

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Vaste Commissie voor Financiën
van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
T.a.v. Mevr. Mr. E.C. Janssen
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Betreft: NOB commentaar op wetsvoorstel “Wijzigingen van enkele belastingwetten c.a. in verband met de tweede tranche van het ondernemerspakket 2001” (Wet Ondernemerspakket 2001 (27 209))

Geachte mevrouw Janssen,

23 augustus 2000

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna ‘de Orde’) heeft met belangstelling kennis genomen van het wetsvoorstel Ondernemerspakket 2001 en ziet hierin aanleiding nader te reageren.

Het onderhavige wetsvoorstel is gericht op het verder stimuleren van de kansen voor het ondernemerschap en het wegnemen van bestaande belemmeringen voor ondernemers. De basis daarbij is gelegd in het rapport “Belastingen bedrijfsleven 21e eeuw”.

Het pakket zou moeten worden gefinancierd door maatregelen te treffen om misbruik en oneigenlijk gebruik van de fiscale regelgeving tegen te gaan. Taakstelling uit het regeerakkoord daarbij is dat het pakket maatregelen voor ondernemers 500 miljoen gulden aan extra belastingopbrengsten dient te genereren.

De Orde zet vraagtekens bij de wijze van invulling van voornoemde uitgangspunten. De Orde heeft met name grote bezwaren tegen twee onderdelen van dit wetsvoorstel en meent dat deze niet in hun huidige vorm dienen te worden ingevoerd. Het betreft hier de voorgestelde wijziging van het regime van de deelnemingsvrijstelling en de grote dosis overkill die het wetsvoorstel bevat voor wat betreft het bestrijden van oneigenlijk gebruik van verliescompensatie.

Algemeen commentaar wetsvoorstel

De Orde heeft met instemming kennis genomen van een aantal maatregelen waarbij belemmeringen wordt weggenomen, zoals verdere verlaging van het kapitaalsbelastingtarief, de verruiming van doorschuiffaciliteiten en de faciliteit bij terugkeer uit de BV. In het navolgende technische commentaar doet de Orde een aantal suggesties om de wettechnische uitvoering van deze maatregelen verder te stroomlijnen.

N O B

De Orde heeft daarentegen grote bezwaren tegen de aangekondigde aanpassing van de deelnemingsvrijstelling, zeker in het licht van de recente aankondiging van Staatssecretaris Bos dat hij een werkgroep wil instellen die met voorstellen moet komen om Nederland weer aantrekkelijker te maken als vestigingsplaats voor internationale ondernemingen. De Orde is van mening dat de thans voorgestelde aanpassing van de deelnemingsvrijstelling contraproductief is. Dit wordt veroorzaakt doordat het voorstel veel verder gaat dan nodig is om het in de Memorie van Toelichting gesignaleerde oneigenlijk gebruik te bestrijden. Bovendien wordt als bestrijdingsmethode de invoering van een tax credit methode gehanteerd, hetgeen een fundamentele inbreuk is op het door Nederland reeds tientallen jaren gehanteerde regime van de deelnemingsvrijstelling dat inmiddels in tal van Europese landen navolging heeft gevonden. De Orde vreest dat hiervan een verkeerde signaalwerking uit gaat naar het buitenland (zowel buitenlandse investeerders als andere EU-landen). Hierdoor kan immers de indruk ontstaan dat dit de eerste stap is op weg naar de afschaffing van de Nederlandse deelnemingsvrijstelling. De Orde vreest dat dit de Nederlandse onderhandelingspositie in EU-verband niet ten goede zal komen.

Het voorstel gaat veel verder dan nodig is omdat het niet alleen het kennelijk gesignaleerde misbruik van passieve groepsfinancieringsmaatschappijen binnen de Europese Unie bestrijdt, doch tevens tal van andere situaties die niet getroffen dienen te worden door deze maatregel. Te denken is hierbij aan onroerend goed fondsen die binnen de Europese Unie gelegen onroerend goed houden via binnen de EU gevestigde vennootschappen. Deze fondsen zullen zonder enige valide reden getroffen worden door dubbele belasting die niet zou optreden indien het onroerend goed rechtstreeks vanuit Nederland zou worden gehouden. De Orde is bovendien van mening dat dit deel van het wetsvoorstel in strijd is met het EU-recht omdat het buitenlandse EU beleggingsdochters anders zal behandelen dan binnenlandse beleggingsdochters. Ten slotte merkt de Orde op dat de voorgestelde credit beperkter is dan de credit die Nederland toekent indien buitenlandse passieve financieringsactiviteiten worden gedreven in de vorm van een vaste inrichting. In dat geval geldt namelijk een forfaitaire credit die gelijk is aan de helft van het Nederlandse vennootschapsbelastingtarief.

De Orde vraagt zich voorts af of dit deel van het wetsvoorstel geen onbedoelde effecten zal oproepen. Is het de bedoeling dat de Nederlandse fiscus voortaan verplicht is om voor iedere door haar te verstrekken woonplaatsverklaring na te gaan of de aanvragende Nederlandse vennootschap mogelijk in het buitenland is gevestigd? Deze vraag klemt te meer omdat jaarlijks honderden verklaringen worden aangevraagd en verstrekt op grond van de daarvoor geldende procedures die gelden onder de vele bilaterale belastingverdragen die Nederland heeft afgesloten

Op grond van de bovenstaande argumenten, die in het onderwerpsgewijs commentaar hierna nog uitvoeriger worden onderbouwd, is de Orde van mening dat dit onderdeel van het wetsvoorstel het Staatsblad niet, en zeker niet in deze vorm, dient te bereiken.

De Orde is verontrust en verbaasd over de voorgestelde wijziging van artikel 20a Wet Vpb. Het voorstel gaat zeer veel verder dan de aangekondigde reparatie van de maatregel ter voorkoming van handel in verliesvennootschappen. Ook druist de voorgestelde regeling in tegen de basisstructuur van de vennootschapsbelasting die immers een belasting van vennootschappen is.

De Orde is bevreesd dat de geconstateerde overkill aanzienlijke nadelige gevolgen zal hebben voor alle geledingen van het Nederlandse bedrijfsleven en op ernstige wijze afbreuk doet aan de dynamiek van het ondernemerschap in Nederland. De Orde is van mening dat de wetwijziging zich dient te beperken tot hetgeen voor een adequate bestrijding van misbruik noodzakelijk is en dat het voorstel in de huidige vorm niet behoort te worden ingevoerd.

De Orde constateert een verdere versnippering van de aangekondigde maatregelen. Wederom wordt een aantal maatregelen doorgeschoven (naar het belastingplan 2001). Dit komt het algehele overzicht van de maatregelen niet ten goede en geeft ook een vertroebeld inzicht in de budgettaire consequenties van de plannen. Duidelijk is dat de maatregelen 500 miljoen gulden moeten opleveren. Een globale berekening daarvan is gemaakt in het rapport "Belastingen bedrijfsleven 21e eeuw". Bij vergelijking met de berekening van de budgettaire gevolgen in het onderhavige wetsvoorstel vallen drie punten op.

Allereerst zal een aantal voor ondernemers gunstige maatregelen (maar liefst voor 245 miljoen gulden) nog worden voorgesteld, namelijk in het belastingplan 2001. Teneinde het parlement een goede afweging te kunnen laten maken tussen enerzijds het invoeren van nieuwe positieve maatregelen en anderzijds het schrappen van een aantal voorgestelde aanscherpingen, vraagt de Orde met klem de inhoud van deze maatregelen zo spoedig mogelijk bekend te maken.

Ten tweede valt op dat het effect van de aanpassing van het ondernemerbegrip (in de Wet IB 2001) een aanzienlijke meevaller voor de schatkist blijkt te zijn. Als de Orde het goed ziet levert het terugverhuizen van de "medegerechtigden" - zoals commanditaire vennoten - van box 3 in het aanvankelijke voorstel naar box 1 in de uiteindelijke wettekst maar liefst 165 miljoen gulden op. De Orde pleit ervoor deze opbrengst voor een klein deel te gebruiken voor het herzien van de maatregelen in de deelnemings sfeer en het laten vervallen van de voorgestelde maatregelen omtrent verliescompensatie.

Ten derde valt op dat de maatregelen omtrent de zelfstandigenaftrek aanvankelijk 10 miljoen gulden zouden opleveren en thans de opbrengst wordt geraamd op een bedrag van nihil (de genoemde bedragen zijn overigens afgerond op veelvoud van 5 miljoen gulden). De Orde vraagt zich af of hier sprake is van een tegenvaller, aangezien de ratio van de wetwijziging gedurende het wetgevingsproces niet veranderd lijkt te zijn.

Samenvattend concludeert de Orde enerzijds een gematigde versoepeling van een aantal faciliteiten, tegenover anderzijds een aanzienlijke verstarring door vergaande anti-misbruik voorstellen (aanzienlijke overkill inhoudende).

Samenvatting inhoudelijk commentaar

- De Orde constateert in twee regelingen (landbouwwijziging en verliescompensatie) belastingverzwarende maatregelen met terugwerkende kracht. De Orde acht hiervoor geen rechtvaardiging aanwezig en pleit voor een heroverweging van deze terugwerkende kracht.
(art. 3.12 Wet IB 2001 en art. 20c Wet Vpb 1969)
- De Orde pleit ervoor dat het herinvesteringsregime zoals dat wordt voorgesteld voor roerende zaken ook van toepassing wordt op onroerende zaken en andere duurzame bedrijfsmiddelen.
(art. 3.54 Wet IB 2001)
- De Orde acht doorschuiving van de aanmerkelijk belangclaim bij geruisloze terugkeer uit de B.V. via het opleggen van een renteloze conserverende aanslag veel eenvoudiger dan de invoering van een complexe terugkeerreserve.
(art. 3.54a Wet IB 2001)

- De Orde pleit ervoor om de eis dat bij terugkeer uit de B.V. deze B.V. moet worden ontbonden te laten vervallen.
(art. 3.54a Wet IB 2001)
- De Orde betreurt het dat van diverse aangekondigde nadere voorwaarden c.q. ministeriële regelingen geen concepttekst is opgenomen in het wetsvoorstel en pleit voor snelle publicatie daarvan.
(art. 3.54a en 3.63 Wet IB 2001)
- De Orde constateert dat de voorgestelde maatregelen bedrijfsopvolgingen in de familiesfeer sterk belemmeren en pleit voor het schrappen van de 36-maandeneis. Tevens zouden gefaciliteerde bedrijfsovernames moeten kunnen plaatsvinden aan werknemers die gedurende minimaal 36 maanden in deze onderneming werkzaam zijn.
(art. 3.63 Wet IB 2001)
- De Orde zet tevens grote vraagtekens bij de voorgestelde inperking van de zogeheten vestigingsplaatsfictie van artikel 2, lid 4 Wet Vpb 1969. Het voorstel betreft onder meer het buiten toepassing laten van de vestigingsplaatsfictie in het kader van de deelnemingsvrijstelling. De Orde is van mening dat de motivering voor deze wetswijziging en de beoogde gevolgen onduidelijk zijn en pleit ervoor deze voorstellen af te zonderen in een apart wetsvoorstel.
(artikel 2 lid 4 Wet Vpb 1969)
- De Orde heeft een aantal suggesties om ongerechtvaardigde dubbele heffing te voorkomen in situaties waarbij vorderingen worden omgezet in aandelenkapitaal.
(art. 12 en 13b Wet Vpb 1969)
- De Orde acht de aangekondigde maatregelen in de deelnemings sfeer discriminerend, te vergaand en wijst daarbij op de nadelige effecten voor het internationale Nederlandse vestigingsklimaat.
(art. 13g Wet Vpb 1969)
- De Orde heeft grote moeite met de voorstellen om handel in verliezen tegen te gaan. De maatregelen bevatten een ernstige mate van overkill die zich volgens de Orde met name voordoet in het geval een vennootschap waarvan de activiteiten gewijzigd zijn, betrokken raakt bij een fusie, splitsing, overname of bedrijfsopvolging. Door het voorstel worden reorganisaties binnen concern alsmede het aangaan of ontbinden van joint ventures onnodig belemmerd. Dit terwijl dergelijke operaties voor verlieslijdende belastingplichtigen vaak van levensbelang zijn.
(artikel 20a Wet Vpb 1969)

Inhoudsopgave	blz.
1. Reparatie landbouwwijstelling (art. 3.12 Wet IB 2001, het huidige art. 8, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 1964)	6
2. De Herinvesteringreserve (3.54 Wet IB 2001)	7
2.1. Algemeen	7
2.2. Opmerkingen van technische aard	8
2.3. Technisch Commentaar bestrijding handel vervangingsreserve- en verliesvennootschappen	9
3. Terugkeer uit de BV (3.5a jo. 4.42a Wet IB 2001)	11
4. Doorschuiffaciliteiten bij bedrijfsopvolging (3.63 Wet IB 2001)	14
5. Staking door overheidsingrijpen (art. 3.64 Wet IB 2001)	16
6. Lidmaatschapsrechten van coöperaties (4.5a Wet IB 2001)	17
7. Vestigingsplaatsfictie (art. 2 lid 4 Wet Vpb 1969)	17
8. Omzetten en vervreemden vorderingen (art. 12 jo. 13b Wet Vpb 1969)	18
8.1. Algemeen	18
8.2. Artikelsgewijs commentaar	18
9. Wijziging deelnemingsvrijstelling (art. 13g jo 23c Wet Vpb 1969)	21
9.1. Algemeen	21
9.2. Conclusie	23
9.3. Overige opmerkingen	23
9.4. Complicaties van een verrekeningssysteem	23
9.5. Overige technische opmerkingen	24
10. Beperking verliescompensatie (art. 20a Wet Vpb 1969)	25
10.1. Behoud structuur vennootschapsbelasting	25
10.2. Wijziging van activiteiten gevolgd door overname	25
10.3. Interne wisselingen van aandeelhouders	26
10.4. Beursgenoteerde vennootschappen	27
10.5. Bezittingen bestaan in belangrijke mate uit beleggingen	28
10.6. Verkrijging vermogensbestanddelen van een verbonden lichaam	29
10.7. Herwaardering vermogensbestanddelen	30
10.8. Beperking carry back	30
10.9. Materieel terugwerkende kracht	30
10.10. Conclusie	31
11. Bijzonder tarief	31

Onderwerpsgewijs commentaar

Hieronder zet de Orde meer in detail haar commentaar uiteen.

