



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 de nota naar aanleiding van verslag en de nota van wijziging op het wetsvoorstel "Wijzigingen van enkele belastingwetten c.a. in verband met de tweede tranche van het ondernemerspakket 2001" (Wet Ondernemerspakket 2001 (27 209))

27 oktober 2000

Geachte mevrouw Janssen,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna 'de Orde') heeft met belangstelling kennis genomen van de nota naar aanleiding van verslag en de nota van wijziging (hierna "de nota's" of "nota") bij het wetsvoorstel Ondernemerspakket 2001 en ziet hierin aanleiding nader te reageren.

Samenvatting commentaar

- * De Orde acht het verontrustend dat het wetsvoorstel - getuige de vele nu rechtgezette tekortkomingen - in haar oorspronkelijke opzet het daglicht heeft kunnen zien. De Orde vraagt zich af of hier niet geldt dat "voorkomen" beter is dan genezen. Naar de mening van de Orde bevestigt de getoonde gang van zaken de noodzaak van technische wetsvoorstellen als de onderhavige een voorontwerp van wet te publiceren, zoals ook bij eerdere gelegenheden door de Orde is bepleit.
- * In de nota's wordt wat de wijzigingen van de vestigingsplaatsfictie betreft nog steeds niet duidelijk aangegeven welk concreet doel met deze wetswijziging wordt gediend. De verwijzing naar oneigenlijk gebruik zonder dit nader in te vullen vindt de Orde meer dan onbevredigend. De Orde vraagt zich voorts af of deze wetswijziging geen onbedoeld nadelige gevolgen kan hebben voor houdstermaatschappijen waarvan de winst vrijwel uitsluitend bestaat uit deelnemingsdividenden indien zij zich wenden tot de Nederlandse fiscus met een verzoek om een woonplaatsverklaring af te geven. De Orde zou het op prijs stellen indien hiervoor duidelijkheid geschapen kan worden. (artikel 2 lid 4 Wet Vpb 1969)

- * Hoewel op onderdelen van de bepalingen betreffende omzetting van vorderingen sprake is van een duidelijke verbetering, blijft de Orde van mening dat het wetsvoorstel ook na deze wijzigingen op belangrijke punten overkill blijft bevatten. Voornaamste punt van kritiek met betrekking tot de aangepaste opzet betreft de in de nota neergelegde gedachte dat het voor toepassing van de sanctie bij de schuldenaar niet relevant is of de vordering bij de schuldeiser ten laste van de (Nederlandse) winst is afgewaardeerd.
(artikelen 12 en 13b Wet Vpb 1969)
- * De Orde heeft kennis genomen van het uitstel met 1 jaar van het voorstel om de deelnemingsvrijstelling aan te passen door invoering van het verrekeningsstelsel voor EU beleggingsdochters. Deze aankondiging heeft de bezorgdheid van de Orde echter niet weggenomen. Integendeel, door uit te spreken dat men "geen aarzeling" heeft over de wenselijkheid van deze maatregel en daar een betoog aan toe te voegen inhoudende dat de verrekeningsmethode grosso modo op hetzelfde neerkomt als de thans geldende deelnemingsvrijstelling, wordt het door de Orde in haar eerste commentaar op dit ondernemerspakket signaleerde "verkeerde signaal" aan het internationale bedrijfsleven versterkt, namelijk dat dit de eerste stap is op weg naar afschaffing van de deelnemingsvrijstelling. De Orde is van mening dat het psychologisch effect van deze uitlatingen over dit onderwerp mogelijk worden onderschat.
(artikel 13g Wet Vpb 1969)
- * Zoals beschreven in het vorige commentaar op het ondernemerspakket (d.d. 23 augustus jl.) blijft de Orde grote moeite houden 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.
De Orde heeft tevens grote moeite met het feit dat de getroffen overgangsregeling geen eerbiedigende werking bevat voor bestaande rechten op verliescompensatie, zoals het geval is bij beleggingsverliezen. Naar de mening van de Orde verdient het de voorkeur aan alle verliezen die op 27 juni 2000 fiscaal compensabel waren het nieuwe regime slechts van toepassing te verklaren indien zich aandeelhouderswisselingen hebben voorgedaan na die datum.
(artikel 20a Wet Vpb 1969)

Onderwerpsgewijs commentaar

Hieronder zet de Orde meer in detail haar commentaar uiteen.

