak werd bij de invoering van deze wet gesproken over de Flex BV, maar sinds de invoering van de wet geldt de flexibele nieuwe wetgeving thans voor alle BV's. De wet is bedoeld om de regelgeving ten aanzien van BV's flexibeler te maken en meer competitief ten opzichte van de ons omringende landen. Ook wordt de oprichting van een BV goedkoper. Het uitgangspunt van de wet is een 'one size fits all'-gedachte. Het nieuwe BV-recht moet voldoen aan de behoeften voor onder andere familievennootschappen, eenmansondernemingen, joint ventures en concernonderdelen.

Hieronder volgt een beknopt overzicht van de belangrijkste punten van de nieuwe wet:

- Er is geen nieuwe rechtsvorm ontstaan. De BV blijft bestaan. Wel zijn een groot aantal knelpunten in het oude BV-recht opgelost.
- De oude wettelijke bepalingen blijven in beginsel het uitgangspunt, ook voor wat betreft de inrichting van de statuten van de BV. Er zijn echter ruimere mogelijkheden gekomen om in de statuten af te wijken van de bepalingen van de wet. Zo is er meer mogelijkheid om af te wijken van de wettelijke regels voor de benoeming van bestuurders en commissarissen.
- De voorheen nog verplichte blokkeringsregeling is komen te vervallen. Als uitgangspunt geldt in beginsel nu nog steeds een wettelijke blokkeringsregeling. Daar mag bij statuten echter van worden afgeweken. Er kan zelfs worden bepaald dat er in het geheel geen beperking geldt voor de overdracht van aandelen. Het blijft voor een BV echter niet mogelijk om aandelen aan toonder uit te geven.
- Een variabel stemrecht op aandelen is thans mogelijk. Het uitgangspunt blijft een verdeling van het stemrecht naar verhouding van de nominale waarde van de aandelen. Hiervan kan bij statuten echter worden afgeweken. Ook stemrechtloze aandelen worden mogelijk. Stemrechtloze aandelen zijn mogelijk interessant bij de toekenning van aandelen aan externe kredietverschaffers zoals banken.
- In de statuten kunnen niet alleen verplichtingen jegens de vennootschap worden opgenomen, maar ook verplichtingen tussen aandeelhouders onderling. Dit kan daarmee in de plaats komen van aandeelhoudersovereenkomsten.

- Het minimumkapitaal van € 18.000 voor de oprichting van een BV is komen te vervallen.
- Voor de oprichting is geen bankverklaring of accountantsverklaring bij inbreng op aandelen anders dan in geld meer nodig. Bij de inbreng anders dan in geld moet het bestuur nog wel een beschrijving opstellen en ter inzage leggen voor aandeelhouders en certificaathouders. Een externe publicatie van de inbrengbeschrijving is niet nodig.
- De bescherming van schuldeisers is thans niet langer gebaseerd op een systeem dat uitgaat van een bepaald kapitaal dat in de vennootschap aanwezig moet zijn en niet beschikbaar is voor uitdeling aan aandeelhouders, maar berust op een systeem waarin de geoorlooftheid van uitkeringen wordt beoordeeld aan de hand van de financiële positie van de vennootschap. Hieraan is gekoppeld een verscherping van de aansprakelijkheid van de bestuurders.

7.3 Fiscale waardering en winstbepaling bij winstneming en projectontwikkeling

Ten aanzien van de fiscale waardering en winstbepaling moet onderscheid worden gemaakt tussen

- voorraad
- onderhanden werk
- bedrijfsmiddelen
- aandelen in een project-BV.

7.3.1 Voorraad

Onder voorraad verstaat men zaken die ter bewerking, verwerking of verkoop in het bedrijf aanwezig zijn. Het gaat daarbij om zaken die bestemd zijn voor de omzet.

Voorbeelden

- 1) BV X heeft tien panden gekocht. Zes daarvan zijn bestemd om te worden verhuurd en vier panden zullen worden verkocht zodra zich een goede gelegenheid voordoet. Die vier panden zijn dus bestemd voor de verkoop en worden daarom aangemerkt als (voorraad).
- 2) Een projectontwikkelaar is woningen voor de verkoop aan het ontwikkelen en bouwen. Deze woningen zijn echter nog niet verkocht.
- 3) Een ontwikkelaar koopt een leegstaand kantoorgebouw om te herontwikkelen tot woningen en daarna uit te ponden.

Essentieel voor de kwalificatie van een goed als 'voorraad' is dat de te bouwen/ontwikkelen goederen nog niet verkocht zijn. Zodra de goederen namelijk wel verkocht zijn, worden de goederen fiscaal als onderhanden werk aangemerkt. Onderhanden werk heeft heel andere waarderingsregels dan voorraad.

Op basis van een voorzichtige inschatting mag de ondernemer voorraad waarderen op kostprijs of lagere marktwaarde. Bij ingekochte voorraden is de kostprijs gelijk aan de aanschafprijs, inclusief overige aanschaffingskosten, zoals makelaarsfee, overdrachtsbelasting, onverrekenbare btw etc.. Bij zelfvervaardigde halffabrikaten en eindproducten gaat het om de kosten van de productie (voortbrengingskosten), echter zonder:

- rentekosten, en;
- het constante deel van de algemene kosten.

Dit komt neer op de kosten voor de verbruikte grond- en hulpstoffen, de directe arbeidskosten, inclusief sociale lasten en de afschrijving op de machines en gereedschappen die voor de productie-activiteiten benodigd zijn. Omdat het constante deel van de algemene kosten niet als voortbrengingskosten in aanmerking hoeven te worden genomen (HR 30 mei 1956, BNB 1956/222), kan bijvoorbeeld de afschrijving op het gebouw en de verwarmingsinstallaties die niet rechtstreeks met de productie samenhangen (zoals de afschrijving van het hoofdkantoor van een projectontwikkelaar) hier buiten beschouwing worden gelaten. Hetzelfde geldt voor bepaalde indirecte loonkosten, zoals de kosten betreffende directie, stafafdelingen en overhead. De ondernemer zal winst moeten nemen op het moment dat de voorraad wordt verkocht. Het tijdstip van winstneming is dan het tijdstip waarop de betaling wordt ontvangen of – als niet direct tot betaling wordt overgegaan – het moment waarop de ondernemer een vordering krijgt op de koper.

In de huidige vastgoedcrisis is het goed om na te denken over (tussen)tijdse afwaardering van een voorraad goederen wanneer er verrekenbare winst is. Er zijn immers nog maar weinig bouwers en ontwikkelaars die zwarte cijfers kunnen schrijven. Als de actuele marktwaarde (plus aanschafkosten) lager is dan de actuele fiscale boekwaarde, mag de voorraad afgewaardeerd worden en zal er fiscaal een verlies genomen kunnen worden. Een dergelijk verlies kan, als er in het verleden winst genoten is, leiden tot een belastingteruggave.

Voorbeeld

BV X heeft een bouwproject in ontwikkeling. De woningen zijn allemaal nog onverkocht. De fiscale boekwaarde van het project bedraagt eind 2012 € 1.000.000. De verkoopmogelijkheden van het project worden door een taxateur laag ingeschat. De actuele 'marktwaarde' van het project wordt door deze taxateur ingeschat op € 750.000. Bedenk dat een taxateur bij het vaststellen van zijn begrip

‘marktwaarde’ een bedrag inclusief btw zal bedoelen. BV X mag voor de fiscale waardering de btw uit de waardering weglaten (er van uitgaande dat het project in de btw sfeer verkocht gaat worden en BV X de btw op de inkoop altijd kan terugvragen). Stel dat de toerekenbare aankoopkosten € 10.000 zouden bedragen.

De fiscale marktwaarde kan als volgt berekend worden:

‘marktwaarde’ volgens taxateur	€ 750.000
Af: verrekenbare btw	€ 130.000 -/-
Bij: inkoopkosten	€ 10.000
Fiscale marktwaarde	€ 630.000

Uitgaande van de (oude) fiscale boekwaarde van € 1.000.000, die gebaseerd was op de aanschaf- en vervaardigingskosten, mag BV X een fiscaal verlies nemen van € 370.000. Als BV X in 2011 nog winst maakte, krijgt BV X (bij 25% VPB) dus € 92.500 aan belastingen terug. Het zal voor BV X aantrekkelijk zijn om na te gaan, of de waardering 2011 ook al niet te hoog was. Bij een afwaardering in 2011 mag immers nog 3 jaar verlies achterwaarts teruggewenteld worden, waardoor het fiscale verlies 2011 nog verrekenbaar is met eventuele winsten uit 2008, 2009 en 2010. In 2012 is de achterwaartse verliesverrekening weer teruggebracht tot nog maar één jaar. Terugkomen op de (vermoedelijk) reeds ingediende aangifte 2011 mag nog tot 6 weken nadat de definitieve VPB aanslag is vastgesteld. Tot het moment dat de aanslag is opgelegd kan nog een correctie op de eigen aangifte ingediend worden. Indien de aanslag al wel is opgelegd, mag nog gedurende 6 weken bezwaar tegen de aanslag aangetekend worden (ook als de aanslag gebaseerd is op de ingediende aangifte).

BV X moet zich overigens er wel van bewust zijn dat een fiscale afwaardering de aandacht zal trekken van de accountant en daarmee indirect ook van zijn bank.

7.3.2 Onderhanden werk

Aannemers en constructiebedrijven voeren veelvuldig werken in opdracht van derden uit. Zij hebben dan werk onderhanden. Dit zogenoemde onderhanden werk betreft het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, zoals het bouwen van een huis of het aanleggen van een weg in opdracht van een derde. De financiële afrekening vindt in veel gevallen plaats op het moment dat het werk wordt opgeleverd. In de praktijk is het echter niet ongebruikelijk dat tussentijds wordt gefactureerd (bijvoorbeeld voor deelopleveringen). Fiscaal doet zich bij het onderhanden werk de vraag voor, voor welk bedrag onderhanden werk op de balans moet worden geactiveerd en wanneer er winst moet worden genomen. Op dit punt is er met ingang van 1 januari 2007 veel veranderd.

Waar het tot en met 2006 in veel gevallen nog mogelijk was om de winstneming uit te stellen tot het moment van oplevering van het onderhanden werk, is met ingang van 1 januari 2007 voor de belastingheffing voortschrijdende winstneming voorgeschreven. Dat betekent dat elk jaar een deel van de winst op het project in de belastingheffing wordt betrokken.

Waardering met ingang van 2007

Met ingang van 1 januari 2007 wordt onderhanden werk gewaardeerd op het gedeelte van de overeengekomen vergoeding voor het aangenomen werk, dat is toe te rekenen aan dat onderhanden werk (art. 3.29b, lid 1, Wet IB 2001). Met de nieuwe waarderingmethode wordt bereikt dat gedurende de looptijd van het onderhanden werk voortschrijdend winst moet worden genomen. Met andere woorden: elk jaar wordt een deel van de totale winst op het project in de belastbare winst opgenomen. Het is echter nog niet duidelijk hoe de overeengekomen vergoeding gedurende de looptijd van het onderhanden werk over de jaren moet worden verdeeld. Er zijn namelijk meerdere criteria denkbaar voor de verdeling van de overeengekomen vergoeding en de wetgever heeft daar geen eenduidige regeling over gegeven.