1. Reparatie landbouwvrijstelling (art. 3.12 Wet IB 2001, het huidige art. 8, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 1964)

Hoewel de Orde zich in algemene zin kan vinden in aanpassing van de landbouwvrijstelling in verband met de mogelijkheid om bestemmingswijzigingswinsten onbelast te realiseren, is de Orde principieel tegen elke vorm van terugwerkende kracht wanneer dit in het nadeel van belastingplichtigen kan zijn (zoals voorgesteld in art. XV, vierde lid, van het onderhavige wetsvoorstel). Voor het standpunt van de Orde omtrent de gerechtvaardigdheid van terugwerkende kracht zij verwezen naar het op 24 september 1996 naar uw Vaste Commissie gezonden commentaar van de NOB op de notitie van de staatssecretaris van Financiën inzake terugwerkende kracht en eerbiedigende werking d.d. 12 juli 1996 alsmede de artikelen van één van de leden van de Orde, de heer mr. S.H. Harkema, in fiscaal weekblad FED, FED 1996/623 en 1997/311 *'De grenzen van de terugwerkende kracht in het belastingrecht I en II'*. Bovendien is bij de vorige aanpassing van de landbouwvrijstelling (Wet van 27 maart 1986, Stb. 135) in de vorm van art. 70 Wet IB 1964 een overgangsregime gecreëerd waarbij de onbelaste waarde-aangroei van agrarische grond als gevolg van een bestemmingswijziging, tot 1 april 1986, bij beschikking werd vastgesteld en bij latere realisatie werd vrijgesteld. De Orde vermag niet in te zien waarom een dergelijke overgangsmaatregel ook niet bij de thans voorgestelde aanpassing van de landbouwvrijstelling zou kunnen worden geïntroduceerd. Daarnaast verwijst de Orde ook naar het arrest van het Hof van Justitie EG van 8 juni 2000, zaak C-396/98, Grundstücksgemeinschaft Schlossstrasse GbR versus Finanzamt Paderborn. Graag verneemt de Orde het standpunt van de staatssecretaris in dezen, met name omtrent de werking van genoemd arrest in het kader van de voorgestelde terugwerkende kracht.

Bij de thans voorgestelde aanpassing van de landbouwvrijstelling zijn niet alleen alle zogenaamde bestemmingswijzigingswinsten belast, maar is ook elk verschil tussen WEV en WEVAB belast. Dit impliceert blijkens de Memorie van Toelichting dat de landbouwvrijstelling niet langer van toepassing is op de ondergrond van de agrarische bedrijfswoning voor zover die is gerealiseerd doordat de woning niet langer in het kader van het landbouwbedrijf wordt gebruikt. Daarmee verwerpt de wetgever het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 1996, nr. 30 962, BNB 1996/311, waarin de Hoge Raad oordeelde dat er in een dergelijke situatie weliswaar sprake was van een waardeverschil maar niet van een bestemmingswijziging (wonen blijft wonen) zodat de landbouwvrijstelling op dit waardeverschil van toepassing was. Op vragen van het Tweede Kamerlid Rabbae antwoordde toenmalig staatssecretaris Vermeend (Persbericht Ministerie van Financiën 29 januari 1997, nr. 97/10, DB96/5241U) dat het hiervoor vermelde arrest geen aanleiding was om de wet op dit punt te wijzigen. De Orde zou graag vernemen waarom er nu alsnog besloten is om de wet op dit punt te wijzigen en hoe deze handelwijze moet worden gezien in het licht van de toezegging van 29 januari 1997.

2. De Herinvesteringsreserve (3.54 Wet IB 2001)

2.1. Algemeen

De Orde juicht het toe dat bij investeringen in bedrijfsmiddelen met een afschrijvingstermijn van 10 jaar of minder, de eis komt te vervallen dat de vervangende bedrijfsmiddelen gelijkwaardig moeten zijn aan de vervreemde bedrijfsmiddelen.

De Orde vraagt zich evenwel af, of de in het nieuwe systeem van de herinvesteringsreserve voorziene tweedeling in bedrijfsmiddelen met een afschrijvingstermijn van 10 jaar of minder respectievelijk met een afschrijvingstermijn van meer dan 10 jaar of waarop niet pleegt te worden afgeschreven, in de praktijk wel goed uitvoerbaar is. In het voorziene nieuwe systeem blijft de voorwaarde inzake economische gelijkwaardigheid gehandhaafd indien wordt geïnvesteerd in bedrijfsmiddelen met een afschrijvingstermijn van meer dan 10 jaar (bijvoorbeeld onroerende zaken) of waarop niet pleegt te worden afgeschreven (bijvoorbeeld bepaalde merkenrechten of octrooien). Afboeking van de herwaarderingsreserve kan in dat geval alleen maar plaatsvinden voor zover de herinvesteringsreserve is gevormd door de vervreemding van een bedrijfsmiddel met dezelfde economische functie als het vervangende bedrijfsmiddel (art. 3.54, lid 4).

De Orde zag liever dat ook in die gevallen de eis inzake de economische gelijkwaardigheid tussen het vervreemde bedrijfsmiddel en de vervangingsinvestering zou komen te vervallen.

In dat verband vraagt de Orde zich af waarom er binnen de sfeer van de herinvesteringsreserve niet voor is gekozen om twee soorten herinvesteringsreserves te creëren. Enerzijds voor wat betreft de vervreemding van bedrijfsmiddelen waarop gedurende 10 jaar of minder pleegt te worden afgeschreven, waarbij de reserve kan worden afgeboekt van herinvesterings in nieuwe bedrijfsmiddelen waarop gedurende 10 jaar of minder pleegt te worden afgeschreven. Anderzijds een aparte categorie voor de vervreemding van bedrijfsmiddelen met een afschrijvingstermijn van meer dan 10 jaar of waarop niet pleegt te worden afgeschreven, waarbij de reserve kan worden afgeboekt van herinvesterings in nieuwe bedrijfsmiddelen met een afschrijvingstermijn van meer dan 10 jaar of waarop niet pleegt te worden afgeschreven.

Naar de Orde meent zou op deze wijze ook de in de basis gecompliceerde regeling inzake de afboeking van de herinvesteringsreserve (zoals neergelegd in art. 3.54, leden 3 en 4) kunnen worden ondervangen. De nieuwe wettelijke systematiek voorziet in de basis in een fifo-regeling: het "oudste" gedeelte van de herinvesteringsreserve komt het eerst in mindering op de boekwaarde van nieuwe bedrijfsmiddelen, zij het dat op dit uitgangspunt weer 2 uitzonderingen zijn geformuleerd:

1. Het gedeelte van de herinvesteringsreserve dat is ontstaan door de vervreemding van bedrijfsmiddelen waarop niet pleegt te worden afgeschreven of waarop wordt afgeschreven gedurende meer dan 10 jaar, hoeft niet te worden afgeboekt op nieuwe bedrijfsmiddelen met een korte levensduur. Binnen de driejaarsperiode kan er voor worden gekozen om te wachten met afboeking van de herinvesteringsreserve totdat wordt geïnvesteerd in bedrijfsmiddelen met eenzelfde economische functie als de vervreemde bedrijfsmiddelen (art. 3.54, lid 3). Hierdoor wordt voorkomen dat de stille reserves in bedrijfsmiddelen met een lange levensduur alsnog versneld fiscaal gerealiseerd worden via de lagere afschrijvingen door aanwending van de herinvesteringsreserve op bedrijfsmiddelen met een korte levensduur (art. 3.54, lid 3).

2. Als binnen de driejaarsperiode wordt geïnvesteerd in bedrijfsmiddelen waarop niet pleegt te worden afgeschreven of die een afschrijvingsperiode hebben van meer dan 10 jaar, kan de herinvesteringsreserve slechts worden aangewend voor zover deze is ontstaan door de vervreemding van een bedrijfsmiddel dat dezelfde economische functie had (art. 3.54, lid 4).

Deze restrictie geldt evenwel niet voor de aanschaf van nieuwe bedrijfsmiddelen met een afschrijvingstermijn van meer dan 10 jaar, indien deze aanschaf het gevolg is van een overheidsingrijpen in de zin van artikel 3.64 Wet IB 2001 (art. 3.54, lid 9).

Naar de Orde meent, is deze regeling dermate gecompliceerd dat bij ondernemingen met een relatieve hoge vervangingsgraad van bedrijfsmiddelen, het verloop van de herinvesteringsreserve alleen nog door middel van een hoogwaardig spreadsheet kan worden getraceerd. In de door de Orde bepleite variant, zou zulks niet nodig zijn. Hiermee zou een administratieve lastenverzwaring kunnen worden voorkomen.

De Orde vraagt zich af of er voldoende aanleiding is om in het licht van de voorgestelde nieuwe regeling van de herinvesteringsreserve, de "vervangingsstermijn" terug te brengen van 4 jaar naar 3 jaar. De Orde bepleit handhaving van de thans bestaande termijn van 4 jaar en zou een verkorting van de termijn naar 3 jaar gaarne nader gemotiveerd zien.

In ieder geval bepleit de Orde om voor onder de werking van de Wet IB 1964 gevormde vervangingsreserves, de vervangingsstermijn van 4 jaar te handhaven, zulks in afwijking van artikel XI, onderdeel D van het Wetsvoorstel.

2.2. Opmerking van technische aard

De boekwaarde van het bedrijfsmiddel of de bedrijfsmiddelen waarin geherinvesteerd wordt, mag na afboeking van de herinvesteringsreserve niet lager zijn dan de boekwaarde van het vervreemde bedrijfsmiddel (art. 3.54, lid 2). Het gedeelte van de reserve dat dientengevolge niet kan worden afgeboekt valt niet vrij, maar schuift door en kan bij een eventuele andere of latere investering binnen de 3-jaarsperiode worden aangewend, voor zover het gezamenlijke bedrag van de boekwaarden van die bedrijfsmiddelen door die afboeking niet daalt beneden de boekwaarde van het vervreemde bedrijfsmiddel.

De Orde vraagt zich af, of bij toepassing van de regeling rekening moet worden gehouden met inmiddels op de vervangende bedrijfsmiddelen plaatsgevonden hebbende fiscale afschrijvingen, indien men in het jaar van herinvestering door de werking van de boekwaarde-eis niet tot afboeking van de herinvesteringsreserve heeft kunnen overgaan. In het op blz. 30 en 31 van de MvT gegeven voorbeeld, blijft namelijk het aspect van de fiscale afschrijving buiten beschouwing bij de latere hertoetsing van de boekwaarde-eis.

Ter toelichting vraagt de Orde of de uitwerking van het volgende voorbeeld de rechtens juiste is.

Een vrachtwagen met een boekwaarde van f 100 000 wordt vervreemd. De opbrengst bedraagt f 150 000. De winst ad f 50 000 wordt toegevoegd aan de herinvesteringsreserve. In jaar 1 wordt een bestelbus aangeschaft ter waarde van f 75 000. Op grond van de boekwaarde-eis vindt geen afboeking plaats van de herinvesteringsreserve. In jaar 2 wordt wederom een bestelauto ten bedrage van f 75 000 aangeschaft. Stel dat op de in jaar 1 aangeschafte bestelauto f 5 000 is afgeschreven. Ter zake van de investering in de 2e bestelauto kan nu afboeking van de herinvesteringsreserve plaatsvinden ten bedrage van f 45 000 zodat deze bestelauto een fiscale boekwaarde heeft van f 30 000.

2.3. Technisch Commentaar bestrijding handel vervangingsreserve- en verliesvennootschappen

In lid 2 van de voorgestelde artikelen 15e en 20a Wet Vpb 1969 wordt bepaald dat de in die bepaling genoemde sancties worden niet toegepast bij een verhangning van een dochtermaatschappij binnen een concern. De herinvesteringsreserve kan dan in stand blijven en de verliescompensatie gaat niet verloren. Indien evenwel de teksten van de relevante bepalingen naast elkaar worden gezet, rijst een aantal vragen die naar de Orde meent in eerste instantie niet eenduidig kunnen worden beantwoord. De sancties worden in beginsel toegepast indien de uiteindelijke zeggenschap over of de uiteindelijke gerechtigheid tot het vermogen van de belastingplichtige in belangrijke mate wijzigt.

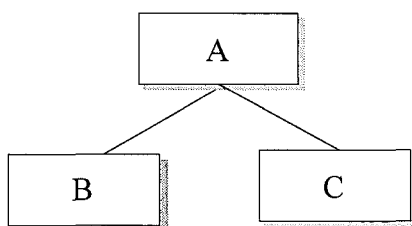
De wettekst van artikel 15e lid 2 en 20a lid 2 nieuw verwijst voor de definitie van het begrip concern naar artikel 15b lid 1, onderdeel c Wet Vpb 1969. Een concern wordt daar gedefinieerd als de belastingplichtige tezamen met de met hem verbonden lichamen als bedoeld in artikel 10a, vierde lid Wet Vpb 1969¹.

In de artikelen 15e en 20a wordt in lid 7 een dochtermaatschappij gedefinieerd als een lichaam waarin een ander een belang van tenminste een derde heeft.

In de Memorie van Toelichting wordt als ratio voor lid 2 aangegeven dat het bij een verhangning binnen hetzelfde concern vanwege de administratieve en uitvoeringslasten niet gewenst wordt geacht dat moet worden onderzocht of ook de uiteindelijke gerechtigheid is gewijzigd. In die situaties wordt aangenomen dat daarvan geen sprake is, zodat verliescompensatie en herinvesteringsreserve in stand blijven.