Voorbeeld: verdeling overeengekomen vergoeding

Een aannemer sluit een aanneemcontract voor de bouw van een kantorencomplex. De afgesproken vergoeding bedraagt € 9.000.000. De vergoeding wordt voldaan bij oplevering. De aannemer schat zijn kosten op € 6.000.000 en de winst op € 3.000.000. Deze kosten zullen niet evenredig gedurende de bouw worden gemaakt maar voor een meer dan evenredig deel in het laatste jaar. De bouw van het complex duurt drie jaar. Hieronder volgen twee mogelijke manieren om de overeengekomen vergoeding over de looptijd van het onderhanden werk te verdelen, te weten naar rato van de verstreken tijd en naar rato van de geschatte kosten. Bij de tweede wijze van verdeling van de overeengekomen vergoeding loopt de balanswaarde van het onderhanden werk minder snel op. Dit leidt tot een lagere fiscale winst in de beginjaren, en daarmee tot uitstel van belastingheffing.

Verdeling overeengekomen vergoeding naar rato van verstreken tijd

	Resultatenrekening	Balans
Jaar 1		
Onderhanden werk	€ 3.000.000	€ 3.000.000
Kosten	<u>€ 1.500.000</u>	
Winst	€ 1.500.000	
Jaar 2		
Onderhanden werk	€ 3.000.000	€ 6.000.000
Kosten	<u>€ 2.000.000</u>	
Winst	€ 1.000.000	
Jaar 3		
Onderhanden werk	€ 3.000.000	€ 9.000.000
Kosten	<u>€ 2.500.000</u>	
Winst	€ 500.000	
Vordering		€ 9.000.000
Onderhanden werk		€ 9.000.000 –

Verdeling overeengekomen vergoeding naar rato van de geschatte kosten

	Resultatenrekening	Balans
Jaar 1		
Onderhanden werk	€ 2.250.000	€ 2.250.000
Kosten	<u>€ 1.500.000</u>	
Winst	€ 750.000	
Jaar 2		
Onderhanden werk	€ 3.000.000	€ 5.250.000
Kosten	<u>€ 2.000.000</u>	
Winst	€ 1.000.000	
Jaar 3		
Onderhanden werk	€ 3.750.000	€ 9.000.000
Kosten	<u>€ 2.500.000</u>	
Winst	€ 1.250.000	
Vordering		€ 9.000.000
Onderhanden werk		€ 9.000.000 -

Volgens de staatssecretaris van Financiën is de nieuwe waarderingsmethode bedoeld om het verschil tussen de commerciële balans en de fiscale balans te verkleinen. In de commerciële jaarrekening wordt volgens de staatssecretaris meestal tussentijds winst genomen op onderhanden werk (voortschrijdende winstneming). De nieuwe fiscale waarderingsmethode zou ook tot een dergelijke tussentijdse winstneming moeten leiden. In het jaarrekeningenrecht is voortschrijdende winstneming echter alleen toegestaan indien voldaan is aan de voorwaarde dat de winst op de reeds verrichte werkzaamheden op een verantwoorde wijze kan worden bepaald. Dat is in het alge-

meen niet mogelijk indien er belangrijke onzekerheden bestaan met betrekking tot de totale omvang van het project, of als de opbrengsten en kosten op balansdatum niet op verantwoorde wijze kunnen worden bepaald. De huidige fiscale regeling schrijft in dergelijke gevallen echter wel voortschrijdende winstneming voor. Hierdoor ontstaat er in sommige gevallen toch weer een verschil tussen de commerciële balans en de fiscale balans.

De staatssecretaris van Financiën heeft daarnaast opgemerkt dat vrijwel alle ondernemers met langlopende opdrachten een systeem van voorcalculatie, eventueel tussentijdse calculatie en nacalculatie hanteren. Bovendien zou het volgens hem gebruikelijk zijn dat een opdrachtnemer tijdens de realisatie van een onderhanden werk en dus nog vóór de oplevering van dat werk, termijnen in rekening brengt aan de opdrachtgever. Dat betekent volgens de staatssecretaris dat in het algemeen de winst op langlopende projecten met een redelijke mate van zekerheid gedurende het onderhanden werk kan worden vastgesteld en dat die winst feitelijk doorlopend wordt gerealiseerd. In de praktijk zullen echter waarschijnlijk lang niet alle aannemers en projectontwikkelaars een dergelijke gedetailleerde financiële administratie bijhouden van het onderhanden werk. Zeker voor minder lang lopende projecten of bij kleine opdrachtnemers zal het lang niet altijd mogelijk zijn om op een verantwoorde wijze vast te stellen welk deel van de overeengekomen vergoeding aan een bepaald jaar moet worden toegerekend. Opdrachtnemers zitten ook dan echter vast aan de nieuwe fiscale waarderingmethode.

7.3.3 Bedrijfsmiddelen

De kwalificatie van een activum als een bedrijfsmiddel is fiscaal van groot belang voor:

- het waarderen van het bedrijfsmiddel via het activeren van de aanschafkosten/voortbrengingskosten, gebaseerd op de historische kostprijs;
- de mogelijkheid af te schrijven op bedrijfsmiddelen;
- het benutten van specifieke fiscale faciliteiten, zoals de (kleinschaligheids)investeringsaftrek en de herinvesteringsreserve.

Een bedrijfsmiddel is een goed dat voor het drijven van een onderneming wordt gebruikt (vgl. art. 3.30 Wet IB 2001). Een bedrijfsmiddel is niet bestemd voor de verkoop (zoals voorraad) en wordt ook niet in gebouwd in opdracht van derden (zoals onderhanden werk). Het gaat bij bedrijfsmiddelen om duurzame kapitaalgoederen die behoren tot het vast kapitaal van de onderneming. Daaronder vallen gebouwen (welke worden gebruikt in de eigen onderneming), machines, vervoermiddelen, maar ook aandelen (met uitzondering van ter belegging aangehouden effecten), vergunningen en bepaalde persoonlijke rechten, octrooien, patenten en dergelijke. Omdat in de praktijk voor bepaalde vermogensbestanddelen onduidelijk is of zij kwalificeren als voorraad of als bedrijfsmiddel, wordt in de praktijk voor de kwalificatie als bedrijfsmiddel veelal als criterium gehanteerd of het vermogensbestanddeel langer dan een jaar zijn nut voor

de onderneming behoudt. Dit duidt op een zekere duurzaamheid. Ook beleggingsvastgoed dat door een ondernemer wordt aangehouden mag fiscaal als een bedrijfsmiddel behandeld worden. Het is niet vereist dat men van een bepaalde zaak de juridische en economische eigendom bezit. De economische eigendom is reeds voldoende.

Een bedrijfsmiddel kan gewaardeerd worden op kostprijs minus afschrijvingen dan wel lagere bedrijfswaarde. Onder kostprijs verstaat men de voortbrengingskosten of de aanschafkosten. Is er sprake van een verworven bedrijfsmiddel, dan moet het totaal aan kosten die voor de verkrijging van een bedrijfsmiddel nodig waren, met inbegrip van de bijkomende kosten, als aanschafkosten worden geactiveerd. Bijkomende kosten zijn onder andere:

- niet-verrekenbare heffingen, zoals overdrachtsbelasting of de niet-verrekenbare BTW;
- sloopkosten;
- opknapkosten van een verwaarloosd pand met 'meegekocht' onderhoud;
- financieringskosten (denk ook aan bouwrente);
- verzekeringskosten verschuldigd voordat het bedrijfsmiddel in gebruik genomen is
- afkoop van een pachtrecht;
- verplichte betalingen in een parkeerfonds.

Onder de voortbrengingskosten die moeten worden geactiveerd als een bedrijfsmiddel in de eigen onderneming is voortgebracht, moet tevens het constante deel van de algemene kosten worden opgenomen. Het activeren van het constante deel van de algemene kosten verschilt dus van de voorraadwaardering, waarbij het constante deel van de algemene kosten buiten beschouwing kan blijven.

Bedrijfsmiddelen mogen fiscaal afgewaardeerd worden indien de 'bedrijfswaarde' lager is dan de boekwaarde. Voor normale bedrijfsmiddelen zoals fabriekspanden e.d., blijkt dit bedrijfswaarde begrip in de jurisprudentie buitengewoon weerbarstig. De bedrijfswaarde is namelijk het hoogste van;

- De directe opbrengstwaarde: de aankoopprijs van het pand, verhoogd met aankoopkosten;
- De indirecte opbrengstwaarde: de contante waarde van de bedrijfsopbrengsten die bij continuering van de onderneming aan het bedrijfsmiddel toegerekend moet worden.

De directe opbrengstwaarde is door een taxateur vast te stellen. De indirecte opbrengstwaarde zal echter vermoedelijk slechts met behulp van een accountant vastgesteld kunnen worden. In de praktijk zal deze afwaardering mogelijk zijn als het vastgoed minder waard is dan de fiscale boekwaarde en het bedrijf ook nog slecht draait.

Voor beleggingsvastgoed is uitgemaakt dat de indirecte opbrengstwaarde gelijk zal zijn aan de directe opbrengstwaarde (lees marktwaarde plus aankoopkosten). In deze markt zal afwaardering dan nadrukkelijk tot de mogelijkheden behoren.

7.3.4 Aandelen in een project-BV

In de praktijk komt het veelvuldig voor dat een projectontwikkelaar zijn (potentiële) projecten inbrengt in aparte dochtervennootschappen. Daarvoor zijn diverse redenen te noemen, die variëren van een beperking van civiel juridische aansprakelijkheid tot een organisatorische scheiding tussen de diverse projecten en een fiscaal gunstige route bij het vervreemden van het project. Ook voor gezamenlijke projecten wordt regelmatig gebruik gemaakt van project-BV's (joint ventures).

Bij deelname aan een project-BV kunnen de aandelen worden gewaardeerd op kostprijs of lagere marktwaarde.

Deelnemingsvrijstelling

Een participatie van een vennootschapsbelastingplichtig lichaam (zoals een BV of NV) van 5% of meer in het nominaal gestorte kapitaal van een project-BV, wordt aangemerkt als een deelneming (art. 13 Wet Vpb 1969). Als gevolg van de deelnemingsvrijstelling leiden een uitkering van de project-BV (dividend) of een verkoopwinst bij verkoop van de aandelen in de project-BV niet tot belastbare winst bij de aandeelhouder.

Als keerzijde van de medaille kan een waardedaling van een deelneming niet ten laste van de belastbare winst worden gebracht.

Een bijzondere bepaling betreft de liquidatieverliesregeling (art. 13d Wet Vpb 1969). Op grond van deze regeling mag de moedermaatschappij bij liquidatie van de deelneming als hoofdregel een verlies ten laste van de belastbare winst brengen. Het aftrekbare liquidatieverlies is het bedrag waarmee het voor de deelneming opgeofferde bedrag de liquidatie-uitkering overtreft. Kort gezegd is het opgeofferde bedrag het bedrag dat voor de deelneming is betaald en/of als kapitaal is ingebracht. Het bedrag dat is opgeofferd voor de deelneming (inclusief de vorderingen die in aandelenkapitaal zijn omgezet), moet worden verminderd met het meegekocht dividend. Meegekocht dividend is het dividend dat wordt uitgekeerd uit de winst die ten tijde van de verwerving van de deelneming reeds aanwezig was. De deelnemingsvrijstelling is op deze dividenduitkering niet van toepassing. De dividenduitkering leidt echter niet tot winst die bij de moeder-vennootschap wordt belast, omdat de dividenduitkering wordt afgeboekt van de fiscale boekwaarde van de deelneming.

7.3.5 Onderscheid tussen bedrijfsmiddel en voorraad

De vraag of het vastgoed binnen de onderneming de plaats inneemt van voorraad, onderhanden werk of bedrijfsmiddel, is relevant voor de fiscale waardering en het tijdstip van winstneming. Maar ook voor de vraag of gebruik kan worden gemaakt van fiscale regelingen zoals (kleinschaligheids)investeringsaftrek en herinvesteringsreserve. Dergelijke faciliteiten staan alleen open voor bedrijfsmiddelen. Zoals eerder

opgemerkt, mag beleggingsvastgoed fiscaal behandeld worden als een bedrijfsmiddel. Van een pand in voorraad kan sprake zijn als het wordt gebouwd met de bedoeling om in de markt een koper te vinden. Van onderhanden werk is sprake als het pand door bijvoorbeeld een aannemer is gebouwd in opdracht van een vastgoedexploitant. Als een ondernemer een pand heeft gebouwd of heeft laten bouwen, is het als een bedrijfsmiddel aan te merken indien de ondernemer het zelf als bedrijfspand gaat gebruiken of aan derden gaat verhuren. De fiscale kwalificatie is echter niet altijd eenvoudig, zeker niet ten aanzien van het onderscheid tussen bedrijfsmiddel en voorraad. Maar in de rechtspraak zijn voorbeelden te vinden die als richtlijn kunnen dienen bij de fiscale kwalificatie van een onroerende zaak.

In de praktijk komt regelmatig de vraag op of een pand moet worden aangemerkt als bedrijfsmiddel of als voorraad. Bijvoorbeeld in de situatie dat een aannemer voor eigen risico een pand bouwt met de intentie om het pand te verkopen, het pand niet onmiddellijk na voltooiing verkoopt bij gebrek aan een koper en het tijdelijk gaat verhuren. Bij de uiteindelijke vervreemding en winstrealisatie speelt dan de vraag of de winst mag worden ondergebracht in een herinvesteringsreserve. Dat kan alleen als het pand kwalificeert als bedrijfsmiddel en niet als voorraad. In de rechtspraak is uitgemaakt dat tot de bedrijfsmiddelen huizen behoren die bedrijfsmatig (“op een wijze, waarop dit in een op huizenexploitatie gericht bedrijf pleegt te geschieden”) worden geëxploiteerd door verhuur (HR 11 maart 1953, BNB 1953/119). Het is niet nodig dat het exploiteren van die huizen ook het doel is van het desbetreffende bedrijf. Het is voldoende, dat – ongeacht de oorzaak en de beweegreden – de bedrijfsmatige exploitatie ter hand is genomen. Tijdelijke of noodgedwongen exploitatie doet daar niet aan af. Er is geen sprake van een bedrijfsmiddel als panden worden aangekocht en vervreemd met het oog op de handel daarin. Maar ook hier is een genuanceerde weging van de feiten en bedoelingen van de belastingplichtige van belang, getuige de rechtspraak van de Hoge Raad (HR 6 december 1995, BNB 1996/58). De situatie was als volgt:

In april 1988 verkoopt BV X een drie maanden daarvoor gekocht vastgoed. Zij maakt op deze transactie winst. Bovendien koopt zij in datzelfde jaar nog eens drie andere onroerende zaken, waarvan zij er vervolgens één verkoopt. De belastinginspecteur en het gerechtshof zijn van mening dat BV X niet aannemelijk heeft gemaakt dat de BV de in 1988 verkochte onroerende zaak op een bedrijfsmatige manier exploiteerde. Het gevolg is dat de onroerende zaak bij BV X niet de plaats van een bedrijfsmiddel inneemt en dat dus de vorming van een vervangingsreserve (thans herinvesteringsreserve) wordt afgewezen. De Hoge Raad is echter van mening dat tot de bedrijfsmiddelen ook de onroerende zaken behoren die zijn verworven met de overheersende bedoeling deze in de onderneming te exploiteren. De Hoge Raad laat zich niet uit over de vraag wat precies moet worden

verstaan onder de overheersende bedoeling om de onroerende zaken te exploiteren. Vaak zal van exploitatie sprake zijn als een onroerende zaak wordt verhuurd, vererfpacht, of verpacht. Voor de kwalificatie als bedrijfsmiddel of als voorraad moet dus niet alleen worden gekeken naar de feiten, maar ook naar de bedoeling van de ondernemer.

Als panden zijn gekocht om het oogmerk deze te exploiteren (als bedrijfsmiddel), maar kort daarna wordt besloten om de panden te verkopen, verliezen de panden dus niet de kwalificatie als bedrijfsmiddel. Maar dan moet er wel het voornemen tot exploitatie zijn. Van een voornemen tot exploitatie was geen sprake in de volgende situatie:

Een BV verwerft op 1 mei 1990 36 maisonnettes. Op 18 juni van dat jaar worden die doorverkocht. Weliswaar was het doel van de vennootschap het verkrijgen, beheren, exploiteren en vervreemden van onroerende zaken, maar de rechter was van mening dat het aannemelijk was dat de BV de woningen had gekocht om die weer te verkopen. Het stond namelijk vast dat de gemeente het complex had aangekocht, omdat zij signalen had ontvangen dat de BV het complex wilde uitponden.

De BV had de panden aangekocht met de bedoeling deze aan huurders te verkopen of na afloop van het huurcontract vrij van huur te verkopen. De rechter oordeelde dat het dus niet de bedoeling van de BV was om de panden in haar onderneming te exploiteren en dat een zodanige exploitatie ook niet te verwachten was. Derhalve was er geen sprake van een bedrijfsmiddel, maar van voorraad (HR16 december 1999, BNB 1999/145).

Eenzelfde oordeel onderging een onroerende-zaakproject dat bestemd was voor stuks-gewijze verkoop.

Belastingplichtige kocht 35 woningen, een winkel en 31 garages alsmede een flat met 25 appartementen. Volgens Hof 's-Gravenhage en de Hoge Raad was hier sprake van voorraad en niet van een bedrijfsmiddel aangezien de intentie bestond om alle objecten stuksgewijs te verkopen. Dat de panden nog gedurende een aantal jaren noodgedwongen werden verhuurd, deed daar niet aan af. Gezien het voorraad-karakter van de onroerende zaken kon daarop niet worden afgeschreven en kon evenmin een vervangingsreserve (thans herinvesteringsreserve) worden gevormd (HR 26 april 2000, BNB 2000/201). Overigens lijkt latere jurisprudentie in een dergelijk geval bij een tijdelijke verhuur wel afschrijving toe te staan (HR 1 april 2005, BNB 2005/208).

Inmiddels is uit de jurisprudentie ook duidelijk geworden dat als een bedrijfsmiddel vlak voor de levering gesloopt wordt (bijvoorbeeld om voor de omzetbelasting een bouwterrein te creëren), de fiscale status van het bedrijfsmiddel in beginsel niet verandert. Met de sloop verandert de fiscale status dus niet automatisch van bedrijfsmiddel naar voorraad.

Voor de praktijk zou het prettig zijn indien er concrete richtlijnen zouden zijn aan de hand waarvan de kwalificatie als voorraad of bedrijfsmiddel zou kunnen worden gemaakt. In een procedure bij Hof Arnhem (28 november 2002, nr. 00/02079, V-N 2003/12.2.9) heeft het Hof de volgende factoren gehanteerd bij het bepalen of onroerende zaken behoren tot de bedrijfsmiddelen of de voorraad:

- het tijdsverloop tussen het verwerven en het afstoten van het activum (relatief kort bij voorraad, relatief lang bij bedrijfsmiddelen);
- de hoogte van de boekwinst (relatief hoge boekwinst bij voorraad, relatief lage boekwinst bij bedrijfsmiddelen);
- de bezettingsgraad in combinatie met de hoogte van de huur.

Op basis van deze criteria komt het Hof bij vier panden tot de kwalificatie bedrijfsmiddel. Bij deze panden was sprake van een bezitsduur van minimaal drie jaar, was een (zeer) beperkte boekwinst behaald bij verkoop of zelfs een verlies geleden en was (veelal) sprake van een hoge bezettingsgraad. De overige panden werden door het Hof gekwalificeerd als voorraad. In cassatie heeft de Hoge Raad de bovengenoemde criteria van het Hof niet weerlegd, maar ook niet overgenomen in zijn eigen argumentatie. Op dit punt blijft dus onzekerheid bestaan.

Wel maakt de Hoge Raad een onderscheid tussen de vraag of op de onroerende zaken kan worden afgeschreven en de vraag of bij verkoop een herinvesteringsreserve kan worden gevormd. Daarbij geeft de Hoge Raad het begrip 'bedrijfsmiddel' een dualistisch karakter. Ook al is het doel van een onderneming ten aanzien van in haar bezit zijnde onroerende zaken deze binnen afzienbare tijd met winst te verkopen, dan kan die onderneming tevens, in afwachting van dat moment, deze zaken opbrengstgevend gebruiken. Die onroerende zaken hebben volgens de Hoge Raad dan de in de onderneming tegelijkertijd kenmerken van voorraad en van bedrijfsmiddel in de zin van het fiscale jaarwinstbegrip. Afschrijving werd door de Hoge Raad toegestaan, het vormen van een herinvesteringsreserve bij verkoop was niet mogelijk (HR 1 april 2005, BNB 2005/208).

7.4 Kosten gedurende het bouwproces

In paragraaf 7.1 is een beknopt overzicht opgenomen van de verschillende fasen van het bouwproces. Deze verschillende fasen brengen hun eigen kosten met zich mee. Fiscaal komt dan de vraag op of die kosten direct ten laste van de winst mogen worden gebracht, of dat de kosten moeten worden geactiveerd en feitelijk pas ten laste van de belastbare winst komen zodra ook de opbrengst wordt genoten. Hieronder wordt gekeken naar de fiscale behandeling van een aantal specifieke kostenposten waar een aannemer of projectontwikkelaar tegenaan kan lopen. Het geeft een globale indicatie. Ook is het denkbaar dat tijdens een bouwproces al een opbrengst wordt genoten. Ook daar wordt kort bij stilgestaan.

Overigens moet onderscheid worden gemaakt tussen de kwalificatie als onderhanden werk, bedrijfsmiddel en voorraad. Indien ten aanzien van het project sprake is van onderhanden werk, mogen alle kosten die worden gemaakt met betrekking tot het project direct ten laste van de belastbare winst worden gebracht (tenzij de kosten onder een specifieke aftrekbeperking vallen). Daar staat tegenover dat de overeengekomen vergoeding moet worden geactiveerd en dat de kosten effectief gedurende de looptijd van het project ten laste van de belastbare winst komen (zie voor een voorbeeld par. 7.3.2).