Voor de toepassing van art. 15e, respectievelijk art. 20a, lid 1, dus voor het in beginsel van toepassing worden van de betreffende sancties, is van belang of de uiteindelijke gerechtigheid of zeggenschap is gewijzigd of niet. In lid 2 gaat het erom of de directe gerechtigheid of zeggenschap is gewijzigd. Lid 2 is, als gezegd, geschreven voor een interne verhangning. Echter, bij een overdracht van een dochtermaatschappij binnen hetzelfde concern wijzigt de uiteindelijke gerechtigdheid niet, immers, de uiteindelijke aandeelhouders blijven dezelfde. De bepaling is voor die situatie dus overbodig. De vraag rijst dan waarvoor de bepaling wel kan gelden. In de Memorie van Toelichting wordt daarbij de volgende situatie gegeven:

Het A-concern bestaat uit:



Dochtermaatschappij B heeft verliescompensatie of een herinvesteringsreserve gevormd en overigens zou artikel 20a lid 1 of artikel 15e lid 1 van toepassing zijn. B wordt verkocht aan C. Op grond van lid 2 worden herinvesteringsreserve of verliescompensatie niet aangetast.

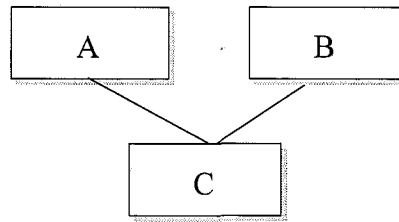
¹ Onder een verbonden lichaam in de zin van artikel 10a lid 4 wordt verstaan:

- a. een lichaam waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft;
- b. een lichaam dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige;
- c. een lichaam waarin een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige.

N | O | B |

Naar de Orde evenwel meent is de bepaling in deze situatie overbodig, aangezien de uiteindelijke gerechtigdheid in B niet is gewijzigd; dat zijn en blijven de aandeelhouders van A.

De Orde vraagt aandacht voor de volgende situatie:



A en B worden elk gehouden door andere aandeelhouders en elk houdt 50 % van de aandelen in C. A - C en B - C vormen een concern. Nu verkoopt A zijn aandelen in C aan B. Verliest C nu de herinvesteringsreserve of de verliescompensatie ?

1. Naar de Orde meent zijn twee benaderingen mogelijk. C behoorde voor de aandelenoverdracht tot 2 concerns, namelijk A - C en B - C en na de overdracht niet meer. Omdat concern A - C verdwijnt, is er geen bescherming door art. 15e, lid 2 respectievelijk art. 20a, lid 2.
2. Voor de overdracht was er een AC-concern en een BC-concern. C behoort nog steeds tot BC dus wel toepassing van lid 2 en geen verlies van herinvesteringsreserve en verliescompensatie.

Voor benadering 1 spreekt dat dit aansluit bij hetgeen in de Memorie van Toelichting is opgemerkt over de concern- uitzondering en bij de bedoeling van de wetgever dat verliescompensatie (of herinvesteringsreserve) niet terecht mag komen bij andere aandeelhouders dan degenen die aandeelhouder waren ten tijde van het maken van het verlies (of het vormen van de herinvesteringsreserve). Voor benadering 2 spreekt dat lid 2 anders een dode letter zou zijn. Deze bepaling behoeft immers in de interne situatie niet aan de orde te komen.

Nu hetzelfde voorbeeld: A houdt 65% en B 35%. A draagt 31 % over aan B. Dan is sprake van een wijziging van 30 % of meer in de uiteindelijke gerechtigdheid. Tevens is er een wijziging in de directe zeggenschap tot het vermogen van een dochtermaatschappij (namelijk C) die behoort tot het concern waartoe zij behoorde vóór de wijziging (zowel AC als BC), en daartoe ook blijft behoren na de wijziging. Lid 1 is dan niet van toepassing; derhalve behoud van het recht op verliescompensatie respectievelijk de herinvesteringsreserve.

Deze conclusie lijkt evenwel weer in strijd met de opmerking in de Memorie van Toelichting dat ook een interne wijziging in zeggenschap/gerechtigdheid tot toepassing van lid 1 moet leiden.

In de Memorie van Toelichting bij de herinvesteringsreserve wordt nog opgemerkt dat aangezien een concern aanwezig wordt geacht bij een belang van één derde gedeelte, in joint venture verhoudingen de herinvesteringsreserve in de regel in stand kan blijven. Deze opmerking is in het licht van al het vorenstaande geheel onbegrijpelijk. Wanneer de joint venture wordt aangegaan met een bestaande structuur (bijv. moeder-dochter) zal er een wijziging in de uiteindelijke gerechtigdheid/zeggenschap optreden van 30 % of meer.

De Orde vraagt een nadere toelichting op het vorenstaande.

3. Terugkeer uit de BV (3.54a jo. 4.42a Wet IB 2001)

De Orde is van mening dat de fiscale wetgeving zodanige voorzieningen dient te bevatten dat de rechtsvorm van een onderneming kan worden gewijzigd, zonder dat hierbij fiscale belemmeringen een rol spelen. Vanuit dit perspectief bezien is de Orde positief over de invoering van een faciliteit voor de geruisloze terugkeer uit een BV.

De Orde meent dat de voorwaarden voor gebruik van de terugkeerciliteit niet onnodig bezwarend en complicerend mogen werken. De voorwaarde dat de BV moet worden ontbonden om van de terugkeerciliteit gebruik te kunnen maken, voldoet naar de mening van de Orde niet aan deze eis. In de eerste plaats omdat de ontbinding van een vennootschap en de vereffening van haar vermogen een tamelijk ingewikkelde en tijdrovende procedure is, waarbij aan tal van vennootschapsrechtelijke voorschriften dient te worden voldaan. In de tweede plaats omdat de ontbinding van een vennootschap een aantal fiscale problemen oproept die anders niet of in mindere mate aan de orde zouden komen, te weten:

- het voorkomen dat de aanmerkelijkbelangclaim verloren gaat (in het wetsvoorstel opgelost door de introductie van een terugkeerreserve);
- het voorkomen dat de verrekenbare verliezen van de BV verloren gaan (in het wetsvoorstel opgelost door een herwaardering van de vermogensbestanddelen van de BV en doorschuiving van de resterende verliescompensatie naar de aandeelhouders);
- het overbrengen van de pensioen- en lijfrenteverplichtingen van de BV (in het wetsvoorstel "opgelost" door een verhoging van de oudedagsreserve voor zover het FOR-lijfrenten betreft en voor het overige door het elders onderbrengen van de verplichtingen);
- het overbrengen van de niet-ondernemingsgebonden bezittingen van de BV (in het wetsvoorstel "opgelost" door een afrekening over de stille reserves in en de fiscalereserves die verband houden met deze bezittingen).

De Orde meent dat de bezwaren tegen het ontstaan van lege BV's ten gevolge van de terugkeer uit een BV niet opwegen tegen de complicaties die worden opgeroepen door de oplossingen voor bovengenoemde problemen en bepleit het laten vervallen van de ontbindingseis. Wellicht ten overvloede zij in dit verband gewezen op het feit dat het vennootschapsrecht en het fiscale recht tal van maatregelen tegen het misbruik van lege vennootschappen kennen, waarvan mag worden aangenomen dat deze niet zonder effect zijn. Voorts zij in dit verband gewezen op het merkwaardige effect van de ontbindingseis in gevallen waarin de BV pensioenverplichtingen in eigen beheer houdt. De BV dient dan te worden ontbonden om te voorkomen dat een lege BV achterblijft, maar de pensioenverplichtingen kunnen – aldus par. 5.4 van het nader rapport – desgewenst wel worden ondergebracht bij een speciaal daartoe opgerichte pensioen-BV (die uiteraard net zo leeg is als of leger is dan de ontbonden BV). De Orde vraagt zich af waarom het pensioen niet in de BV kan blijven zitten.

In het voorgestelde art. 14c, eerste lid, Wet VPB wordt als voorwaarde voor de terugkeerfaciliteit gesteld dat alle aandeelhouders de onderneming van de BV voortzetten. De Orde neemt aan dat deze voortzettingseis moet worden uitgelegd conform de arresten van de Hoge Raad van 29 augustus 1997, BNB 1997/374 en 375, inzake de voortzettingseis die geldt bij art. 18 Wet IB 1964. Dit betekent concreet dat slechts dan geen sprake is van de vereiste voortzetting als de gefacilieerde terugkeer “*onderdeel uitmaakt van een geheel van rechtshandelingen gericht op de overdracht of de liquidatie van de onderneming*”. De Orde vraagt te bevestigen of deze zienswijze juist is. Verder vraagt de Orde zich af of – in geval van een BV met meer dan één aandeelhouder – ook aan de voortzettingseis is voldaan als de onderneming van de BV wordt voortgezet in CV-verband waarbij een of meer van de voormalige aandeelhouders als commanditaire vennoten fungeren.

In het voorgestelde art. 14c, zesde lid, Wet VPB worden de grenzen aangegeven van de nadere, door de minister te stellen voorwaarden. De Orde betreurt het dat in of bij de memorie van toelichting geen conceptversie van deze voorwaarden is opgenomen. Deze voorwaarden kunnen immers van groot belang zijn voor de werkelijke betekenis van de voorgestelde faciliteit in gevallen waarin een terugkeer uit de BV wordt overwogen. De Orde pleit voor de publicatie van een conceptversie van de voorwaarden ruim voordat de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is afgerond. Voor een van de te stellen voorwaarden vraagt de Orde reeds in dit verband de aandacht. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat indien er meerdere aandeelhouders zijn, voorwaarden zullen worden gesteld, “zodat de gerechtigdheid tot de IB-onderneming (samenwerkingsverband) grotendeels overeenkomt met de gerechtigdheid tot de vennootschap.” De Orde vraagt zich af of het juist is dat uit het gebruik van de term “grotendeels” mag worden afgeleid dat de gerechtigdheid tot het vermogen van de personenvennootschap maximaal bijna 50% mag afwijken van de gerechtigdheid tot het vermogen van de BV? Zo neen, welke afwijking in gerechtigdheid is dan wel aanvaardbaar?

In art. 14c, vierde lid, onderdeel a, Wet VPB wordt de terugkeerfaciliteit uitgesloten voor vermogensbestanddelen van de BV die niet tot het ondernemingsvermogen van de voortzettende aandeelhouders kunnen gaan behoren. Dit betekent dat de faciliteit ook wordt uitgesloten voor vermogensbestanddelen van de BV, die weliswaar niet tot het ondernemingsvermogen van de voortzettende aandeelhouders kunnen gaan behoren, maar die wel tot het vermogen van een werkzaamheid van deze aandeelhouders gaan behoren (bijvoorbeeld een onroerende zaak die door de BV wordt verhuurd aan een kind van een van haar aandeelhouders ten behoeve van diens onderneming). De Orde vraagt zich af waarom deze beperking in de faciliteit is aangebracht nu ook bij deze vermogensbestanddelen een doorschuiving van de vennootschapsbelastingclaim (via doorschuiving van de boekwaarden) en van de aanmerkelijkbelangclaim (via vorming van een terugkeerreserve) mogelijk is. De Orde bepleit deze additionele doorschuivingsmogelijkheid alsnog op te nemen.

Wanneer bij de BV verrekenbare verliezen (of nog niet in aanmerking genomen buitenlandse winsten) aanwezig zijn, vindt een herwaardering van de vermogensbestanddelen van de BV plaats tot maximaal de waarde in het economische verkeer. De Orde vraagt zich af hoe deze herwaardering wordt toegerekend aan de afzonderlijke vermogensbestanddelen van de BV als de omvang van de verrekenbare verliezen kleiner is dan de maximaal mogelijke herwaardering. Worden dan de vermogensbestanddelen die deze verliezen hebben opgeroepen bij voorrang geherwaardeerd? En hoe verloopt de toerekening als niet kan worden vastgesteld welke vermogensbestanddelen de verliezen hebben opgeroepen?

De Orde vraagt zich af of bij de doorschuiving van de aanmerkelijkbelangclaim ook overwogen is om deze doorschuiving te doen plaatsvinden via het opleggen van een (renteloze) conserverende aanslag welke wordt ingevorderd op het moment dat de voortzettende aandeelhouder zijn onderneming staakt (bij een eerdere gedeeltelijke staking zou dan een evenredig deel van de conserverende aanslag kunnen worden ingevorderd)? De Orde is van mening dat de doorschuiving van de aanmerkelijkbelangclaim via een dergelijke conserverende aanslag veel eenvoudiger is dan de voorgestelde terugkeerreserve (waarbij een aanmerkelijkbelangclaim van een x-aantal guldens dient te worden “vertaald” in een reserve op de ondernemingsbalans die – rekening houdend met het van toepassing zijnde tarief – tot dezelfde betaling leidt). Kan bij een dergelijke conserverende aanslag niet - evenals bij de terugkeerreserve - rekening worden gehouden met de bedrijfsresultaten die na de terugkeer worden behaald, bijvoorbeeld door in geval van verliezen bij staking van de onderneming een deel van de conserverende aanslag kwijt te schelden, mits de stakende ondernemer afstand doet van (een deel van) zijn recht op verliescompensatie?

Is het juist dat de aanmerkelijkbelangclaim, voor zover deze verband houdt met vermogensbestanddelen die niet tot het ondernemingsvermogen van de voortzettende aandeelhouders kunnen gaan behoren, in de voorgestelde regeling niet kan worden doorgeschoven met behulp van een terugkeerreserve?

In het nader rapport wordt ten aanzien van de voorziening voor pensioenverplichtingen gesteld – de Orde vraagt te bevestigen dat dit in gelijke zin geldt voor de voorziening voor lijfrenteverplichtingen –, dat deze vrijvalt indien de pensioenverplichtingen niet worden ondergebracht bij een eigen pensioen-BV of bij een professionele verzekeraar. Bij een dergelijke vrijval wordt de waarde van de pensioenaanspraken ingevolge art. 19b Wet LB 1964 in de heffing van loonbelasting betrokken. Naar de mening van de Orde kan in een dergelijk geval de vrijgevallen voorziening – behoudens voor zover deze afwijkt van de waarde in het economische verkeer van de desbetreffende verplichtingen – niet in de heffing van vennootschapsbelasting worden betrokken. In de eerste plaats is deze vrijval immers geen voordeel dat de BV in het kader van de uitoefening van haar onderneming realiseert (in dit verband zij verwezen naar de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad in zijn arrest van 31 mei 1978, BNB 1978/252, het zogenoemde Zweedsegrootmoederarrest); er is veeleer sprake van een inbreng van informeel kapitaal door de betrokken aandeelhouder(s). In de tweede plaats verhindert de samenhang tussen de heffing van loon- en inkomstenbelasting en de heffing van vennootschapsbelasting dat een dergelijke dubbele belastingheffing ontstaat. De Orde vraagt deze zienswijze te bevestigen.

Bij het onderbrengen van pensioenverplichtingen in een eigen pensioen-BV kunnen financieringsproblemen worden voorkomen indien deze pensioen-BV haar financiële middelen kan uitlenen aan de voortzettende aandeelhouder(s). Blijkens par. 5.4 van het nader rapport acht de staatssecretaris deze wijze van belegging van het vermogen van de pensioen-BV in beginsel aanvaardbaar. De Orde vraagt zich af welke betekenis de woorden “in beginsel” in dit verband hebben. De Orde is van mening dat de mogelijkheid tot het verstrekken van leningen ook dient te bestaan als de terugbetaling van de leningen door de niet-optimale financiële positie van de voortzettende aandeelhouders niet is gewaarborgd. Het gaat bij de terugkeer uit de BV immers in veel gevallen om niet bijzonder rendabele ondernemingen waarbij de financiering niet zelden moeizaam verloopt. Verder is de Orde van mening dat ook voor lijfrenteverplichtingen van de BV, die zijn ontstaan in het kader van het afsluiten van een stakingslijfrente de mogelijkheid dient te worden geopend om deze onder te brengen bij een eigen lijfrente-BV (annex pensioen-BV) van de voortzettende aandeelhouder(s). Tevens moeten voor deze lijfrente-BV ruime mogelijkheden worden verschaft om haar vermogen uit te lenen aan de voortzettende aandeelhouders ter financiering van de door hen gedreven onderneming.

Zou deze mogelijkheid niet worden geopend, dan vreest de Orde dat de voorgestelde terugkeerfaciliteit in veel gevallen waarin de BV stakingslijfrente-verplichtingen heeft vanwege financieringsproblemen, niet toegankelijk zal zijn. De stakingslijfrente-verplichtingen dienen dan immers bij een toegelaten verzekeraar te worden ondergebracht en daarvoor zullen vaak de financiële middelen ontbreken.

Bij een eerdere inbreng van een IB-onderneming ontstaat er in veel gevallen een stamrechtverplichting in de BV (na gebruikmaking van de 5e tranche). Kan deze stamrechtverplichting (net als een pensioenverplichting) in een stamrecht-BV ondergebracht worden? Indien dit niet het geval is zal er naar de mening van de Orde een hoge drempel op terugkeer liggen. Afstorting bij een professionele verzekeraar is immers vaak geen optie in verband met het ontbreken van liquiditeiten in de BV.

4. Doorschuiffaciliteit bij bedrijfsopvolging (3.63 Wet IB 2001)

Naar de mening van de Orde kan een doorschuiffaciliteit bij de bedrijfsopvolging tussen natuurlijke personen van groot belang zijn, met name indien onvoldoende financiële middelen aanwezig zijn om de fiscale afrekening bij deze bedrijfsopvolging te financieren of indien de aanwezige financiële middelen in de nabije toekomst dienen te worden aangewend voor investeringen. Vanuit dit oogpunt bezien vindt de Orde het een goede zaak dat de doorschuiffaciliteit niet beperkt blijft tot de familiesfeer, maar ook kan worden toegepast in gevallen van bedrijfsopvolging door niet-familieleden.

Het voorgaande neemt echter niet weg dat de Orde ernstige bezwaren heeft tegen de voorwaarde dat alleen recht op toepassing van de faciliteit bestaat als de over te dragen onderneming gedurende de 36 maanden voorafgaande aan de overdracht tot een samenwerkingsverband heeft behoord waarin de overnemer participeerde en waaruit de overnemer gedurende deze periode als ondernemer winst heeft genoten. Deze voorwaarde houdt in dat de doorschuiffaciliteit buiten toepassing blijft in alle gevallen waarin een persoon, die tot dusver nog niet als ondernemer winst uit de over te dragen onderneming heeft genoten, als overnemende partij van (een deel van) deze onderneming optreedt. Er bestaat naar de mening van de Orde ten onrechte geen recht op de nieuwe doorschuiffaciliteit in onder andere de volgende voorbeelden:

- a. de overdracht van een onderneming door een vader aan zijn zoon die tot dusver bij hem in dienstbetrekking is geweest;
- b. de inbreng van een onderneming door een vader in een vennootschap onder firma waarbij ook zijn zoon – die tot dusver in dienstbetrekking is geweest – als vennoot toetreedt;
- c. de inbreng van een onderneming door een echtgenoot in een man-vrouw-firma, waarbij ook de andere echtgenoot – die tot dusver geen winst uit de onderneming heeft genoten – als vennoot toetreedt.

De Orde acht deze uitkomst in het licht van de ontwikkeling die de huidige doorschuiffaciliteit in art. 17 Wet IB 1964 heeft doorgemaakt onbevredigend. Immers:

Ad a: De doorschuiffaciliteit van art. 17 Wet IB 1964 is vanouds bedoeld geweest voor bedrijfsopvolging in de familiesfeer, onder andere met het oog op de bijzondere problematiek die vaak speelt bij deze vorm van bedrijfsopvolging. Het valt niet in te zien waarom in het kader van deze wetswijziging – zonder dat daarvoor solide argumenten worden aangedragen – een deel van de bedrijfsoverdrachten die wel in aanmerking kwamen voor de faciliteit van art. 17 Wet IB 1964, niet meer in aanmerking kunnen komen voor de nieuwe doorschuiffaciliteit.

Ad b: In 1983 is de doorschuiffaciliteit van art. 17 Wet IB 1964 uitgebreid tot de overdracht van een deel van een onderneming binnen de familiesfeer. Hierbij werd met name beoogd om toepassing van deze faciliteit mogelijk te maken bij de inbreng van de onderneming van een ouder in een vennootschap onder firma tussen deze ouder en een kind. Uit de memorie van toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel blijkt niet waarom de argumenten die in 1983 golden voor uitbreiding van de doorschuiffaciliteit nu niet meer gelden. De Orde vraagt hierop nader in te gaan.

Ad c: In 1990 is de reikwijdte van de doorschuiffaciliteit van art. 17 Wet IB 1964 uitgebreid door deze ook van toepassing te verklaren op de overdracht van (een deel van) een onderneming tussen echtgenoten. Deze uitbreiding – die was geadviseerd door de Commissie Meewerkende vrouw in eigen bedrijf (de Commissie Luimstra) – was met name bedoeld om ook bij de inbreng van een bestaande onderneming in een man-vrouw-firma van de doorschuiffaciliteit gebruik te kunnen maken. Uit de memorie van toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel blijkt niet waarom de argumenten die in 1990 golden voor uitbreiding van de reikwijdte van de doorschuiffaciliteit nu niet meer gelden.

Op grond van het voorgaande is de Orde van mening dat de 36 maanden-eis in de voorgestelde regeling, voor zover het bedrijfsopvolging in de familiesfeer betreft, dient te vervallen, zodat de momenteel bestaande doorschuivingsmogelijkheden bij de overdracht van (een deel van) een onderneming in de familiesfeer onverkort gehandhaafd blijven. Naar de mening van de Orde bestaan er geen bezwaren tegen het stellen van een 36 maanden-eis bij de overdracht van (een deel van) een onderneming aan niet-familieleden, zij het dat daarbij volgens de Orde ook zou kunnen worden volstaan met de eis dat de overnemer gedurende de 36 maanden voorafgaande aan de overdracht bij de overdragende ondernemer in dienstbetrekking is geweest en dat de aan de dienstbetrekking bestede tijd op jaarbasis heeft voldaan aan een norm die overeenkomt met het urencriterium van art. 3.6 Wet IB 2001.

De Orde vraagt zich af of bij de wijziging van de winstverdeling van een personenvennootschap, welke wijziging gevolgen heeft voor de omvang van de aanspraken van de vennoten op de stille reserves in het vermogen van deze personenvennootschap, sprake is van de overdracht van een deel van een onderneming en of hierbij desgewenst gebruik kan worden gemaakt van de doorschuiffaciliteit van art. 3.63 Wet IB 2001.

De Orde neemt aan dat het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 6 september 1999, nr. DB 99/128, BNB 1999/430, inzake de toepassing van art. 17 Wet IB 1964 bij de overdracht van melk-, mest-, vis- en suikerquota en van varkens-, fokzeugen- en ammoniakrechten, eveneens zal gelden voor de toepassing van art. 3.63 Wet IB 2001 bij de overdracht van deze quota en rechten. De Orde vraagt dit te bevestigen.

Momenteel neemt de Staatssecretaris van Financiën het standpunt in dat de doorschuiffaciliteit van art. 17 Wet IB 1964 bij de overdracht van een deel van een onderneming alleen toepassing kan vinden als het deel van de onderneming dat bij de overdrager achterblijft een onderneming in de zin van art. 6 Wet IB 1964 vormt (Infobulletin 88/75). De Orde verwacht dat bij de overdracht van een deel van een onderneming aan niet-familieleden in meer gevallen behoefte zal bestaan om tot het buitenvennootschappelijke ondernemingsvermogen gerekende onroerende zaken te gaan verhuren aan de overnemer. De Orde bepleit om bij de toepassing van de faciliteit van art. 3.63 Wet IB 2001 op het overgedragen deel van de onderneming de eis te laten vervallen dat de niet-overgedragen vermogensbestanddelen een materiële onderneming dienen te vormen en om deze faciliteit ook toe te staan voor het overgedragen deel van de onderneming als de niet-overgedragen vermogensbestanddelen geen materiële onderneming vormen.

De Orde vraagt zich af of bij de toepassing van de doorschuiffaciliteit van art. 3.63 Wet IB 2001 een voortzettingseis geldt, en zo ja, of de faciliteit bij de overdrager wordt teruggenomen als de overnemer niet aan deze eis voldoet. De Orde bepleit om een eventuele voortzettingseis uit te leggen conform de arresten van de Hoge Raad van 29 augustus 1997, BNB 1997/374 en 375, inzake de voortzettingseis die geldt bij art. 18 Wet IB 1964. Dit betekent concreet dat slechts dan geen sprake is van de vereiste voortzetting als de gefaciliteerde overdracht “onderdeel uitmaakt van een geheel van rechtshandelingen gericht op de overdracht of de liquidatie van de onderneming”.

Naar de mening van de Orde dient de faciliteit van art. 3.63 Wet IB 2001 ook te gelden indien (een deel van) een onderneming naar de situatie per 1 januari 2001 wordt overgedragen aan een niet-familielid en daarbij overigens is voldaan aan de in de wet gestelde voorwaarden. Een herleving van de (virtuele) problemen rond de toepassing van de doorschuiffaciliteit van art. 17 Wet IB 1964 op overdrachten van (een deel van) een onderneming tussen echtgenoten naar de toestand per 1 januari 1990 dient te worden voorkomen (in dit verband zij verwezen naar de column “Benepen doorschuiving” van L.G.M. Stevens in het Weekblad voor fiscaal recht van 22 maart 1990).

De Orde betreurt het dat in of bij de memorie van toelichting geen conceptversie is opgenomen van de in art. 3.63, vijfde lid, Wet IB 2001 bedoelde ministeriële regeling waarin de verkorting van de 36 maanden-termijn zal worden geregeld.

5. Staking door overheidsingrijpen (art. 3.64 Wet IB 2001)

De Orde staat positief tegenover de gedachte die ten grondslag ligt aan het voorgestelde art. 3.64 Wet IB 2001: het mogelijk maken de belastingclaim door te schuiven bij staking van de onderneming die een direct gevolg is van bepaalde vormen van overheidsingrijpen. In dat kader vindt de Orde het onterecht dat moet worden voldaan aan de boekwaarde-eis zoals die ook geldt voor de herinvesteringsreserve. Ten gevolge van het overheidsingrijpen (waarop de belastingplichtige geen invloed kan uitoefenen) kan de belastingplichtige, door de voorgestelde boekwaarde-eis, gedwongen worden over een gedeelte van de belastingclaim direct af te rekenen. Daarom pleit de Orde ervoor de boekwaarde-eis niet te stellen bij de onderhavige faciliteit.

Verder vindt de Orde het middel van een conserverende aanslag waarvoor de belastingplichtige voldoende zekerheid dient te stellen (zeker gezien de daarmee gemoeide kosten) in een situatie van overheidsingrijpen niet gewenst. Daarom pleit de Orde ervoor de eis van zekerheidsstelling niet als voorwaarde te stellen, behoudens indien de inspecteur het gerechtvaardigde vermoeden van misbruik van de regeling heeft. Omdat er sprake is van een situatie van overheidsingrijpen zou als alternatief ook worden bepaald dat de overheid de kosten van zekerheidsstelling voor haar rekening neemt.

Het voorgestelde vierde lid van art. 25 Invorderingswet bepaalt dat bij ministeriële regeling regels worden gesteld. In verband met de rechtszekerheid pleit de Orde ervoor deze regels voor zover mogelijk in de wet vast te leggen. Voor zover dit niet mogelijk is geeft de Orde er de voorkeur aan dat de bij ministeriële regeling te stellen regels in een zo vroeg mogelijk stadium van de parlementaire behandeling in concept aan de Kamer worden voorgelegd.

Naar het oordeel van de Orde verdient het aanbeveling de in het eerste lid van art. 3.64 Wet IB 2001 bedoelde vormen van overheidsingrijpen in het vierde lid van art. 3.64 Wet IB 2001 ruimer te omschrijven. Er zijn bijvoorbeeld situaties denkbaar waarbij een onteigening, wijziging van het bestemmingsplan, niet goed mogelijk is (of slechts na een tijdrovende en kostbare procedure), maar waarbij het toch gewenst is dat het bedrijf verplaatst wordt of iets dergelijks. Wanneer het bedrijf op verzoek van de overheid meewerkt aan de bedrijfsverplaatsing e.d. is er naar het oordeel van de Orde (in geval van een staking in fiscale zin) ook alle reden de faciliteit van art. 3.64 Wet IB 2001 toe te passen. Daarom stelt de Orde voor aan het vierde lid van art. 3.64 Wet IB 2001 de volgende twee onderdelen toe te voegen:

”c. het handelen van de overheid in het kader van het algemeen belang dat ertoe leidt dat de onderneming uiteindelijk niet langer op de oorspronkelijke plaats zal worden uitgeoefend; d. een door Onze Minister aan te wijzen vorm van overheidsingrijpen”.