Indien het project kwalificeert als bedrijfsmiddel of voorraad, hangt het van de aard van de kosten af of deze direct aftrekbaar zijn, of dat deze moeten worden geactiveerd. De onderstaande uitwerking is van toepassing voor projecten die kwalificeren als bedrijfsmiddel (onroerende zaak bestemd voor eigen gebruik of voor exploitatie) of als voorraad (onroerende zaak bestemd voor verkoop).

7.4.1 Startfase

In de startfase komt een idee voor een bouwwerk tot ontwikkeling. Het wordt verder uitgewerkt en er worden contacten gelegd met diverse marktpartijen (overheid, eigenaren). De vraagzijde van de markt wordt verkend.

Ontwikkelkosten

Ontwikkelkosten zijn de kosten die worden gemaakt om een idee om te zetten in een concreet bouwplan of bouwconcept. Ontwikkelkosten die samenhangen met een specifiek project, moeten worden geactiveerd als kosten van dat project indien aannemelijk is dat deze kosten in de toekomst zullen worden terugverdiend. Als de ontwikkelkosten verbonden zijn aan een specifiek project dat aan het einde van het boekjaar geen doorgang heeft gevonden, blijft activering achterwege en komen de ontwikkelkosten in één keer ten laste van de winst.

Acquisitiekosten

Acquisitiekosten zijn kosten die zijn gemaakt voor het verkrijgen van opdrachten. In het algemeen zullen zij bij voorbaat niet zijn verbonden aan een specifiek project. Weliswaar leidt een geslaagde acquisitie tot een specifiek project, maar de acquisitiekosten zijn daarmee veelal niet zodanig verweven dat zij als directe kosten zijn aan te merken. Als de acquisitiekosten niet direct samenhangen met een specifiek project, komen zij in één keer ten laste van de winst. Acquisitiekosten die wel verband houden met een specifiek project, dienen te worden geactiveerd als kosten van het project, indien aanmerkelijk is dat deze kosten in de toekomst zullen worden terugverdiend.

Steekpenningen

Uitgaven die nodig zijn voor de uitoefening van een beroep of een bedrijf en die rechtstreeks daarop betrekking hebben, zijn in beginsel fiscaal aftrekbaar. Steekpenningen en dergelijke uitgaven komen hiervoor in principe ook in aanmerking. Bepalend is dat onder 'kosten, rechtstreeks op het bedrijf betrekking hebbende' uitgaven worden verstaan die zijn gedaan met het oog op de zakelijke belangen van het bedrijf, ook al zijn zij voor de uitoefening van het bedrijf niet noodzakelijk geweest (vergelijk HR 31 december 1958, BNB 1959/67). Aanvankelijk gold dat als de betaling van steekpenningen resulteerde in een strafrechtelijke veroordeling of in een transactie met het Openbaar ministerie ter voorkoming van strafvervolgning, de kosten die met de betaling van de steekpenningen gemoeid waren, niet aftrekbaar waren. Sinds 1 augustus 2006 geldt meer in het algemeen dat steekpenningen niet aftrekbaar zijn indien blijkt dat sprake is van een strafbaar feit (art. 3.14, lid 1, onderdeel h, Wet IB 2001).

Een strafrechtelijke vervolging of schikking is niet noodzakelijk voor de inspecteur om de aftrek van steekpenningen te weigeren. De fiscus kan de aftrek van kosten weigeren indien hij aantoont dat de opgevoerde kosten bestaan uit betaalde steekpenningen. Hiermee is de Nederlandse wetgeving op één lijn gebracht met wetgeving in de meeste OESO-landen, waar de fiscale behandeling van steekpenningen niet afhankelijk is gesteld van een strafrechtelijke veroordeling of schikking. Voor zover steekpenningen betrekking hebben op een concreet project, zouden deze moeten worden geactiveerd. Gezien het feit dat deze kosten van aftrek zijn uitgesloten, ligt het voor de hand dat activering achterwege blijft en dat de steekpenningen als niet-geactiveerde uitgaven worden geboekt, zonder dat deze fiscaal in aftrek kunnen worden gebracht. Een alternatieve benadering zou zijn: wel activeren maar bij de bepaling van de winst op het project nadat het project is opgeleverd, dienen de betaalde steekpenningen te worden geëlimineerd en dient de winst in zoverre met dit bedrag te worden verhoogd.

NMa-boetes

Begin 2011 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) opgelegde boeten wegens overtreding van het kartelverbod niet aftrekbaar zijn (HR 7 januari 2011, V-N 2011/3.13). In de betreffende zaak had belanghebbende nog

betoogd dat de door de NMa opgelegde boete (mede) een voordeelontnemend karakter heeft en dat het bedrag van de voordeelontneming aftrekbaar is. Dit standpunt werd echter niet gevolgd door de Hoge Raad. De Hoge Raad wijst er daarentegen op dat de boete is gericht op bestraffing van de persoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend. De omstandigheid dat bij het opleggen van de boete mede met de bij de overtreding betrokken omzet rekening kan worden gehouden, maakt dit volgens de Hoge Raad niet anders. Het ligt namelijk in de rede dat mede die omzet in aanmerking wordt genomen bij het bepalen van de ernst van de overtreding die met de boete wordt bestraft.

Uit een arrest van de Hoge Raad uit 2011 (HR NTFR 2011/1921) valt af te leiden dat de Hoge Raad van mening is dat ook door de Europese Commissie opgelegde mededingingsboetes niet aftrekbaar zijn.

Optiekosten

De vergoeding die wordt betaald om een bepaald perceel of een bepaald pand tegen een overeengekomen prijs te mogen kopen, is onderdeel van de verkrijgingsprijs van dat object. Deze optiekosten, ook wel verkrijgingsvergoeding of verkrijgingsrente genoemd, moeten bij verkrijging van de grond of het pand worden geactiveerd. Het is niet toegestaan de optiekosten rechtstreeks ten laste van het resultaat te brengen. Dit is slechts anders als de verwerving van het object en het daarmee samenhangende project niet doorgaat. De optiekosten kunnen dan in één keer ten laste van het resultaat komen.

Bodemonderzoek

De kosten van bodemonderzoek (bijvoorbeeld het nemen van monsters) kunnen betrekking hebben op grond die al is verworven, maar ook op grond die nog niet is verworven. De kosten van een bodemonderzoek dat is uitgevoerd voordat verwerving van de grond een feit was, kunnen in één keer ten laste van het resultaat worden gebracht als de verwerving uiteindelijk niet doorgaat. Wordt de grond wel verworven, dan hangen de kosten van het bodemonderzoek zo nauw samen met de verwerving, dat zij moeten worden geactiveerd als onderdeel van de verwervingskosten van de grond. Bodemonderzoekskosten die gemaakt worden nadat de grond is verworven, maken deel uit van de rechtstreekse kosten ter realisering van het geplande bouwwerk en moeten worden geactiveerd. Bij aankoop van vervuilde grond, waarvan de aannemer of projectontwikkelaar wist, of kon weten, dat die vervuild was en waarvoor hij daarom een lagere prijs heeft betaald dan voor vergelijkbare grond in onvervuilde staat, zullen de kosten van de sanering moeten worden geactiveerd als onderdeel van de kosten die zijn gemaakt ten behoeve van het geplande werk.

Subsidies

In het algemeen zijn de uiteindelijke verkrijgers (bijvoorbeeld de kopers) van het te

realiseren bouwplan degenen die recht hebben op een subsidie die aan een bouwproject is verbonden. Als de aannemer of projectontwikkelaar recht heeft op een subsidie, moet worden nagegaan waarop die subsidie betrekking heeft.

Ontvangen objectsubsidies dient men af te boeken op de kostprijs van de werken waarop zij betrekking hebben. De periode tussen het toekennen en het uiteindelijk ontvangen van de subsidie noodzaakt niet altijd tot het direct activeren van de toezegging. Er kan namelijk sprake zijn van een voorwaardelijke toezegging, waarvan de voorwaarden nog niet zijn vervuld. Van een onvoorwaardelijk recht op de subsidie is dan nog geen sprake. Subsidies met betrekking tot het gebruik van bepaalde materialen of arbeid dient men af te boeken van de kostprijs van het materiaal of de arbeid. Voorbeelden zijn prijssubsidies op milieuvriendelijke materialen of loonsubsidies voor bepaalde arbeidskrachten.

Een eventuele VAMIL subsidie voor milieuvriendelijke investeringen levert een eenmalige extra fiscale afschrijving op en verandert daarmee, naar zijn aard, de fiscale boekwaarde van een bedrijfsmiddel.

Eventuele EIA- en MIA-subsidietoezeggingen beïnvloeden de fiscale boekwaarde van een bedrijfsmiddel niet. Deze extracomptabele aftrekposten voor energie- of milieuvriendelijke investeringen veranderen slechts het te betalen bedrag aan belastingen.

Onverrekenbare btw en overdrachtsbelasting

Verrekenbare btw heeft geen invloed op de fiscale balans. Indien een ondernemer louter btw belaste prestaties verricht zal zijn commerciële en fiscale boekhouding louter bedragen ex btw bevatten.

Indien echter de btw die betaald wordt bij aanschaf van een goed niet verrekenbaar is, zal deze omzetbelasting wel geactiveerd moeten worden. Dit zelfde geldt ook voor eventuele overdrachtbelasting die een ondernemer moet betalen bij de aanschaf van een onroerende zaak, ook deze moet geactiveerd worden.

Advieskosten

Kosten die zijn gemaakt voor het inschakelen van externe adviseurs, moeten worden verdeeld in kosten die betrekking hebben op een specifiek project en kosten die losstaan van de omvang van de gemaakte productie. Kosten die verbonden zijn aan een specifiek project, moeten worden geactiveerd. Het is mogelijk deze kosten per saldo rechtstreeks ten laste van het resultaat te brengen als het project geen doorgang vindt. Advieskosten die betrekking hebben op de algemene organisatie van het bedrijf, behoeven niet te worden geactiveerd en kunnen ineens ten laste van het resultaat worden gebracht.

7.4.2 Realisatiefase

De realisatiefase begint op het moment waarop de uitvoering van de gemaakte bouwplannen daadwerkelijk aanvangt. Dit betekent niet dat alle plannen tot in extensie uitgewerkt moeten zijn.

Aankoop terrein

Als een projectontwikkelaar een terrein aankoopt, kan hij soms de keuze maken tussen aankoop van de grond zelf en aankoop van aandelen in een BV die de grond bezit. In sommige situaties speelt naast de winstbelasting (inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting) ook de mogelijke vermindering van overdrachtsbelasting een rol bij het al dan niet aankopen van aandelen van een 'grond-BV'. De verkoop van de grond zelf zal er bij de verkoper toe leiden dat het verschil tussen de ontvangen verkoopprijs en de fiscale boekwaarde in de belastbare winst valt in geval van een onderneming. Is de verkoper een BV, dan moet zij maximaal 25% vennootschapsbelasting betalen over het verschil tussen verkoopprijs en boekwaarde. Een uitzondering hierop is de situatie waarin de verkoper een herinvesteringsreserve kan vormen. Dat is alleen mogelijk als er sprake is van een bedrijfsmiddel en de verkoper een voornemen heeft om te herinvesteren in een ander bedrijfsmiddel. Een andere uitzondering op de fiscale afrekening over het verschil tussen boekwaarde en verkoopprijs is mogelijk het benutten van de landbouwwijziging.

Aankoop grond-BV

Behalve de grond kan de projectontwikkelaar ook aandelen kopen van de BV die eigenaar is van de grond. Fiscaal kan een dergelijke transactie interessant zijn, omdat de verkopende BV dan in het algemeen geen 25% vennootschapsbelasting hoeft af te dragen over het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer en de boekwaarde van de grond (vanwege de deelnemingsvrijstelling).

Belastinglatentie

Als de prijs voor de aandelen in de BV wordt vastgesteld, zal de koper van de aandelen rekening willen houden met de belasting die de BV in de toekomst moet betalen over het verschil tussen de boekwaarde en de waarde die de onroerende zaak in het economisch verkeer heeft (de latente vennootschapsbelasting). Het verschil tussen de contante waarde en de nominale waarde van de latente belasting is de financiële onderhandelingsruimte tussen de projectontwikkelaar en de verkoper. Deze tussen partijen uitonderhandelde belastinglatentie zal dienen als korting op de overnameprijs van de aandelen.

Bij de vaststelling van de koopsom voor de aandelen wordt dus rekening gehouden met een belastinglatentie. Zou de projectontwikkelaar de grond onmiddellijk doorverkopen aan een derde, dan is over het verschil tussen de verkoopprijs en de fiscale boekwaarde van de grond vennootschapsbelasting verschuldigd. Wordt de grond pas later

doorverkocht, dan leidt dat weliswaar ook tot vennootschapsbelasting, maar pas op een later moment. Feitelijk is dat uitstel van betaling van de vennootschapsbelasting. De grondeigenaar realiseert met dit uitstel een rentevoordeel dat een lagere latentie rechtvaardigt. Als de belastingtarieven dalen, realiseert de grondeigenaar met de belastinguitstel overigens ook een tariefvoordeel. Als het tarief stijgt, kan het tariefvoordeel echter omslaan in een tariefnadeel.

Bij deze onderhandelingen tussen verkoper en koper zal de verkoper ook nog kunnen inbrengen dat als het gekochte bij de koper als een bedrijfsmiddel kan worden aangemerkt, de koper bij een toekomstige verkoop van het vastgoed nog een herinvesteringsreserve (HIR) kan vormen, waardoor ook bij de toekomstige verkoop veelal ook niet over de fiscale stille reserve afgerekend hoeft te worden.

Ook zal de verkoper kunnen inbrengen dat de latente fiscale afrekening door de koper van de aandelen ook verder naar de toekomst geschoven kan worden als ook de koper niet het vastgoed verkoopt, maar ook de aandelen van de vennootschap.

Hiervoor werd al geschreven over de fiscale onderhandelingsruimte voor de bepaling van een belastinglatentie. Deze onderhandelingen staan los van de waardering van de fiscale latentie in de commerciële jaarrekening van de BV. Volgens de IFRS regels bijvoorbeeld, moet een fiscale latentie vaak voor de nominale waarde (dus veelal 25% van de fiscale stille reserve) gepassiveerd worden. Het zal duidelijk zijn dat deze benadering een gunstig uitgangspunt zal vormen voor een koper, maar niet acceptabel is en hoeft te zijn voor de verkoper van de aandelen.

Voorbeeld: aankoop van een grond-BV

BV A heeft 100% van de aandelen in BV B. BV A heeft de aandelen in BV B fiscaal gewaardeerd voor € 50.000 (kostprijs). BV B heeft als enige bezitting een perceel grond met daarop enkele oude opstallen. De waarde van de grond met opstallen in het economisch verkeer bedraagt € 1.300.000. De fiscale boekwaarde bedraagt echter slechts € 300.000. Projectontwikkelaar BV C wil het perceel grond verwerven. Als BV C de grond van BV B koopt, gelden (als we ervan uitgaan dat BV B geen herinvesteringsreserve kan vormen) na belastingheffing de volgende situaties.

Situatie 1: BV C koopt grond van BV B; fiscale gevolgen voor BV B

Koopprijs	€ 1.300.000
Fiscale boekwaarde	€ 300.000
Fiscale boekwinst	€ 1.000.000
Vennootschapsbelasting (stel 25%)	€ 250.000
Netto verkoopopbrengst	€ 1.050.000

Situatie II: BV C koopt de aandelen in BV B van BV A; fiscale gevolgen voor BV A

Koopprijs	€ 1.300.000
Fiscale boekwaarde	€ 50.000
Fiscale boekwinst	€ 1.250.000
Vennootschapsbelasting (deelnemingsvrijstelling)	€ 0
Netto verkoopopbrengst	€ 1.300.000

In situatie 2 blijft de fiscale boekwaarde van de onroerende zaken € 300.000 BV B. In BV B zit daardoor een potentiële vennootschapsbelastingclaim van € 250.000. BV C zal dus geen € 1.300.000 voor de aandelen in BV B willen betalen. Als BV C de vennootschapsbelastingclaim in BV B stelt op 100% van de nominale waarde, zal BV C maximaal € 1.050.000 voor de aandelen BV B willen betalen. In een dergelijke situatie is er echter voor BV A geen financieel voordeel meer om de aandelen te verkopen in plaats van enkel de grond.

Stel dat BV C voorziet dat zij precies een jaar bezig zal zijn om het beoogde project te voltooien en dat de jaarrente 4% bedraagt. Als BV C de aandelen BV B koopt en de vennootschapsbelastingclaim een jaar opschuift, wordt het te betalen bedrag aan vennootschapsbelasting gewaardeerd op 96,15% van € 250.000, te weten € 240.375. BV C zal dan bereid zijn om een bedrag te betalen tussen de € 1.059.625 (€ 1.300.000 minus € 240.375) en € 1.050.000 (€ 1.300.000 minus € 250.000).

Een vergelijkbare rekensom is te maken met als uitgangspunt dat BV B op een ander tijdstip, of zelfs nooit, vennootschapsbelasting over de meerwaarde van de grond hoeft te betalen. Afhankelijk van de mogelijkheden van BV A (geen herinvesteringsreserve, wel deelnemingsvrijstelling) en BV C (hoe lang kan de vennootschapsbelastingclaim in BV B worden uitgesteld?) varieert de prijs voor de aandelen BV B tussen de twee extremen, te weten € 1.050.000 en € 1.300.000. Het eerstgenoemde bedrag (€ 1.050.000) gaat uit van een onmiddellijke realisatie van de meerwaarde in BV B. Het laatstgenoemde bedrag (€ 1.300.000) gaat uit van de mogelijkheid dat de meerwaarde in BV B niet te gelde wordt gemaakt.

Indien partijen het er over eens zouden worden dat de belastinglatentie 10% van de fiscale stille reserves zou zijn, dan kan de prijs voor de aandelen aan de hand van de volgende prijsbepalende balans berekend worden op 1.200.000.

Prijsbepalende balans, alle activa/passiva gewaardeerd tegen marktwaarde

Onroerende zaken	1.300.000	aandelenprijs	1.200.000
		Belastinglatentie:	
		10% van (1.300.000-300.000)	100.000
	1.300.000		1.300.000

Deze prijsbepalende balans wordt berekend op het moment van afgesproken datum van afrekening, waarbij alle activa en passiva op de overeengekomen waarden/prijzen worden gesteld. Deze balans zal naar zijn aard niet gelijk zijn aan de jaarrekening.

- 1 In een jaarrekening zal niet altijd alle activa en passiva op de overeengekomen actuele waarden gewaardeerd zijn.
- 2) Als de aandelen gedurende het jaar overgedragen wordt zal er veelal ook nog een verrekening afgesproken worden van de sinds balansdatum behaalde resultaten.

Aankoop vastgoedplannen

Wanneer een terrein (met de eventueel daarop geplaatste opstallen) wordt aangekocht, kan het voorkomen dat voor het terrein reeds een ontwikkelingsplan is opgesteld. De verkoper zal de kosten die hij voor dat plan heeft gemaakt, graag vergoed willen zien. Hij kan bijvoorbeeld de kostprijs van het perceel verhogen. Ook kan een eigen waarde aan het ontwikkelingsplan worden toegekend, naast de waarde van de grond. In het algemeen zal de koopsom van het plan aan de kostprijs van de grond moeten worden toegerekend. Dat is ook het geval indien het plan alleen wordt gekocht omdat anders de grond niet kan worden verworven.

Ruil grondpositie/bouwclaim

In de praktijk komt het voor dat een aannemer of projectontwikkelaar grond heeft in een gebied dat de gemeente bestemd heeft voor woningbouw of waar zij een bedrijventerrein wil aanleggen (bijvoorbeeld op VINEX-locaties). Indien de aannemer of projectontwikkelaar aan de gemeente de grond overdraagt tegen een bepaalde (meestal lage) prijs, verkrijgt hij (meestal) de toezegging in de toekomst een aantal huizen of bedrijfslocaties te mogen bouwen. Fiscaal leidt de ruil tot de vraag in hoeverre de ondernemer op basis van goed koopmansgebruik winst of verlies moet nemen. In beginsel kunnen zich drie situaties voordoen als de ondernemer de grond overdraagt aan de gemeente in ruil voor de genoemde toezegging.

1. De waarde van de bouwclaim en de ontvangen prijs is lager dan de prijs waarvoor de ondernemer de grond heeft verkregen. Bijvoorbeeld: de grond is verkregen voor 100 en wordt aan de gemeente geleverd voor 10, terwijl de bouwclaim 60 waard is, de prijs die een onafhankelijke derde daarvoor zou willen betalen. Fiscaal gezien

is dan sprake van een verlies. Dat verlies mag echter niet zonder meer direct ten laste van het resultaat worden gebracht. Dat kan alleen indien de transactie tussen de ondernemer en de gemeente los mag worden gezien van de rest van het te verwezenlijken project. Veelal zal echter een onlosmakelijke samenhang bestaan waardoor dan geen sprake is van een verlies maar van een noodzakelijke investering om de winst van het project te verkrijgen.

Opgemerkt zij dat het niet zo is dat de waarde van de bouwclaim zonder meer op een laag bedrag of nihil kan worden gesteld, omdat het nog niet volledig vaststaat dat een bepaalde winst is te verwachten. Een projectontwikkelaar wil immers een zo gunstig mogelijke transactie aangaan.

Derhalve zal het uitgangspunt veelal zijn dat de waarde van de bouwclaim en de ontvangen prijs ten minste gelijk zal zijn aan de verkrijging van de grond. Dat besliste ook de Hoge Raad (HR 9 juli 2004, BNB 2004/395). Dat betekent dat alleen in uitzonderlijke situaties verlies nemen aan de orde kan komen. Daarbij kunnen we denken aan onverwachte en ongunstige wijzigingen in het bestemmingsplan, nieuwe ongunstige gegevens over grondkwaliteit, een evidente commerciële misslag en dergelijke.