De huidige resolutie inzake toepassing van de vervangingsreserve bij overheidsingrijpen (Resolutie van 25 augustus 1992, nr. DB92/3157, BNB 1992/313) is eveneens van toepassing voor de heffing van vennootschapsbelasting. In de resolutie is als additionele voorwaarde opgenomen dat tussen het tijdstip van vervreemding van het bedrijfsmiddel en het tijdstip van vervanging, geen wijziging mag zijn opgetreden in het belang bij het lichaam. Het voorgestelde art. 3.64 Wet IB 2001 is echter niet van overeenkomstige toepassing verklaard voor de heffing van vennootschapsbelasting. De Orde zou graag vernemen of dit uitdrukkelijk is beoogd en zo ja, wat hiervan de reden is.

Ook zou de Orde het gepast vinden indien men ter zake van de conserverende aanslag in geval van staking door overheidsingrijpen geen invorderingsrente verschuldigd zou zijn. Daartoe geeft de Orde in overweging art. 28, tweede lid, Invorderingswet zodanig aan te passen dat daarin ook art. 25, vierde lid, Invorderingswet als uitzondering wordt genoemd.

6. Lidmaatschapsrechten van coöperaties (4.5a Wet IB 2001)

De Orde kan in beginsel instemmen met de gelijkstelling van lidmaatschapsrechten van coöperaties met winstbewijzen voor de aanmerkelijkbelangregeling. Wel vraagt de Orde zich af of voor dergelijke lidmaatschapsrechten die dus met ingang van 1 januari 2001 tot een aanmerkelijk belang kunnen gaan behoren, de verkrijgingsprijs kan worden gesteld op de waarde in het economische verkeer per 1 januari 2001, een step up resp. step down derhalve. Vgl. hoofdstuk 2, art. I, onderdeel AB, derde lid, Invoeringswet Wet IB 2001 voor de zgn. tijdelijke winstbewijzen. Genoemde overgangsregeling is niet van toepassing, omdat de in art. 4.5a Wet IB 2001 voorgestelde gelijkstellingregeling niet is overgenomen in de Invoeringswet Wet IB 2001, zoals dit wel is geschied met bijvoorbeeld de gelijkstellingregeling voor koopopties en bewijzen van deelgerechtigdheid in open fondsen voor gemene rekening (vide hoofdstuk 2, art. I, onderdelen Z en AA, Invoeringswet Wet IB 2001). De Orde vraagt zich af of een dergelijke overgangsregeling bewust achterwege is gebleven en heeft, als dit het geval is, een onderbouwing hiervoor node gemist.

7. Vestigingsplaats fictie (artikel 2 Wet Vpb 1969)

De Orde constateert een steeds verdergaande afkalving van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2 lid 4 Vpb. In het kader van de fiscale wetgeving omtrent juridische fusie en splitsing is reeds een uitzondering gemaakt op deze fictie voor de toepassing van artikel 14a, 14b en 29a Vpb. In het kader van wetsvoorstel 26 854 (herziening regime fiscale eenheid) wordt de reikwijdte van de vestigingsplaatsfictie verder ingeperkt door ook de artikelen 15 en 15a Vpb aan de uitzonderingen toe te voegen. In het onderhavige wetsvoorstel, tenslotte, wordt de lijst van uitzonderingen uitgebreid met de artikelen 13, 13b, 13c, 13d, 13f, 13g, 13i, 13j, 13k en 28b.

De Orde maakt bezwaar tegen deze geleidelijke - en wellicht voor sommige belastingplichtigen ongemerkte - uitholling van de vestigingsplaatsfictie. De Orde vraagt zich af waarom de regering niet kiest voor een helder en bespreekbaar regeringsstandpunt inzake de reikwijdte van de vestigingsplaatsfictie, in plaats van deze sluipende inperking van de bepaling. De Orde is benieuwd in welke gevallen - na invoering van het onderhavige wetsvoorstel - nog wel betekenis toekomt aan de fictie en wat voor die gevallen de ratio is van fictieve vestiging in Nederland op basis van het oprichtingscriterium. Was de fictie niet juist opgenomen om duidelijkheid te scheppen, zowel ten behoeve van de fiscus als ten behoeve van belastingplichtigen, en zo tijdrovende discussies over de vestigingsplaats van Nederlandse lichamen te voorkomen? Is die ratio voor de straks uitgezonderde bepalingen komen te vervallen? De Orde prefereert afzondering van de problematiek van art. 2 lid 4 Vpb in een apart wetsvoorstel, boven de in het onderhavige wetsvoorstellen - en voorgaande wetsvoorstellen - gekozen weg.

8. Omzetten en vervreemden vorderingen (art. 12 jo. 13b Wet Vpb 1969)

8.1. Algemeen

De Orde heeft met belangstelling kennisgenomen van de gewijzigde opzet ten aanzien van omzetting en vervreemding van afgewaardeerde vorderingen, zoals deze in het nieuw voorgestelde artikel 12 en het gewijzigde artikel 13b Wet Vpb 1969 is neergelegd. De Orde kan zich in beginsel vinden in de benadering waarin niet de schuldeiser, maar de schuldenaar het fiscale aangrijpingspunt vormt. De Orde is evenwel van mening dat de sanctie ten onrechte toegepast wordt in situaties waar geen sprake is van (dreigend) claimverlies voor de fiscus en in andere gevallen - met name in internationale verhoudingen - aanleiding geeft tot economische dubbele heffing. De Orde constateert tevens dat in een aantal gevallen het door de crediteur afgetrokken bedrag beduidend lager is dan het bij de debiteur in aanmerking te nemen winstbedrag en ziet hierin een ongerechtvaardigde overkill. Verder vraagt de Orde zich af in hoeverre het verschil van behandeling tussen vorderingen in Nederlandse vennootschappen en buitenlandse vennootschappen in strijd is met Europees recht.

8.2. Artikelsgewijs commentaar

Als belangrijkste reden voor een gewijzigde regeling met betrekking tot afgewaardeerde vorderingen wordt aangevoerd dat het huidige artikel 13b Wet Vpb 1969 slechts ziet op aan een verbonden lichaam verstrekte leningen en dat deze regeling in de praktijk niet afdoende werkt als de schuldeiser op het moment van omzetting nog geen met de schuldenaar verbonden lichaam is. In verband daarmee wordt de reikwijdte van de regeling uitgebreid tot alle schulden die worden omgezet in aandelenkapitaal of die worden overgedragen. Deze nieuwe keuze vergt naar de mening van de Orde een gedegen toelichting. De huidige Wet Vpb 1969 kent geen natuurlijke samenhang tussen de bij verschillende onafhankelijke lichamen in aanmerking te nemen winsten en verliezen. De Orde ziet voornamelijk geen aanleiding deze bepaling in niet-gelieerde verhoudingen toe te passen.

De regeling van het voorgestelde artikel 12 Wet Vpb 1969 veronderstelt blijkens de toelichting dat de aandelen na de omzetting van de vordering in aandelenkapitaal door de schuldeiser kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling. Nu dit artikel ook gaat gelden voor niet-gelieerde schuldeisers zullen zich ook gevallen voordoen waarbij dat niet het geval is. De Orde constateert echter dat de voorwaarde dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is niet in de tekst van artikel 12, eerste lid is opgenomen, waardoor in dergelijke gevallen dubbele heffing dreigt. De Orde pleit ervoor de tekst op dit punt aan te passen.

In artikel 12, eerste lid Wet Vpb 1969 is bepaald dat de schuldenaar bij voldoening van de schuld door uitgifte van aandelen (omzetting) voor het verschil tussen de boekwaarde van de schuld en de waarde in het economische verkeer een voordeel heeft genoten. De Orde constateert – zoals ook uit het in de Memorie van Toelichting gegeven voorbeeld blijkt – dat in een situatie waarin sprake is van meerdere aandeelhouders de winstneming bij de schuldenaar hoger uitvalt dan het door de schuldeiser genomen verlies, zodat in zoverre sprake is van overkill. De verhoging van het opgeofferde bedrag van de deelneming zal immers slechts in uitzonderlijke situaties van betekenis zijn. In het Nader rapport wordt opgemerkt dat de omzetting materieel nauwelijks verschilt van de kwijtschelding. De Orde is van mening dat het in die gedachte voor de hand ligt de fiscale behandeling daarbij aan te laten sluiten. Dat zou, zoals de Raad van State terecht constateert, tevens met zich moeten brengen dat de regeling van artikel 8, onderdeel c Wet IB 1964 (vrijstelling voor zover compensabele verliezen worden overtroffen) hier eveneens toepassing zou moeten vinden. Tot slot merkt de Orde op dat voor toepassing van de sanctie evenmin plaats lijkt in situaties waar de schuldeiser niets ten laste van zijn inkomen heeft kunnen brengen, welke situatie zich bijvoorbeeld voordoet als de vordering wordt gehouden door een natuurlijk persoon (niet aanmerkelijkbelanghouder) en door buitenlandse personen of lichamen gehouden vorderingen.

In artikel 12, tweede lid Wet Vpb 1969 is een regeling getroffen die cumulatie van het verloren gaan van verliescompensatie en winstneming bij de schuldenaar beoogt te voorkomen. In de wettekst wordt daarbij uitsluitend verwezen naar het nieuw voorgestelde artikel 20a Wet Vpb 1969. Aangezien de transactie die de verliescompensatie verloren doet gaan en de omzetting niet gelijktijdig behoeven plaats te vinden, acht de Orde het zinvol hier tevens uitdrukkelijk te verwijzen naar het huidige artikel 20, vijfde lid Wet Vpb 1969.

In artikel 12, vierde lid Wet Vpb 1969 wordt winstneming voorgeschreven als een schuld gaat functioneren als vermogen van de schuldenaar zonder dat de schuldenaar daartoe aandelen uitgeeft. In de Memorie van Toelichting wordt dit nader toegelicht met de opmerking dat alsdan bij een geldlening de voorwaarden waaronder de geldlening is verstrekt zodanig worden gewijzigd dat de schuldeiser geacht wordt deel te hebben in de onderneming van de schuldenaar. Mag de Orde deze uitlating aldus begrijpen dat hier – naast storting van agio zonder uitgifte van aandelen - bedoeld wordt op het door de Hoge Raad ontwikkelde begrip ‘deelnemerschapslening’? Gelet op de achtergrond van de regeling lijkt alleen reden tot heffing aanwezig indien de ‘quasi-lening’ bij de schuldeiser onder de deelnemingsvrijstelling valt. De Orde ziet graag bevestigd dat dit de bedoeling van de onderhavige regeling is. In dit artikel wordt ook gesproken van leningen verstrekt aan verbonden natuurlijke personen. Kan nader worden toegelicht hoe hier sprake zou kunnen zijn van een informele kapitaalstorting, en waaraan concreet gedacht wordt?

Artikel 12, vijfde lid Wet Vpb 1969 schrijft winstneming bij de schuldenaar voor bij overdracht van een vordering in gelieerde verhoudingen. In het zesde lid is bepaald dat deze winstneming achterwege kan blijven voor zover de schuldvordering behoort tot het vermogen dat in Nederland aan de vennootschapsbelasting is onderworpen, dan wel bij overdracht aan in het buitenland gevestigde lichamen of woonachtige personen indien per saldo een belasting naar de winst wordt geheven die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. De Orde constateert dat deze bepaling de nodige overkill bevat, nu ook sprake is van verplichte winstneming bij de schuldenaar indien de overdragende vennootschap een buitenlandse concernvennootschap is. Voor toepassing van de sanctie is in dergelijke gevallen geen aanleiding, nu geen Nederlandse claim verloren gaat. Indien een Antilliaanse vennootschap haar vordering aan een andere Antilliaanse vennootschap overdraagt is er geen aanleiding hieraan in Nederland fiscale gevolgen te verbinden, omdat doorgaans geen afwaardering van de vordering ten laste van in Nederland belastbare winst zal hebben plaatsgevonden.

De Orde beveelt aan de reikwijdte van deze bepaling te beperken tot vorderingen die zich in de Nederlandse sfeer bevinden. Uit de letterlijke tekst van het vijfde lid volgt evenmin dat enige afwaardering moet hebben plaatsgevonden bij de schuldeiser. Verder is het de Orde niet duidelijk waarom de sanctie aanknoopt bij de boekwaarde van de schuld. Indien de schuldeiser een vordering van 100 heeft afgewaardeerd naar 80 en deze vervolgens overdraagt, is het de Orde volstrekt onduidelijk waarom de schuldenaar een bate van 100 (boekwaarde schuld) moet verantwoorden. Verder constateert de Orde dat in buitenlandse situaties economische dubbele heffing dreigt te ontstaan, te weten heffing over de waardestijging van de vordering in het buitenland en verplichte winstneming in Nederland.

In artikel 12, zesde lid en artikel 13b, vierde en vijfde lid Wet Vpb 1969 wordt gesproken van een belasting naar de winst die per saldo naar Nederlandse maatstaven redelijk is. Kan nader worden aangegeven wanneer hiervan sprake is? Is hierbij gedacht aan het in dit kader in de wetsgeschiedenis van artikel 10a Wet Vpb 1969 vermelde? In artikel 12, zesde lid Wet Vpb 1969 wordt ten aanzien van de Nederlandse vennootschapsbelasting over 'onderworpen' gesproken en ten aanzien van buitenlandse heffingen over 'geheven'. De Orde verneemt graag of hiermee een verschil is beoogd; leidt de aanwezigheid van verliescompensatie in het buitenland tot winstneming?

De Orde constateert dat het derde onderdeel (letter c) van artikel 12, zesde lid minder zorgvuldig is geredigeerd. Waar sprake is van een natuurlijk persoon dient "vennootschapsbelasting" en "belasting naar de winst" te worden vervangen door "inkomstenbelasting" en "belasting naar het inkomen". Gelet op het voorstaande geeft de Orde ernstig in overweging de hier gekozen benadering te heroverwegen.