2. De waarde van de bouwclaim en de ontvangen prijs is gelijk aan de prijs waarvoor de ondernemer de grond verkreeg. De grond is bijvoorbeeld verkregen voor 100 en wordt geleverd aan de gemeente voor 40, terwijl de bouwclaim 60 waard is. Het fiscale gevolg is dat er geen sprake is van fiscale winst of fiscaal verlies. We spreken hier van een fiscaal neutrale situatie. De bouwclaim zal gewaardeerd worden op 60.
3. De waarde van de bouwclaim en de ontvangen prijs is hoger dan de prijs waarvoor de projectontwikkelaar de grond verkreeg. Stel de grond is bijvoorbeeld verkregen voor 100 en wordt aan de gemeente geleverd voor 75, terwijl de bouwclaim 60 waard is. Als de berekening van de waarde van de bouwclaim met grote onzekerheden is omgeven, mag deze voorzichtigheidshalve worden gewaardeerd op bijvoorbeeld 25.

De vraag is evenwel in hoeverre het ruilen van grond tegen een bouwclaim (plus een aanvullende prijs) als 'fiscaal realiseren van resultaat' kan worden aangemerkt. Omdat voor elke ruiltransactie moet worden vastgesteld of sprake is van winstrealisatie, zal de winst in beginsel als gerealiseerd moeten worden aangemerkt. De feiten en omstandigheden zijn daarvoor erg belangrijk. Het is ook mogelijk om het standpunt in te nemen dat de winstneming mag worden uitgesteld tot het moment waarop het bouwwerk wordt verkocht. In dat geval wordt ervan uitgegaan dat de ruil plaatsvindt op de 'inkoopmarkt' van de bouwondernemer. De ruil is gericht op de bouwproductie, zodat ruil niet (direct) tot winst hoeft te leiden. Dit is slechts anders als de ondernemer als onderdeel van zijn activiteiten met derden in bouwclaims handelt. In dat geval zou er bij ruil wel sprake kunnen zijn van winst, aangezien de bouwclaim wordt vervreemd op de 'verkoopmarkt'.

Waardering van de grond en van het bouwrecht

Interessant is in dit verband het eerdergenoemde arrest HR 9 juli 2004, BNB 2004/395 betreffende een projectontwikkelaar die zogenoemde strategische gronden koopt. Dit zijn gronden die bij aankoop veelal nog een agrarische bestemming hebben en op strategische plaatsen zijn gesitueerd. De gronden worden na verloop van tijd meestal voor een bedrag beneden de kostprijs verkocht aan de gemeente waarin ze zijn gelegen, in ruil voor het recht om in die gemeente een aantal huizen te kunnen bouwen en te verkopen (bouwclaim). In het betreffende arrest werden de gronden als voorraad gekwalificeerd en wenste belanghebbende deze beneden de kostprijs te waarderen. De Hoge Raad stond dit niet toe. Allereerst is de markt voor deze gronden niet de 'agrarische markt' maar de markt van projectontwikkelaars. Bij verkoop van de gronden zal tevens de waarde van de verkregen bouwclaim in aanmerking moeten worden genomen. Van een afwaardering van het verkregen recht kon volgens de Hoge Raad pas sprake zijn indien de waarde van het recht was gedaald door ten tijde van de verkoop niet voorzienbare feiten en omstandigheden die zich nadien hebben voorgedaan.

Een projectontwikkelaar die - vóór de vastgoedcrisis begon - grond en bouwclaims heeft verworven, zal derhalve thans zijn voorraadposities mogen afwaarderen. Dit omdat door de - destijds niet voorzienbare - marktontwikkelingen van de laatste jaren, de waarde zijn grond en bouwclaims vaak lager zal zijn dan de aanschafwaarde van zijn grond en bouwclaims.

Sloopkosten

De sloopkosten van de bestaande opstallen moeten als onderdeel van de voortbrengingskosten worden geactiveerd. Als iemand een perceel met opstallen verwerft en de opstallen wil slopen om de grond vrij te maken, maakt de waarde van de oude opstallen en de sloopkosten deel uit van de kostprijs van de ondergrond (HR 11 mei 1983, BNB 1983/259). Ook in HR 28 oktober 1992, BNB 1993/37 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat indien een bestaand gebouw is gekocht en vervolgens wordt gesloopt ter wille van de stichting van een nieuw gebouw, de kostprijs van het aldus verkregen nieuwe bedrijfsmiddel wordt gevormd door de boekwaarde van het opgeofferde gebouw met inbegrip van de grond, vermeerderd met hetgeen overigens aan de bouw ten koste is gelegd. De sloopkosten van een reeds in bezit zijnd bedrijfsmiddel, gevolgd door de bouw van een vervangend bedrijfsmiddel, worden fiscaal wellicht anders behandeld.

Een voorbeeld hiervan is de vervanging van twee oude warenhuizen van een glas tuinbouwbedrijf door een nieuw warenhuis. Wanneer het nieuwe gebouw van vrijwel dezelfde omvang is als de gesloopte warenhuizen tezamen, hoeft de boekwaarde of de bedrijfswaarde van de vervangen warenhuizen niet aan de kostprijs van het nieuwe bedrijfsmiddel te worden toegerekend (HR 21 april 1993, BNB 1993/240). Het is echter onduidelijk of hieruit een algemene regel kan worden afgeleid.

Kosten verleggen kabels en leidingen

Kabels en leidingen worden verlegd (of gelegd) om een bepaalde perceel te kunnen bebouwen, bouwrijp te maken. De kosten daarvoor worden in het algemeen gemaakt voor een specifiek bouwwerk en dienen als kosten van het bouwwerk te worden geactiveerd.

Kosten en opbrengsten van noodvoorzieningen

Als een project op een reeds bestaande locatie wordt gerealiseerd, kan het gebeuren dat de bouwondernemer gehouden is te zorgen voor noodvoorzieningen. In beginsel maken de kosten voor deze noodvoorzieningen deel uit van de te activeren kosten. Een voorbeeld is een 'noodtrottoir', als het echte trottoir moet worden opengebroken in verband met werkzaamheden aan de fundering.

In sommige gevallen zullen de gebruikers van de noodvoorzieningen hiervoor een vergoeding betalen aan de projectontwikkelaar. Een voorbeeld: het aanleggen van noodwinkels, waarbij de winkeliers een zekere vergoeding moeten betalen die evenwel niet alle kosten dekt die gemaakt moeten worden voor de bouw van de tijdelijke winkelruimte.

Discussie kan zich voordoen over de vraag of:

- de kosten voor de noodwinkels moeten worden geactiveerd en de vergoedingen voor het gebruik daarop moeten worden afgeboekt;
- de kosten en de opbrengsten van de noodwinkels direct in de winst- en verliesrekening kunnen worden opgenomen, waardoor het verlies meteen wordt genomen.

Financieringskosten

Bij zelf vervaardigde bedrijfsmiddelen moeten de financieringskosten worden geactiveerd als kostprijs of voortbrengingskosten van dat bedrijfsmiddel (HR 2 april 1969, BNB 1969/108 en HR 24 januari 1990, BNB 1990/103).

Voorbeeld: financieringskosten bedrijfsmiddel

Een aannemer die tevens bedrijfsmatig exploitant is van vastgoed, bouwt een aantal flats en loodsen voor eigen exploitatie (verhuur) met behulp van een krediet dat onder hypothecair verband is verstrekt. De rente die tijdens de bouw verschuldigd is over gelden die successievelijk zijn opgenomen tijdens de bouw, behoort tot de voortbrengingskosten en moet worden geactiveerd.

Bij zelf vervaardigde voorraad lijkt het er op dat de financieringskosten niet hoeven te worden geactiveerd. Hierbij zou aansluiting kunnen worden gevonden bij de rechtspraak over de aftrek van financieringskosten van onderhanden werk (onder het tot 1 januari 2007 geldende fiscale regime voor onderhanden werk).

Voorbeeld: financieringskosten voorraad

Ten behoeve van de uitvoering van een bouwproject (bestemd voor de verkoop), koopt een aannemer grond aan van de gemeente. Hij sluit daarvoor een hypothecaire lening met een bank. De hypothecaire lening, waarvan de hoofdsom is afgestemd op de waarde van de in hypotheek gegeven grond, is afgesloten omstreeks dezelfde tijd als waarin de grond werd verworven. De Belastingdienst zou zich op het standpunt kunnen stellen dat de betaalde rente moet worden geactiveerd als financieringskosten die aanwijsbaar samenhangen met bouwprojecten. De Hoge Raad oordeelde echter dat zulke financieringskosten in geval van onderhanden werk naar hun aard niet behoren tot de kosten die door de productie worden opgeroepen.

Met betrekking tot dergelijke financieringskosten eiste goed koopmansgebruik niet dat zij bij de waardering van onderhanden werken in de balans tot de kostprijs van die werken werden gerekend (HR 3 maart 1982, BNB 1982/169). De rente die op de onderhavige leningen was betaald, behoeft dus niet geactiveerd te worden. Dit kan worden doorgetrokken naar de financieringskosten voor een zelf te vervaardigen voorraad.

7.4.3 Verkoopfase

De verkoopfase is de fase waarin (een gedeelte van) het vastgoed wordt verkocht aan de uiteindelijke afnemer.

Kosten oplevering

Bij de materiële oplevering zal de winst worden genomen. In voorkomende gevallen vindt er na de eerste oplevering, bijvoorbeeld naar aanleiding van de opmerkingen van de uiteindelijke verkrijger, een tweede oplevering plaats. De kosten van deze tweede oplevering zullen bij het bepalen van het resultaat bij de eerste oplevering zo goed mogelijk moeten worden geschat. Zij vormen op het moment dat de winst moet worden genomen een latente verplichting die in mindering komt op het resultaat.

Blijkt na de tweede oplevering dat de omvang van de verplichting te laag is geschat – met andere woorden: de kosten die werden gemaakt voor de tweede oplevering, vielen hoger uit – dan leidt dat tot een te nemen verlies. In de omgekeerde situatie waarbij de kosten voor de tweede oplevering te hoog werden geschat, leidt dat tot een extra positief resultaat.

Verkoop pand of BV

Als een object voltooid is, doet zich de vraag voor, evenals bij de verkrijging van de grond, of het fiscaal aantrekkelijk is het object zelf te verkopen, dan wel de aandelen te verkopen van de BV die eigenaar is van het object (denk aan het gebruik van een project-BV). Bepalend voor deze keuze is, in hoeverre in het gerealiseerde object stille

reserves aanwezig zijn. Een stille reserve is het verschil tussen de boekwaarde van het object en de waarde ervan in het economisch verkeer. Is er geen stille reserve aanwezig, dan zal er vanuit fiscale optiek geen aanleiding zijn de aandelen in de BV te verkopen. Zijn er wel stille reserves aanwezig, dan zal de verkrijger de daarop rustende potentiële fiscale claim moeten schatten. De schatting van deze claim komt in het volgende praktijkvoorbeeld ter sprake.