De Orde stemt – met inachtneming van de hierboven gesignaleerde gebreken - in met de keuze die is gemaakt voor winstneming bij de debiteur. Met verbazing constateert de Orde evenwel dat wordt voorgesteld om in internationale verhoudingen tevens het huidige artikel 13b Wet Vpb 1969 (in aangescherpte vorm) te behouden. Als argument daarvoor wordt aangedragen dat het zeer de vraag is of het buitenland het omzettingsvoordeel in de heffing betreft, waardoor de regeling van artikel 12 Wet Vpb 1969 'onevenwichtig' zou uitwerken. De regeling houdt slechts beperkt rekening met de gevolgen in het buitenland. Krachtens het vierde lid blijft winstneming bij de schuldeiser achterwege indien de omzetting tot 'redelijke belastingheffing' leidt in het buitenland dan wel bij latere omzetting tot heffing zou kunnen leiden. Indien overdracht plaatsvindt zonder dat omzetting plaatsvindt, dan wel omzetting plaatsvindt in een situatie waarin de waardestijging van de uitgegeven aandelen tot winst leidt, treedt dubbele heffing op. Daarnaast valt op dat de regering in het geheel geen aandacht besteedt aan de spiegelbeeldsituatie die zich voordoet als een buitenlandse vennootschap een vordering op een Nederlandse vennootschap omzet in aandelenkapitaal. Alsdan zal in het buitenland worden geheven indien dat buitenland een met artikel 13b Wet Vpb 1969 vergelijkbare bepaling kent of de waardestijging van de aandelen zich in de belaste sfeer voltrekt, terwijl in Nederland het regime van artikel 12 Vpb 1969 wordt toegepast. De Orde acht het volstrekt onacceptabel dat gekozen wordt voor gelijktijdige toepassing van twee totaal verschillende concepten zonder dat men zich in alle opzichten rekenschap geeft van de buitenlandse consequenties. Naar de mening van de Orde zou ofwel gekozen moeten worden voor een regeling die naadloos aansluit bij de buitenlandse fiscale behandeling dan wel voor één concept waarbij de buitenlandse gevolgen voor lief worden genomen. In de nu voorgestelde regeling probeert men van twee walletjes te eten met dubbele heffing als gevolg.

Met de Raad van State vraagt de Orde zich af in hoeverre het nu voorgestelde regime de toets van het Europese recht kan doorstaan. De Orde constateert dat bij leningen die door of aan in andere EU-landen gevestigde lichamen of natuurlijke personen worden verstrekt eerder sprake zal zijn van winstneming, waarbij in een niet onaanzienlijk aantal gevallen economische dubbele heffing dreigt op te treden. Een en ander lijkt de Orde met name in strijd met de in artikel 49 en 56 EG-Verdrag neergelegde discriminatieverboden.

De Orde constateert dat niet voorzien is in een overgangsregeling. Doordat de nieuwe regeling een ander aangrijpingspunt kent zou dubbele heffing kunnen optreden. Indien bijvoorbeeld een Nederlandse B.V. in 1999 een afgewaardeerde vordering aan een buitenlandse vennootschap heeft overgedragen, zal op basis van het huidige artikel 13b Wet Vpb 1969 winst zijn genomen. Indien vervolgens in 2001 de onvolwaardige vordering wordt omgezet in aandelenkapitaal zal op basis van het voorgestelde artikel 12 winst moeten worden genomen door de schuldenaar. De hieruit resulterende dubbele heffing is naar mening van de Orde ongerechtvaardigd. De Orde suggereert in dit kader een bepaling op te nemen die winstneming voorkomt indien en voor zover met betrekking tot de lening artikel 13b Wet Vpb 1969 is toegepast.

9. Wijziging deelnemingsvrijstelling (art. 13g jo 23c Wet Vpb 1969)

9.1. Algemeen

De Orde heeft met verontrusting kennis genomen van het voorstel om de deelnemingsvrijstelling te vervangen door een verrekeningssysteem voor beleggingsdochters en voor passieve buitenlandse groepsfinancieringsmaatschappijen. De Orde meent dat hier onder het mom van financiering van het pakket met behulp van een 'overige reparatie in de vennootschapsbelasting' en (in het rapport) onder het hoofdje 'maatregelen tegen oneigenlijk gebruik en misbruik' een zeer principiële wijziging in de deelnemingsvrijstelling wordt voorgesteld.

Het rapport 'Belastingen bedrijfsleven 21^e eeuw' kondigde in 1999 maatregelen aan in de sfeer van artikel 13g ter zake van het misbruik dat gemaakt wordt van passieve groepsfinancieringsmaatschappijen die binnen de Europese Unie gevestigd zijn. Het ingediende wetsvoorstel gaat echter zeer veel verder door deze aangekondigde maatregelen uit te breiden tot alle vormen van beleggingen middels in de EU gevestigde vennootschappen.

De in de Memorie van Toelichting gegeven motivering, namelijk het wegnemen van een ongelijkheid met buiten de EU gevestigde beleggingsdochters, kan naar de mening van de Orde het voorstel in het geheel niet dragen.

Overigens merkt de Orde op dat deze toelichting niet strookt met de oorspronkelijk aangegeven reden namelijk het bestrijden van misbruik en oneigenlijk gebruik. Niet valt in te zien dat het houden van beleggingen in een andere EU lid-staat als misbruik of oneigenlijk gebruik kan worden gekwalificeerd.

De in de Memorie genoemde ongelijkheid die de staatssecretaris wenst weg te nemen, wordt juist *veroorzaakt* door EU-recht, namelijk de EU Moeder-Dochterrichtlijn, welke richtlijn tot gevolg heeft dat EU-vennootschappen anders behandeld worden dan niet-EU vennootschappen.

Verder merkt de Orde op dat de door de Memorie van Toelichting geconstateerde ongelijkheid door het wetsvoorstel helemaal niet wordt opgeheven, doch slechts wordt vervangen door een andere ongelijkheid: de voorgestelde verrekeningsmethode is namelijk niet van toepassing op niet-EU beleggingsdochters.

Als het geheel wordt aangenomen ontstaan met betrekking tot dividenden afkomstig van beleggingsdochters drie verschillende systemen: (1) deelnemingsverschillen voor binnenlandse dividenden, (2) de 13g-23c credit methode voor dividenden van buiten Nederland maar van binnen EU en (3) geen deelnemersvrijstelling noch verrekening voor dividenden buiten de EU. Slechts voor binnenlandse beleggingsdochters vallen vermogenswinsten op aandelen onder de deelnemingsvrijstelling. Verder ontstaat een verschil in fiscale behandeling van pure valutaresultaten gerealiseerd op aandelen in actieve en passieve vennootschappen. Deze waaier van verschillende mogelijkheden maakt de regelgeving er in het geheel niet helderder op.

Verder veroorzaakt het voorstel andere vormen van ongelijkheid, namelijk:

1. Binnenlandse beleggingsdochters worden onder huidig recht gelijk behandeld als EU beleggingsdochters (de deelnemingsvrijstelling is daarop namelijk van toepassing); het wetsvoorstel creëert een ongelijkheid, doordat EU beleggingsdochters anders behandeld worden dan binnenlandse dochters. De Orde is van mening dat het onder het EU recht niet is toegestaan bij de implementatie van de Moeder-Dochterrichtlijn een onderscheid te maken tussen binnenlandse en EU-dochters. Het wetsvoorstel vervangt derhalve een door het EU recht *toegestane* ongelijkheid met buitenlandse niet-EU beleggingsdochters door een *niet* door het EU recht *toegestane* ongelijkheid met binnenlandse beleggingsdochters.
2. Ten aanzien van passieve buitenlandse groepsfinancieringsactiviteiten geldt dat het Besluit voorkoming dubbele belasting voor vaste inrichtingen – buiten de situatie dat een belastingverdrag een vrijstelling voorschrijft (en Nederland heeft aangekondigd deze verdragen te gaan aanpassen) – voor dergelijke activiteiten ook de verrekeningsmethode toepast, echter altijd een minimum credit geeft van het halve Nederlandse vennootschapsbelastingtarief (momenteel derhalve 17,5%). Het wetsvoorstel bevat een dergelijke minimum credit niet. Het wetsvoorstel creëert derhalve een ongelijkheid tussen een vaste inrichting met passieve groepsfinancieringsactiviteiten (binnen de EU met een oud verdrag: vrijstelling; binnen de EU met een nieuw verdrag: minimum 17,5% credit) en een EU-dochter met gelijke activiteiten (credit zonder minimum).

Door het wetsvoorstel herleeft de voor 1 januari 1992 bestaande, naar de mening van de Orde, voor de praktijk ongewenste situatie dat binnen de EU vastgesteld zal moeten worden met welk doel een Nederlandse vennootschap een investering in een andere EU Lid-Staat gedaan wordt, als belegging, of binnen het kader van de onderneming van die vennootschap (of de groep waartoe zij behoort). De Orde verwijst daarbij bijvoorbeeld naar situaties waarbij een niet-controlerend belang wordt gehouden in een onderneming met een branchevreemde activiteit, waarbij de inspecteur ter discussie stelt met welk doel dit belang is verworven.

Daarnaast worden onroerend goedgefonden die EU onroerend goed belangen houden via buitenlandse onroerend goed dochters, dubbel belast, terwijl fondsen die direct buitenlands onroerend goed houden gebruik kunnen maken van de onroerend goed vrijstelling in de verdragen.

Het meest ingrijpende effect van het voorstel is dat bij vervreemding van de aandelen in een buitenlandse beleggingsdochter de verkoopwinst (die gelijk zal zijn aan de onderliggende beleggingswinst) tot volledige Nederlandse belastingheffing leidt, terwijl meestal nog geen buitenlandse belasting geheven zal zijn die tot verrekening zou kunnen leiden.

9.2. Conclusie

De Orde meent dat de gronden die worden aangedragen voor deze principiële wijzigingen van de deelnemersvrijstellingen het wetsvoorstel niet kunnen dragen en meent dat het wetsvoorstel in zijn huidige vorm het Staatsblad niet dient te bereiken.

Als al besloten zou worden tot invoering van een verrekeningssysteem, dan dient dit beperkt te blijven tot de eerder aangekondigde maatregel, namelijk tot de passieve buitenlandse groepsfinancieringsmaatschappijen. Tevens dient daarbij de minimum credit zoals nu voorzien in het Besluit voorkoming dubbele belasting te worden opgenomen en dient er nadere verduidelijking plaats te vinden van de voorgestane verrekeningssystematiek.

9.3. Overige opmerkingen

Het komt de Orde voor dat de internationale trend lijkt te zijn om van een verrekensysteem over te stappen op een vrijstellingssysteem. De Orde verwijst naar de recent in Duitsland aangenomen Steuerreform en de recent in Spanje ingevoerde uitbreiding van de deelnemersvrijstelling in internationale verhoudingen. Gaat Nederland in dit opzicht niet juist tegen de internationale trend in? De Orde meent dat hier een negatief langere termijn effect kan optreden voor de aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland voor internationale ondernemingen.

Het verbaast de Orde dat de voorgestelde maatregel niet wordt uitgebreid tot buitenlandse beleggingsdochters die niet een van de rechtsvormen hebben genoemd in de Moeder-Dochterrichtlijn. Kan aangegeven worden wat daarvan vanuit Nederlandse optiek de materiële ratio is, zeker nu in EU verband het voornemen bestaat de werking van de Moeder-Dochterrichtlijn daartoe uit te breiden? Is het verstandig om ook op dit punt ongelijkheid te handhaven?

De Orde constateert dat de bijzonder regime voorwaarde blijft gehandhaafd in artikel 13g, lid 2, onderdeel a, en meent dat zulks in strijd is met de Moeder-Dochterrichtlijn. De Orde verwijst naar het arrest van het EG Hof van Justitie in de zaak 'Leur-Bloem' en de vergelijkbare discussie over de strekking van de anti-misbruikbepaling in de fusierichtlijn.

9.4. Complicaties van een verrekeningssysteem

De Orde constateert dat de toelichting geheel voorbij gaat aan de zeer complexe werking van het verrekeningssysteem in internationale verhoudingen. De Orde denkt hier aan problemen zoals:

1. De verrekening wordt slechts gegeven voor belasting die wordt geheven op het eerste niveau dochtermaatschappij, terwijl de meeste verrekensystemen ook verrekening toestaan van de kleindochter (en meerdere niveaus omlaag) geheven belasting. De Orde merkt op dat een dergelijke maatregel ook in EU verband besproken wordt. Hoe wordt omgegaan met een directe dochtermaatschappij in een verrekeningsland, die dividenden ontvangt uit een kleindochtermaatschappij? De belasting op het niveau van de dochtermaatschappij wordt dan immers verminderd met de op het kleindochtermaatschappij niveau geheven belasting. Gaat Nederland die belasting nog een keer heffen?

2. Situaties van verliesverrekening:

- a) EU-dochter behaalt in 2001 een winst van 1000, in 2002 is er sprake van een verlies van 250. Begin 2003 wordt 200 dividend uitgekeerd. Ervan uitgaande dat de winst in 2001 wordt uitgekeerd, lijkt een credit te moeten worden gegeven voor de in 2001 geheven belasting. Wordt dit standpunt gedeeld?
- b) EU-dochter leidt verliezen in 2001 en 2002 zodat geen lokale Vpb verschuldigd is. Begin 2003 wordt een dividend uitgekeerd. Dit dividend moet dus betrekking hebben op voor 2001 behaalde winsten. Moet hier een credit worden gegeven?
- c) Een EU-dochter keert een dividend uit in 2001 uit lopende normaal belaste winst. Nederland geeft een credit. In 2004 wordt een verlies geleden dat volgens lokale wetgeving kan worden teruggewenteld, als gevolg waarvan een deel van de in 2001 verschuldigde buitenlandse Vpb wordt gerestitueerd. Heeft dit gevolgen voor de reeds in Nederland gegeven credit?

3. Complicaties die optreden bij buitenlandse fiscale eenheden of andere vormen van consolidatie waarbij de ene vennootschap haar fiscale winst overdraagt aan een andere vennootschap. Mag de van de topvennootschap geheven belasting worden verrekend, als die ook betrekking heeft op door haar dochters (kleindochters van Nederland) geheven belasting? Idem, terzake van bijvoorbeeld sub-part F belasting geheven bij de topvennootschap? Als de topvennootschap winsten overdraagt naar verlieslijdende dochters, hoe wordt daar dan rekening mee gehouden? Wat indien de topvennootschap op zichzelf genomen belasting verschuldigd is, maar deze door consolidatie met een verliesgevende dochter wordt gecompenseerd, waardoor na consolidatie geen belasting verschuldigd is?

4. Het realisatietijdstip naar Nederlandse maatstaven behoeft geenszins hetzelfde te zijn als het realisatietijdstip in het land waar de dochtervennootschap is gevestigd, zodat het mogelijk is dat in Nederland belasting wordt geheven, terwijl de buitenlandse belasting nog niet (of al eerder) geheven is. Hoe wordt daar rekening mee gehouden? Wat gebeurt er bij latere naheffingen in het buitenland; mag die nageheven belasting alsnog worden verrekend en zo ja, in welk jaar? Hoe wordt het begrip 'toe te rekenen' in deze uitgelegd? Welke maatstaven worden daarbij aangelegd: Nederlandse of buitenlandse?

De Orde meent dat het, gezien het grote aantal gevallen waarin de voorgestelde maatregel van belang wordt, voor de rechtszekerheid van wezenlijk belang is dat al dit soort situaties in een nadere toelichting worden uitgewerkt.

9.5. Overige technische opmerkingen

Tenslotte heeft de Orde nog een aantal opmerkingen van technische aard:

De brutering bedoeld in het voorgestelde artikel 13g, lid 3 dient beperkt te worden tot de daadwerkelijk in het betreffende jaar verrekenbare belasting. Anders zou de situatie kunnen ontstaan dat er een hoger bedrag aan buitenlandse belasting moet worden bijgeteld dan waarvoor verrekening verleend wordt; in welk geval de brutering niet meer een technische correctie is, doch leidt tot belasting over belasting. De Orde meent dat de juiste oplossing is dat in artikel 13g, lid 3, wordt verwezen naar de buitenlandse belasting welke met inachtneming van artikel 23c in dat jaar verrekend kan worden.

De Orde meent dat in artikel 23c, niet slechts de situatie genoemd dient te worden waarin 25% van het nominaal gestort kapitaal wordt gehouden, doch ook de situatie waarin 25% van de stemrechten worden gehouden, althans in de situatie zoals genoemd in het voorgestelde artikel 13g, lid 5. De Orde meent dat deze omissie ondervangen kan worden door integraal te verwijzen naar artikel 13g, in plaats van in de inleiding van artikel 23c opnieuw te definiëren wanneer het van toepassing is.

Gezien de hiervoor gemaakte opmerking over eventuele verschillen in realisatietijdstip, meent de Orde dat een evenwichtiger systeem ontstaat indien aansluiting wordt gezocht bij de systematiek van de verliesverrekening en dat achterwaartse verrekening (3 jaar conform de verliesverrekening) eveneens mogelijk gemaakt zou moeten worden.

10. Beperking verliescompensatie (art. 20a Wet Vpb 1969)

10.1. Behoud structuur vennootschapsbelasting

De Orde heeft grote bezwaren tegen de voorgestelde regeling die de mogelijkheden tot verliescompensatie zeer sterk inperkt. De Orde is van mening dat de voorgestelde regeling in grote mate indruist tegen de structuur van de vennootschapsbelasting². De Orde constateert dat in de voorgestelde regeling winsten en verliezen worden gekoppeld aan de onderneming in plaats van aan de vennootschap, hetgeen kenmerken zijn van een ondernemingswinstbelasting. De Orde is van mening dat een dergelijke vergroting van de inbreuk op de structuur van de vennootschapsbelasting zonder een meer principiële discussie ontoelaatbaar is.

De Orde wijst erop dat de vennootschapsbelasting een belasting is naar de winst van *lichamen*. Het systeem van de wet brengt met zich mee dat de totale winst niets anders is dan de som van jaarwinsten. Dit principe stond ook aan de basis van de Wet van 23 december 1994, Stb 937, waarin de beperking in de tijd van de voorwaartse verliescompensatie werd opgeheven.

Al zou men beogen de winsten en verliezen te koppelen aan de onderneming, dan is dit principe niet consequent doorgevoerd. In die benadering zouden ook verliezen verloren kunnen gaan zonder dat er andere aandeelhouders zijn. De Orde is van mening dat er geen helder uitgangspunt ten grondslag ligt aan de nieuwe regeling.

De Orde is van mening dat, ter behoud van de structuur van de vennootschapsbelasting, de aanpassing van de huidige regeling beperkt dient te blijven tot hetgeen voor een adequate bestrijding van misbruik noodzakelijk is.

10.2. Wijziging van activiteiten gevolgd door overname

Naast de genoemde principiële bezwaren constateert de Orde dat zich onder de voorgestelde regeling diverse onevenwichtigheden kunnen voordoen.

De Orde is van mening dat een vennootschap welke na een verliesgevende periode andere activiteiten heeft opgestart door de nieuwe regeling ernstig wordt benadeeld. De Orde constateert dat als gevolg van het voorgestelde vierde lid onderdeel b een wijziging van activiteiten tot een voorwaardelijke beëindiging van de verliescompensatie leidt, met als opschortende voorwaarde een belangrijke wijziging van de uiteindelijke zeggenschap. Zodra een belangrijke wijziging in de gerechtigdheid zich na de aanvang van nieuwe activiteiten voordoet komt een einde aan het recht op verliesverrekening. Dit is zelfs het geval indien de wijziging van zeggenschap zich pas geruime tijd na de start van de nieuwe activiteiten voordoet.

De Orde constateert dat op basis van de huidige regeling³ dit gevolg slechts optreedt indien er een directe samenhang bestaat tussen de aanvang van de nieuwe activiteiten en de overgang van de gerechtigdheid. De Orde concludeert dat een, onder doel en strekking van de bestaande regeling, legitieme wijze van verliescompensatie door de nieuwe regeling zal worden bestreden.

² Zie Handelingen Tweede Kamer 1968/1969, blz. 3187 lk.

³ HR 28 april 1993, BNB 1993/212

De Orde is van mening dat de geconstateerde verruiming van de toepassing van de regeling een aanzienlijke belemmering oplevert indien een vennootschap na het opstarten van nieuwe activiteiten betrokken raakt bij een fusie, splitsing, overname of bedrijfsopvolging. Het vervallen van het recht op verliescompensatie zal de totstandkoming van dergelijke bedrijfseconomisch gewenste transacties belemmeren. De Orde merkt op dat bij een bedrijfsopvolging sprake kan zijn van een gedwongen situatie, bijvoorbeeld in het geval de DGA overlijdt en de erfgenamen de vennootschap met onderneming geheel of gedeeltelijk willen overdragen aan het personeel of een derde.

Zoals reeds door de Raad van State is opgemerkt doet de onevenwichtigheid zich ook voor indien de vennootschap een (achterklein)dochtermaatschappij is van een concern, waarvan de moedermaatschappij wordt overgenomen, in welk geval het recht op verliescompensatie geen enkele rol zal spelen. Volgens de in het nader rapport gegeven verklaring beoogt het voorstel te voorkomen dat de nieuwe aandeelhouder van de moeder zal profiteren van de verliezen die uiteindelijk ten laste van de vorige aandeelhouder zijn gekomen. Volgens de Staatssecretaris speelt - net zo als in de huidige regeling - het feitelijke doel van de nieuwe aandeelhouder met de koop van de aandelen geen rol. De Orde is niet overtuigd van de door de Staatssecretaris op dit punt gegeven verklaring. Onder de huidige regeling speelt het motief van de nieuwe aandeelhouder in de geschetste situatie juist wel een rol. Immers, de jurisprudentie⁴ vereist voor de toepassing van de huidige regeling een directe samenhang tussen de aanvang van de nieuwe activiteiten en de overgang van het belang. In BNB 1993/212 overwoog de Hoge Raad dat van samenhang geen sprake was omdat de aanwezigheid van verliezen "geen zelfstandige reden heeft gevormd voor de overname van de vennootschap". Slechts bij overname van een vennootschap welke na de staking geen nieuwe onderneming is aangevangen blijft het motief van de overnemende aandeelhouder(s) in de huidige regeling buiten beschouwing.

10.3. Interne wisseling van aandeelhouders

De Orde constateert dat in de voorgestelde regeling ook interne wijzigingen een rol spelen bij de bepaling of zich een belangrijke wijziging in de zeggenschap voordoet. Dit zal er onder omstandigheden toe leiden dat na een overdracht binnen de bestaande groep van aandeelhouders het recht op verliescompensatie verloren gaat. Twee broers houden ieder 50% van de aandelen van een BV die verliezen lijdt. Op enig moment stapt één broer uit en draagt zijn aandelen over aan zijn broer. In dat geval gaat de hele verliescompensatie verloren, en verliest dus ook de overnemende broer "zijn" aandeel in het verlies. In dit verband vraagt de Orde tevens de aandacht voor de joint-venture vennootschap welke na een verliesgevende periode nieuwe activiteiten is aangevangen. Volgens de toelichting op het voorgestelde tweede lid van artikel 20a zou bij een overdracht van aandelen tussen joint-venture partners het recht op verliescompensatie in de regel in stand blijven. Dit wordt verklaard aan de hand van de concerndefinitie van artikel 15b lid 1 onderdeel c Wet Vpb 1969 welke bij een belang van ten minste een derde een concern veronderstelt⁵. De Orde constateert dat de nieuwe regeling een joint-venture vennootschap gehouden door vennootschappen bevoordeelt ten opzichte van vennootschappen gehouden door natuurlijke personen die geen beroep kunnen doen op het tweede lid van artikel 20a. De Orde vraagt de Staatssecretaris dit onderscheid te verklaren.

De Orde is van mening dat in de concerndefinitie van artikel 2a lid 2 het begrip "direct" dient te vervallen voor situaties van verhangingen van indirecte belangen binnen een concernverband indien het concern uit meerdere vennootschapslagen bestaat.

⁴ Zie de overwegingen van de Hoge Raad in BNB 1993/212

⁵ Zie de toelichting bij het voorgestelde artikel 15e Wet Vpb 1969

De Orde vraagt de aandacht voor de situatie dat na een belangrijke wijziging van de uiteindelijke aandeelhouders van de vennootschap de aandelen weer in handen komen van de personen die aandeelhouder waren op het moment dat het verlies is geleden. Onder de tekst van de bestaande regeling zou het verlies na de terugoverdracht weer verrekenbaar zijn. De Orde vraagt om een nadere toelichting op deze situatie onder de voorgestelde regeling.

De Orde is voorts van mening dat uitgifte van prioriteitsaandelen of een wijziging van het bestuur van een stichting administratiekantoor niet tot beperking van verliescompensatie zou mogen leiden. De Orde vraagt te bevestigen dat in dergelijke situaties de sanctie niet kan worden toegepast.

10.4. Beursgenoteerde vennootschappen

De Orde vraagt aandacht voor het derde lid van het voorgestelde artikel 20a welke ziet op situaties waarin het wenselijk is dat het recht op verliescompensatie behouden blijft. Het in het derde lid onder a genoemde geval ziet volgens de toelichting⁶ met name op vennootschappen waarvan de aandelen ter beurse worden verhandeld.

De Orde begrijpt uit de toelichting dat de uitzondering alleen van toepassing is voor zover de aandelen ter beurse worden verhandeld en de handel niet uitgaat boven hetgeen voor die vennootschap gebruikelijk is.

criterium: voor zover ter beurse verhandeld

De Orde merkt op dat er nog diverse andere voor beursgenoteerde ondernemingen gebruikelijke transacties bestaan waarbij het belang in de aandelen wijzigt. In dit kader vraagt de Orde aandacht voor: een fusie tussen beursgenoteerde vennootschappen, een splitsing waarbij nieuwe beursgenoteerde vennootschappen ontstaan en een overname door een beursgenoteerde vennootschap tegen uitreiking van aandelen aan de aandeelhouders van de overgenomen vennootschap. De Orde is van mening dat gezien de aard en omvang van bedrijfseconomische belangen welke ten grondslag liggen aan deze transacties er geen sprake is van handel in verliesvennootschappen. Volgens de Orde zou het evenwel ongewenst zijn indien als gevolg van deze transacties, vennootschappen welke onderdeel uitmaken van de bij de transacties betrokken beursgenoteerde concerns het recht op verliesverrekening verliezen. Dit is met name van belang voor groepsmaatschappijen welke hun activiteiten hebben gewijzigd en betrokken raken bij één van de genoemde transacties (zie tevens het commentaar onder 11.2 “wijziging van activiteiten”).

De Orde vraagt de aandacht voor aandelen in een beursgenoteerde vennootschap die op een interne markt van een bank of verzekeraar worden verhandeld. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij unit-linked verzekeringen en bepaalde beleggingsarrangementen aangeboden door banken en verzekeraars. De gerechtigdheid tot de aandelen wordt door de bank of verzekeraar - meestal alleen in economische eigendom - overgedragen aan de cliënten.

De Orde stelt voor de toepassing van de uitzondering voor beursgenoteerde ondernemingen niet te beperken tot transacties welke via de beurs plaatsvinden.

criterium: gebruikelijke beurshandel

De Orde begrijpt uit de toelichting dat de uitzondering voor ter beurse verhandelde aandelen alleen van toepassing is voor zover sprake is van voor dat fonds “gebruikelijke handel”. Het opkopen in het kader van een overname wordt als niet gebruikelijke handel gezien.