Voorbeeld: verkoop pand of aandelen in BV?

Projectontwikkelaar BV C houdt alle aandelen in BV B. BV B heeft een pand met ondergrond met een totale waarde van € 2,3 mln. De fiscale boekwaarde van het vastgoed bedraagt € 1,35 mln. Het totale plaatje is als volgt:

	opstal	grond	totaal
Voortbrengingskosten/kostprijs	€ 0,70 mln	€ 0,65 mln	€ 1,35 mln
Waarde in het economisch verkeer	€ 1,00 mln	€ 1,30 mln	€ 2,30 mln
Stille reserves	€ 0,30 mln	€ 0,65 mln	€ 0,95 mln

De fiscale boekwaarde is op dat moment bij BV B gelijk aan de kostprijs van het pand met ondergrond. BV D wil het pand en de grond verwerven tegen de waarde in het economisch verkeer:

€ 2,3 mln. BV D is van plan het pand zelf te gebruiken. Koopt BV D het pand rechtstreeks, dan ontvangt BV B € 2,3 mln. BV B betaalt vervolgens 25% vennootschapsbelasting over de stille reserves van € 0,95 mln, zodat uiteindelijk € 2,0625 mln. resteert. Dit kan als gevolg van de deelnemingsvrijstelling in het algemeen zonder verdere belastingheffing worden uitgedeeld aan BV C. BV D kan vervolgens afschrijven over haar kostprijs van € 2,3 mln. Echter, dit latente fiscale voordeel voor de koper van het vastgoed wordt sterk ingeperkt door de afschrijvingsbeperkingen die sinds 2007 van kracht zijn (zie par. 4.3.6 van dit boek). Koopt BV D de aandelen in de BV, dan neemt zij ook de belastinglatentie van 0-25% over de stille reserves over (zie par. 7.4.2. van dit boek). Hierdoor zal BV D vermoedelijk minder voor de aandelen willen betalen dan de waarde van € 2,3 mln van het vastgoed.

Garantieverblijdingen

Garantieverblijdingen kunnen worden onderverdeeld in verblijdingen die rechtstreeks voortvloeiën uit het contract en de garantieverblijdingen die niet rechtstreeks in het contract staan, maar die wel gebruikelijk zijn in de branche. De garantieverblijdingen die uit de koopovereenkomst voortvloeiën, zullen moeten worden geschat. Hiervoor kan een bouw- of projectontwikkelaar gebruik maken van de ervaringscijfers door bijvoorbeeld een bepaald percentage van de contractwaarde te doteren aan een garantievoorziening. De dotaties aan een garantievoorziening kunnen ten laste van het fiscale resultaat worden gebracht. De uiteindelijk gemaakte garantiekosten

kunnen vervolgens niet ten laste van het resultaat worden geboekt, maar moeten ten laste komen van de opgebouwde garantievoorziening.

De garantievoorziening kan overigens niet jaarlijks blijven toenemen. Een dergelijke situatie geeft aanleiding te veronderstellen dat de ervaringscijfers te hoog zijn geweest. Een correctie van de dotaties is dan op haar plaats.

De garantiekosten waarvoor geen voorziening kan worden gevormd, maar die wel worden gemaakt, kunnen in het jaar waarin ze gemaakt zijn ten laste van het resultaat worden gebracht.

7.5 Projectontwikkeling en de fiscale beleggingsinstelling

De Wet op de vennootschapsbelasting kent twee faciliteiten voor beleggingsinstellingen:

- de fiscale beleggingsinstelling en
- de vrijgestelde beleggingsinstelling.

De winst van een fiscale beleggingsinstelling wordt in de vennootschapsbelasting belast tegen 0%. Een vrijgestelde beleggingsinstelling is niet onderworpen aan vennootschapsbelasting. Alhoewel beide faciliteiten er op neer komen dat de beleggingsinstelling geen vennootschapsbelasting hoeft te betalen over behaalde beleggingswinsten, verschillen de faciliteiten in hun uitwerking en voorwaarden van elkaar. De vraag die opkomt is in hoeverre de genoemde beleggingsinstellingen zich met projectontwikkeling bezig mogen houden.

7.5.1 Fiscale beleggingsinstelling

In art. 28 Wet Vpb 1969 is het regime voor fiscale beleggingsinstellingen opgenomen. Dergelijke instellingen kennen een vennootschapsbelastingtarief van 0%. Om als beleggingsinstelling te worden aangemerkt moeten zowel het doel als feitelijke werkzaamheden van het lichaam bestaan uit het beleggen van vermogen. Dit vereiste dient te worden beoordeeld vanuit de desbetreffende vennootschap. Van beleggen is sprake als de werkzaamheden naar hun aard en omvang zijn gericht op het verkrijgen van een rendement dat mag worden verwacht bij normaal vermogensbeheer.

Naast deze beleggingsdoelstelling moet de FBI - en ook haar aandeelhouders - aan vele additionele voorwaarden voldoen om fiscaal statusverlies te voorkomen. Een van de belangrijkste beperkingen van de FBI is dat vastgoed slechts tot 60% van de fiscale boekwaarde gefinancierd mag zijn.

In zijn besluit van 30 januari 2006 (nr. CPP2005/1675M) is de staatssecretaris van Financiën ingegaan op de vraag in hoeverre projectontwikkeling mogelijk is binnen een fiscale beleggingsinstelling. Het ontwikkelen van (nieuw) vastgoed, evenals het herontwikkelen van bestaand vastgoed (projectontwikkeling) kon naar het oordeel van de staatssecretaris van Financiën niet worden aangemerkt als beleggen in de zin van art. 28 Wet Vpb 1969. De aan projectontwikkeling verbonden werkzaamheden en risico's (zoals markt-, prijs- en maatschappelijke risico's) waren volgens hem zodanig dat geen sprake meer was van vermogensbeheer, maar van ondernemen. Dat gold naar zijn oordeel eveneens indien het lichaam de werkzaamheden voor zijn rekening en risico liet uitvoeren door een derde. Het genoemde besluit is ingetrokken bij besluit van 12 december 2008 (nr. CPP2008/708M).

Inmiddels wordt projectontwikkeling onder bepaalde voorwaarden toch als belegging aangemerkt. Het idee daarachter is dat uit de praktijk blijkt dat het voor beleggingsinstellingen in toenemende mate noodzakelijk is actiever betrokken te zijn bij de door hen aangehouden beleggingsobjecten. Daarbij speelt een belangrijke rol dat de dynamiek van de vastgoedmarkt is toegenomen. De steeds sneller veranderende eisen van huurders van met name winkelcentra en kantoorpanden maakt het voor beleggingsinstellingen noodzakelijk het vastgoed regelmatig aan te passen aan de wensen van de markt. Daarnaast is van belang dat de desbetreffende onroerende zaken onderdeel uitmaken van de openbare ruimte, waardoor ook andere belanghebbenden, zoals gemeenten en omwonenden, invloed (willen) hebben op de vormgeving van het vastgoed. Beleggingsinstellingen kunnen zich vaak niet daaraan onttrekken. Gelet op de toegenomen dynamiek van de vastgoedmarkt en de maatschappelijke eisen die aan vastgoedbeleggingsinstellingen worden gesteld, hebben beleggingsinstellingen de mogelijkheid gekregen om vastgoed dat zij reeds in portefeuille hebben te herontwikkelen of nieuw vastgoed voor de eigen portefeuille te ontwikkelen.

Projectontwikkeling in dochtermaatschappij

Om deze (her)ontwikkeling mogelijk te maken, wordt sinds 2009 onder het beleggen van vermogen thans ook verstaan het houden van aandelen en het besturen van een lichaam waarvan het doel en de feitelijke werkzaamheden, afgezien van het eventueel beleggen van vermogen, bestaan uit het ontwikkelen van vastgoed ten behoeve van zichzelf of een verbonden beleggingsinstelling (veelal de aandeelhouder). De fiscale beleggingsinstelling dient de ontwikkelingsactiviteiten dus onder te brengen in een afzonderlijke dochtermaatschappij. Alle aan de projectontwikkeling verbonden werkzaamheden en risico's worden daarmee buiten de beleggingsinstelling geplaatst. Het vastgoed zelf kan wel bij de beleggingsinstelling blijven. De dochtermaatschappij zal normaal belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting.

Als de projectontwikkeling wordt ondergebracht bij de dochter, zal er ook een vergoeding voor de ontwikkelactiviteiten moeten worden vastgesteld. Deze vaststelling vindt plaats op basis van zakelijke voorwaarden, zoals die ook tussen onafhankelijke partijen

zouden worden gehanteerd. Zodoende wordt bereikt dat de volledige projectontwikkelingswinst bij de dochtermaatschappij in de belastingheffing wordt betrokken, terwijl de beleggingsresultaten op het vastgoed onder het 0%-tarief blijven vallen.

Met deze regeling wordt volgens de toelichting bij de wet enerzijds bereikt dat de keuze om voor de eigen portefeuille een bepaald project te realiseren niet wordt beperkt door de fiscaliteit, terwijl anderzijds door de belastingplicht van de dochtermaatschappij de concurrentieverhouding met commerciële projectontwikkelaars niet wordt verstoord.

Projectontwikkeling in eigen beheer

Daarnaast wordt sinds 2009 onder het beleggen van vermogen verstaan het investeren in een verbetering of uitbreiding van vastgoed van de fiscale beleggingsinstelling, ingeval de investering minder bedraagt dan 30% van de WOZ-waarde van dat vastgoed (safehavenregeling). Een fiscale beleggingsinstelling kan dus eigen vastgoed (her)ontwikkelen zonder dat haar status als fiscale beleggingsinstelling in gevaar komt, mits de investeringen niet meer bedragen dan 30% van de WOZ-waarde van het te ontwikkelen onroerend goed.

Tijdens de parlementaire behandeling heeft de staatssecretaris van Financiën opgemerkt dat elke investering in een verbetering of een uitbreiding van vastgoed afzonderlijk aan het 30%-criterium wordt getoetst. Dat neemt volgens hem echter niet weg dat als een verbetering of uitbreiding gefaseerd of via afzonderlijke opdrachten wordt uitgevoerd, sprake kan zijn van één investering. Dat is volgens de staatssecretaris met name het geval als er een samenhang bestaat tussen die fasen of afzonderlijke opdrachten, bijvoorbeeld omdat de werkzaamheden binnen een bepaald tijdsbestek plaatsvinden of omdat de werkzaamheden bouwkundig als één project kunnen worden beschouwd. Het opsplitsen van een investering heeft dus niet tot gevolg dat het 30%-criterium meerdere keren kan worden toegepast.

7.5.2 Vrijgestelde beleggingsinstelling

Om de concurrentie de met de Luxemburgse SICAV het hoofd te kunnen bieden, heeft de wetgever in art. 6a Wet Vpb 1969 de vrijgestelde beleggingsinstelling geïntroduceerd. Deze bepaling is op 1 januari 2007 in de wet opgenomen. De fiscale faciliteit voor de vrijgestelde beleggingsinstelling staat naast de reeds langer bestaande fiscale beleggingsinstelling. Anders dan de fiscale beleggingsinstelling, is de vrijgestelde beleggingsinstelling vrijgesteld voor de vennootschapsbelasting.