⁶ Zie tevens de toelichting op het voorgestelde artikel 15e Wet Vpb 1969
27/31

De Orde is van mening dat het criterium van “gebruikelijke handel” onvoldoende concreet is en daardoor ongeschikt als criterium voor een zo ingrijpend gevolg als het verlies van het recht op verliescompensatie. De Orde vraagt aandacht voor de situatie waar verschillende partijen een strategisch belang trachten te verwerven in een beursgenoteerde onderneming door middel van aankopen op de beurs. Indien vier partijen een belang van ieder 10% weten te verwerven is in principe sprake van een belangrijke wijziging van de gerechtigdheid. Indien deze aankopen als ongebruikelijke handel zouden worden aangemerkt, zou het recht op verliescompensatie van de beursgenoteerde onderneming en haar dochtermaatschappijen mogelijk verloren gaan. Met name ondernemingen die hun activiteiten wijzigen zullen hier worden getroffen, zonder dat de leiding van de vennootschap daar enige invloed op heeft. De Orde wijst op de mogelijkheid dat concurrenten belangen kunnen verwerven in de vennootschap met als resultaat het tenietgaan van het recht op verliescompensatie door de vennootschap.

De Orde stelt voor het criterium “gebruikelijke handel” te laten vervallen als voorwaarde bij de toepassing van de uitzondering voor beursgenoteerde vennootschappen.

Criterium: bekendheid met zeggenschap of gerechtigdheid

Voorts constateert de Orde dat de toelichting bij het voorstel niet geheel aansluit bij de tekst van het voorstel. In het voorgestelde artikel 20a lid 3 wordt voor toepassing van de uitzondering vereist dat “*het lichaam niet bekend is of bekend had kunnen zijn wie de uiteindelijke zeggenschap over het lichaam of de uiteindelijke gerechtigdheid tot zijn vermogen heeft*”. In de toelichting wordt deze voorwaarde omschreven als “*het de belastingplichtige niet bekend is en ook niet bekend had kunnen zijn of zich een belangrijke wijziging in de zeggenschap of gerechtigdheid voordoet*”. De Orde vraagt de Staatssecretaris het geconstateerde verschil tussen de tekst van de wet en de toelichting te verklaren.

De Orde is er voorstander van de regeling zo vorm te geven dat verliezen geleden door vennootschappen behorende tot beursgenoteerde concerns zich kunnen beroepen op de uitzondering, zolang de vennootschap niet bekend is of bekend had kunnen zijn wie de uiteindelijke zeggenschap of de uiteindelijke gerechtigdheid tot zijn vermogen heeft. Hiermee wordt mede beoogd bij fusies tussen beursgenoteerde concerns het recht op verliesverrekening niet ter discussie te stellen .

10.5. Bezittingen bestaan in belangrijke mate uit beleggingen

De Orde vraagt nadere aandacht voor het bepaalde in het vierde lid onderdeel a. Uit de toelichting begrijpt de Orde dat de bepaling onder meer beoogt te voorkomen dat beleggingsopbrengsten na een aandeelhouderswisseling worden verrekend met verliezen uit actieve werkzaamheden van voor de aandeelhouderswisseling.

In zijn algemeenheid merkt de Orde op dat het wetsvoorstel iets wil bestrijden dat met de invoering van de Wet IB 2001 al grotendeels zal verdwijnen. Beleggen in de belaste Vpb sfeer is binnen het kader van de Wet IB 2001 niet aantrekkelijk. Wie een BV met beleggingen overhoudt na verliesgevende ondernemingsactiviteiten, zal normaal gesproken het eigen vermogen naar privé uitkeren of voor het regime van de fiscale beleggingsinstelling kiezen.

De Orde acht een nadere toelichting op de tekst van het vierde lid onderdeel a, sub 1 gewenst. De Orde is van mening dat de voorgestelde tekst een bredere werking heeft dan blijkt uit de toelichting. Met name de voorwaarde dat in het jaar waarin het verlies is geleden de bezittingen niet in belangrijke mate uit beleggingen of liquide middelen mogen bestaan kan volgens de Orde tot onredelijke situaties aanleiding geven. In dit verband vraagt de Orde de aandacht voor de verliesgevende onderneming die in het kader van een reorganisatie bedrijfsonderdelen afstoot en daarmee tijdelijk liquide middelen genereert, welke op een later tijdstip worden aangewend om in de resterende onderneming te investeren of om nieuwe bedrijfsonderdelen te verwerven. In dat geval kan het zo zijn dat in enig verliesjaar de bezittingen van de vennootschap in belangrijke mate (dat wil zeggen voor ten minste 30%) bestaan uit liquide middelen of beleggingen. Indien zich in een later stadium een belangrijke wijziging van de uiteindelijke zeggenschap voordoet, zouden de verliezen van deze vennootschap geheel of ten dele niet meer verrekenbaar zijn. De Orde is van mening dat dit een zeer ongewenst gevolg is voor ondernemingen die zich in een toch al moeilijke situatie bevinden.

De Raad van State heeft terecht aandacht gevraagd voor ondernemingen in bepaalde branches waar het aanhouden van beleggingen een functie vervult in de bedrijfsuitoefening. De Orde onderschrijft dat in going concern situaties het recht op verliesverrekening bij dit soort ondernemingen gehandhaafd moet blijven. De Orde constateert dat uit de voorgestelde tekst niet blijkt dat het oogmerk van het aanhouden van de beleggingen van belang is. De Orde pleit ervoor dit element in de wettekst op te nemen.

De Orde pleit ervoor dat met betrekking tot banken en verzekeringsmaatschappijen voor wat betreft het beleggingscriterium in art. 20a (nieuw) door de Staatssecretaris afstand wordt genomen van het vorig jaar door de HR gewezen arrest BNB 1999/321 waarin de HR oordeelde dat voor toepassing van de vervangingsreserve de door een verzekeraar aangehouden effectenportefeuille ter dekking van haar verplichtingen, als belegging kwalificeerden.

10.6. Verkrijging vermogensbestanddelen van een verbonden lichaam

Uit de toelichting begrijpt de Orde dat de vrees bestaat dat bij uitbreiding van de activiteiten waarmee de verliezen zijn geleden onder omstandigheden sprake kan zijn van onbedoeld gebruik. Als voorbeeld wordt beschreven een vennootschap die optreedt als projectontwikkelaar en verliezen heeft geleden met het ontwikkelen van onroerend goed projecten. De Orde veronderstelt dat de Staatssecretaris hier doelt op een vennootschap waarvan de activiteiten niet als beleggen kunnen worden aangemerkt. Zou wel sprake zijn van vastgoedbeleggingen dan zou het recht op verliescompensatie verloren gaan bij een belangrijke wijziging in de zeggenschap of gerechtigdheid.

De Orde deelt deze vrees van de Staatssecretaris niet. De Orde is van mening dat een vennootschap die een onderneming drijft als projectontwikkelaar, net als andere belastingplichtigen, de verliezen en winsten van de achtereenvolgens opgeleverde projecten met elkaar dient te kunnen compenseren, ook indien de uiteindelijke zeggenschap of gerechtigdheid in de vennootschap is gewijzigd. De Orde is van mening dat na overname van de vennootschap door een andere ontwikkelaar weliswaar projecten zouden kunnen worden ingebracht, maar dat deze inbreng zal moeten plaatsvinden tegen een zakelijke vergoeding. Indien de verliesvennootschap niet (meer) over eigen personeel en expertise beschikt zal de totstandkoming of afronding van het project feitelijk geschieden door de ontwikkelaar die het project heeft ingebracht. Deze dienstverlening zal met een zakelijke vergoeding moeten worden beloond.

De door de nieuwe aandeelhouder aan de verliesvennootschap in rekening te brengen vergoedingen zullen er toe leiden dat de ontwikkelingswinst fiscaal wordt toegerekend aan de aandeelhouder, voor zover de realisatie van het project niet het gevolg is van eigen capaciteiten van de verliesvennootschap. In dit verband verwijst de Orde naar het arrest van 17 augustus 1998, nr. 32.997.

De Orde concludeert dat de voorwaarde van het vierde lid onderdeel b sub 2, een onnodige belemmering vormt bij reorganisaties binnen concern. Volgens de Orde hoeft voor het door de Staatssecretaris gesuggereerde onbedoeld gebruik niet te worden gevreesd aangezien het overdragen van vermogensbestanddelen in gelieerde verhoudingen tegen een zakelijke vergoeding dient plaats te vinden.

10.7. Herwaardering vermogensbestanddelen

De Orde constateert dat het achtste lid van artikel 20a niet in overeenstemming is met de toelichting. Uit de toelichting zou de conclusie kunnen worden getrokken dat alleen die vermogensbestanddelen welke binnen de onderneming werden gebruikt op het moment dat de verliezen zijn ontstaan mogen worden geherwaardeerd. Deze voorwaarde komt niet terug in de voorgestelde wettekst. De Orde vraagt aandacht voor de situatie waarbij de verliezen vele jaren geleden zijn ontstaan en nu het recht op verliesverrekening verliest als gevolg van een aandelenoverdracht. De vermogensbestanddelen welke in gebruik waren in de tijd dat de verliezen zijn geleden, zijn op het moment van de aandelenoverdracht mogelijk niet meer aanwezig omdat zij zijn vervangen door andere bedrijfsmiddelen, eventueel met toepassing van de herinvesteringsreserve. De Orde vraagt te bevestigen dat de verliezen mogen worden benut voor een herwaardering van alle vermogensbestanddelen welke aanwezig zijn in de onderneming. De Orde vraagt ook te bevestigen dat de in het achtste lid bedoelde verliezen mogen worden benut voor een vrijval van eventuele herinvesteringsreserves.

Een overgangsregeling ontbreekt. Het is de Orde nu niet duidelijk hoe in een situatie van het vervallen van verliescompensatie moet worden omgegaan met de balanswaarderingen per 1 januari 2001, omdat herwaardering per 31 december 2000 op grond van de huidige wet niet is toegestaan.

10.8. Beperking carry back

In artikel 20a, zesde lid wordt de regeling van overeenkomstige toepassing verklaard in situaties waarin na een wijziging in zeggenschap of belang verliezen worden geleden die worden teruggewenteld naar perioden van winsten. In het voorgaande is reeds geconstateerd dat de regeling op een groot aantal onderdelen overkill bevat. Deze overkill klemt bij een wijziging in belang in een winstgevende onderneming nog meer. Waarom zou bijvoorbeeld een overdracht van activiteiten als bedoeld in het vierde lid aan een vennootschap die niet over compensabele verliezen beschikt het recht op carry-back moeten aantasten? De Orde vraagt zich af of deze consequentie bedoeld is en vraagt ook op dit punt de regeling te heroverwegen.

10.9. Materieel terugwerkende kracht

De Orde is principieel tegen terugwerkende kracht van belastingverzwarende maatregelen (zie ook het commentaar op de landbouwvrijstelling). De Orde constateert dat het voorstel bij invoering materieel terugwerkende kracht zal hebben op de verliespositie van belastingplichtigen. Dit is het gevolg van het feit dat het toetsingsmoment ligt op het moment dat de verliezen worden verrekend. Deze terugwerkende kracht of de ratio daarna wordt in het geheel niet toegelicht in de Memorie van Toelichting. De Orde constateert dat ten onrechte niet in een overgangsregeling is voorzien.

De Orde noemt daarbij als voorbeeld de vennootschap waar zich in het verleden een wisseling van activiteiten alsmede een belangrijke wijziging in de zeggenschap of gerechtigdheid heeft voorgedaan. Deze vennootschap lijkt per 1 januari 2001 het recht op verliesverrekening te verliezen. De Orde acht dit in voorkomende gevallen onredelijk. Er kan sprake zijn geweest van een overname "going concern" waarbij de hoogte van de belastingvoorziening in de overnamebalans mede bepalend zijn geweest voor de prijs van de overgenomen aandelen. De eerder afgegeven verliesbeschikkingen hebben de te honoreren verwachting gewekt dat de verliezen in de toekomst kunnen worden benut. Ook vraagt de Orde zich af wat de mogelijke economische en maatschappelijke effecten zijn op de met medewerking van de Belastingdienst en het Ministerie van Financiën tot stand gekomen – en op behoud van werkgelegenheid gerichte – "sterfhuisconstructies" en "doorstarts", waarbij tevens afspraken zijn gemaakt over de toekomstige verrekenbaarheid van verliezen.

10.10. Conclusie

De Orde is van mening dat de voorgestelde regeling op een ernstige wijze indruist tegen de structuur van de vennootschapsbelasting. In het voorstel heeft de Orde diverse onevenwichtigheden geconstateerd. De Orde vraagt dan ook hoe de hier geconstateerde onevenwichtigheden zich verhouden met de doelstelling van het wetsvoorstel: het stimuleren van de kansen voor het ondernemerschap en het wegnemen van bestaande hindernissen voor ondernemers. De Orde stelt voor deze maatregelen integraal te heroverwegen. De Orde is er voorstander van de aanpassing van de regeling te beperken tot hetgeen voor een adequate bestrijding van misbruik noodzakelijk is, waarbij doel en strekking van de bestaande regeling gehandhaafd moet blijven.

11. Bijzonder tarief

Hoewel het tarief formeel geen onderdeel is van de Wet Ondernemerspakket 2001 ondergaan de ondernemers in de IB-sfeer grote gevolgen door de afschaffing van de bijzondere tarieven. Thans geldt bij overlijden een stakingstarief van 20%. Bij overlijden na 1 januari 2001 bedraagt het tarief in de meeste gevallen 52%. Het geeft (bij de erfgenamen) een enorm verschil of de ondernemer voor of na 1 januari 2001 overlijdt. Op een stakingswinst van 1 mio scheelt dit f 320.000. De Orde herhaalt haar mening dat een heroverweging van het overlijdenstarief wenselijk is. Er zou tenminste een gewenningsperiode ingevoerd kunnen worden. Bijvoorbeeld een oploop van 20% naar 52% in 5 jaar. Een dergelijke regeling is er ook bij de stakingsvrijstelling. Tenslotte wijst de Orde erop dat onder de Wet Overgangsrecht IB 2001 tot 2021 er een bijzonder tarief van 45% blijft bestaan (artikel Q, derde lid).

De Orde zou het bijzonder op prijs stellen als u bij uw afwegingen en discussie met de Staatssecretaris van Financiën bovenstaande opmerkingen van de Orde in die discussie wilt betrekken.

Een kopie van deze fax heeft de Orde heden gezonden aan de Staatssecretaris van Financiën. Graag is de Orde bereid de bovenstaande vragen en opmerkingen mondeling toe te lichten.

Hoogachtend,
De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Mr. M.V. Lambooi