Op een groot aantal punten is de faciliteit voor de vrijgestelde beleggingsinstelling flexibeler dan de fiscale beleggingsinstelling. Zo kent de vrijgestelde beleggingsinstelling:

- geen specifieke aandeelhouderseisen;
- geen financieringsverplichtingen (dus geen maximum aan de financiering met vreemd vermogen);
- geen uitdelingsverplichting.

Wel kent de vrijgestelde beleggingsinstelling andere voorwaarden waaraan moet worden voldaan. Zo moet sprake zijn van een beleggingsinstelling als bedoeld in art. 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Het doel en de feitelijke werkzaamheid van de beleggingsinstelling bestaan daarbij uit de belegging van gelden of andere goederen en de beleggingsinstelling belegt uitsluitend in financiële instrumenten.

Beleggingen in Nederland gelegen onroerende zaken zijn echter expliciet uitgesloten. Met andere woorden: om in aanmerking te kunnen komen voor de vrijstelling van vennootschapsbelasting, mag een beleggingsinstelling niet rechtstreeks beleggen in Nederlands vastgoed.

Projectontwikkeling is voor de vrijgestelde beleggingsinstelling dus niet aan de orde. Een vrijgestelde beleggingsinstelling mag wel indirect beleggen in Nederlands vastgoed, bijvoorbeeld via het bezit van aandelen in een fiscale beleggingsinstelling.

7.6 Grensoverschrijdende activiteiten

De aannemer of projectontwikkelaar die via zijn in Nederlandse gevestigde BV of NV activiteiten verricht in het buitenland (dus niet via een buitenlandse dochtervennootschap), loopt het risico dat hij wordt geconfronteerd met een dubbele belastingheffing. Dit geldt ook voor de buiten Nederland gevestigde onderneming die in Nederland activiteiten verricht. De reden daarvoor is als volgt.

De staat waarin een onderneming is gevestigd, zal zijn heffingsbevoegdheid baseren op het gegeven dat de onderneming in kwestie daar is gevestigd. Zo zal de Nederlandse Staat zijn heffingsbevoegdheid claimen ten aanzien van een in Nederland gevestigde onderneming (bijvoorbeeld een BV of NV) en zal de Duitse Staat zijn heffingsbevoegdheid claimen ten aanzien van een in Duitsland gevestigde onderneming (bijvoorbeeld een GmbH). Maar als de activiteiten van een onderneming ook over de grens worden uitgeoefend dan kunnen twee Staten heffingsbevoegdheid claimen. Bijvoorbeeld een Nederlandse BV verricht projectontwikkelingsactiviteiten in Duitsland. De Nederlandse Staat zal zijn heffingsbevoegdheid claimen omdat de BV in Nederland is gevestigd. De Duitse Staat zal ook zijn heffingsbevoegdheid claimen omdat activiteiten van een onderneming (ook) in Duitsland worden verricht. Deze dubbele belastingheffing wordt uiteindelijk voorkomen worden door de toepassing van het tussen Nederland en Duitsland overeengekomen verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing. *Verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing.*

Ter voorkoming van dubbele belastingheffing heeft Nederland met een groot aantal staten verdragen gesloten waarin is vastgelegd wanneer welke staat mag heffen indien er beide staten heffingsbevoegdheid hebben. Alhoewel het afstemmen van de belastingheffing in grensoverschrijdende situaties 'maatwerk' is, zijn de volgende hoofdlijnen te onderscheiden.

In beginsel wordt de winst van een onderneming belast in de staat waarin hij gevestigd is. Indien de ondernemer echter zijn activiteiten in de andere staat via een zogenaamde ‘vaste inrichting’ (zie volgende paragraaf) verricht, dan wordt de winst die toerekenbaar is aan die vaste inrichting, in die andere staat belast. De staat waarin de onderneming is gevestigd zal dan een vrijstelling verlenen voor de winst die in het buitenland door de vaste inrichting is behaald.

Voorbeeld

BV X is een wegenbouwer en gaat gedurende 1,5 jaar een snelweg aanleggen in Duitsland. Deze Duitse activiteiten kwalificeren als een vaste inrichting. De inkomsten die BV X bij de aanleg geniet mogen slechts alleen in Duitsland belast worden.

Over het algemeen zijn er in de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting specifieke bepalingen opgenomen voor inkomsten uit onroerende zaken. De vraag of er sprake is van een vaste inrichting doet niet ter zake. Deze inkomsten zijn in belastingverdragen toegewezen aan de staat waar de onroerende zaken zijn gelegen.

Voorbeeld

Een Belgische Bvba bezit een kantorenpand in Amsterdam. De onderliggende inkomsten die deze Belgische Bvba met dit kantorenpand behaalt mogen slechts alleen in Nederland belast worden waardoor er Nederlandse vennootschapsbelasting verschuldigd is.

De meeste landen hebben in hun nationale wetgeving een bepaling opgenomen dat het aanhouden van vastgoed in een land, terwijl de ‘eigenaar’ in een ander land gevestigd is, leidt tot belastingheffing over de inkomsten (incl. capital gains) uit dat vastgoed in het land waarin het vastgoed gelegen is. Dit heffingsrecht staat los van de vraag of er in dat land waar het vastgoed is, ook een vaste inrichting wordt aangehouden. In Nederland is dat voor wat betreft de vennootschapsbelasting geregeld in artikel 17 jo 17a van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969.

Nederland heeft niet met elk land een verdrag gesloten. In de situatie dat er geen sprake is van een verdrag met een andere staat, kan een inwoner van Nederland een beroep doen op de ‘eenzijdige regeling’ ter voorkoming van dubbele belastingheffing. Zowel de verdragen als de eenzijdige regeling gaan uit van een vergelijkbare benadering. In de eenzijdige regeling zijn namelijk ook bepalingen opgenomen inhoudende dat Nederland niet zal heffen over ondernemingswinsten die een Nederlandse inwoner geniet in het buitenland of door het aanhouden van vastgoed in het buitenland.

Vaste inrichting

Een vaste inrichting is een vaste bedrijfsinrichting in het buitenland door middel waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend.

Hierbij kan gedacht worden aan een plaats waar leiding wordt gegeven, een filiaal, een kantoor of een fabriek.

Een vaste inrichting is tevens aanwezig ten aanzien van een plaats van uitvoering van een bouwwerk of constructie- of montagewerkzaamheden indien de duur van de werkzaamheden een specifiek aantal maanden overschrijdt. Dit tijds criterium verschilt per verdrag.

Voorbeeld

X GmbH koopt een stuk grond in Nederland. De inkomsten die X GmbH hiermee geniet zijn in Nederland belast omdat het vastgoed in Nederland is gelegen. Na verloop van tijd huurt X GmbH een kantoor in Nederland en gaat een kantoren pand ontwikkelen. De inkomsten die X GmbH hiermee geniet zijn belast onder het winst artikel omdat er sprake is van een vaste inrichting. Y GmbH is een Duitse bouwonderneming en gaat het een kantoren pand op de grond van X GmbH in Nederland bouwen. Y GmbH heeft in Nederland geen bedrijfsruimte tot zijn beschikking staan. De inkomsten die Y GmbH hiermee geniet zijn niet belast in Nederland voor zover de werkzaamheden binnen 12 maanden afgerond zijn. De winst die Y GmbH hiermee geniet zal dus in Duitsland belast kunnen worden.

Met ingang van 1 januari 2012 is in de vennootschapsbelasting de objectvrijstelling voor buitenlandse vaste inrichtingen ingevoerd. Door de invoering van een objectvrijstelling wordt de fiscale behandeling van buitenlandse vaste inrichtingen gelijk getrokken met de behandeling van deelnemingen. Dit betekent kort gezegd dat buitenlandse (actieve) ondernemingswinsten geëlimineerd worden in de winstbepaling van de Nederlandse onderneming. Dit betekent ook dat als er in het buitenland door een vaste inrichting een verlies gemaakt wordt, dit verlies niet verrekenbaar is.

Verschil vaste inrichting en dochtervennootschap

De Nederlandse aannemer of projectontwikkelaar kan behalve via een vaste inrichting ook door middel van een aparte buitenlandse dochtervennootschap in het buitenland actief zijn. Bijvoorbeeld: een Nederlandse BV houdt alle aandelen van een Duitse GmbH. In deze Duitse GmbH worden de Duitse projectontwikkelingsactiviteiten verricht. De dubbele heffingsproblematiek zoals hierboven bedoeld, is nu niet van toepassing. De Duitse activiteiten worden namelijk niet via de Nederlandse BV verricht maar via de in Duitsland gevestigde GmbH. Van een vaste inrichting is geen sprake: het resultaat van

de Duitse dochtervennootschap is onderworpen aan Duitse belastingheffing. Tussen een vaste inrichting en een buitenlandse dochtermaatschappij bestaat een aantal civielrechtelijke en fiscale verschillen. Bij de vraag welke van die twee voordeliger is, spelen meerdere factoren een rol. Bijvoorbeeld:

Een vaste inrichting heeft:

- geen afzonderlijke rechtspersoonlijkheid: de aansprakelijkheid voor schulden in het buitenland treft derhalve ook de Nederlandse onderneming (terzijde: het Nederlandse 'hoofdhuis' kan natuurlijk wel rechtspersoonlijkheid bezitten, bijvoorbeeld als het een NV of BV is);
- soms afwijkende fiscale regelingen in het buitenland ('branche profit tax');
- te maken met additionele fiscale- en administratieve verplichtingen;
- te maken met direct winstneming als de activiteiten van de vaste inrichting worden vervoerd. Dat is ook het geval indien een buitenlandse dochter haar activiteiten verkoopt. Direct winstneming is echter bij een buitenlandse dochtervennootschap niet aan de orde als de buitenlandse activiteiten worden verkocht middels de verkoop van de aandelen van deze dochtermaatschappij en de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

Een dochtervennootschap heeft:

- rechtspersoonlijkheid; de aansprakelijkheid voor schulden in het buitenland heeft daarom veelal geen gevolgen voor de Nederlandse onderneming (denk echter aan borgstellingen en dergelijke);
- kan bij een belang van tenminste 5% de deelnemingsvrijstelling toepassen. Dat is alleen anders indien sprake is van een zogenoemde beleggingsdeelneming. Een vastgoeddeelneming wordt in het algemeen echter niet als beleggingsdeelneming aangemerkt. Als de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, worden dividenduitkeringen van de dochtermaatschappij en de winst bij verkoop van aandelen in de dochtermaatschappij in Nederland vrijgesteld;
- kan geconfronteerd worden met buitenlandse bronheffing op dividenduitkeringen die niet met de Nederlandse vennootschapsbelasting is te verrekenen. Binnen de Europese Unie speelt dit niet als wordt voldaan aan de eisen van de Europese Moeder-dochterrichtlijn (nr. 90/435/EEG). Ook kan de buitenlandse dividendbelasting in veel gevallen op grond van een belastingverdrag worden verminderd.