Algemene opmerkingen

De Orde merkt op dat zij enerzijds verheugd is over de in de nota's opgenomen aanpassingen, het echter anderzijds verontrustend acht dat het wetsvoorstel - getuige de vele nu rechtgezette tekortkomingen - in haar oorspronkelijke opzet het daglicht heeft kunnen zien. De Orde vraagt zich af of hier ook niet geldt dat voorkomen beter is dan genezen.

Naar de mening van de Orde bevestigt de getoonde gang van zaken de noodzaak van technische wetsvoorstellen als de onderhavige een voorontwerp van wet te publiceren, zoals ook bij eerdere gelegenheden door de Orde is bepleit.

Ook onderstreept de gang van zaken het feit dat de tijdsdruk waaronder fiscale wetsvoorstellen tegenwoordig behandeld moeten worden in grote mate afbreuk doet aan de kwaliteit van de wetgeving.

De Orde betwijfelt of voor alle in het onderhavige wetsvoorstel opgenomen maatregelen inwerkingtreding per 1 januari 2001 inderdaad zo noodzakelijk is dat dit ten koste moet gaan van de zorgvuldigheid van het wetgevingsproces.

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

In de nota wordt gesteld dat er niet voor een overgangsregeling is gekozen omdat het voorstel uitsluitend een reparatie van de huidige landbouwwijziging behelst terwijl de wetswijziging in 1986 een duidelijke inperking van de landbouwwijziging betekende. De Orde vermag de juistheid van het gegeven betoog niet in te zien.

Allereerst kan moeilijk van een reparatie van de landbouwwijziging worden gesproken. In de Mededeling van de staatssecretaris d.d. 21 juni 1990 (nr. DB 89/821, V-N 1990, blz. 3628 e.v.) wordt gesteld dat het begrip 'waarschijnlijk binnenkort' in het huidige artikel 8, eerste lid, onderdeel b, Wet IB 1964 moet worden uitgelegd als een periode van zes jaar. Dat is nadien in jurisprudentie van de Hoge Raad ook als zodanig uitgekristalliseerd. De wetgever heeft indertijd dan ook welbewust het begrip 'waarschijnlijk binnenkort' in de wet opgenomen. Van enig misbruik van deze regeling kan dan ook niet worden gesproken. In zoverre kan niet van een reparatie van de huidige landbouwwijziging sprake zijn. Er is veeleer sprake van een verdere aanscherping en inperking van de landbouwwijziging door voortaan elk verschil tussen WEV en WEVAB te belasten. Dit is een ingrijpende inperking van de landbouwwijziging (evenals in 1986) waarbij vanuit het beginsel van behoorlijke wetgeving een overgangsregeling dient te worden geïntroduceerd.

In de nota wordt gesteld dat de voorgestelde wijziging van de landbouwwijziging op het punt van de ondergrond van de eerste agrarische bedrijfswoning, niet in strijd is met een persbericht van de staatssecretaris gedateerd 29 januari 1997 (nr. 97/10, DB96/5214U). Ter onderbouwing daarvan wordt uitsluitend naar HR 8 juli 1996 (nr. 31 126, BNB 1996/312) verwezen. Dit arrest betrof een casus waarin de grond aan de feitelijke uitoefening van het landbouwbedrijf werd onttrokken omdat daarop voor privé-gebruik een woning werd gebouwd. De Hoge Raad oordeelde dat in deze situatie sprake was van een bestemmingswijziging. De landbouwwijziging was dus niet van toepassing. Het arrest van 8 juli 1996 maakt evenwel deel uit van een serie van arresten van die datum over het onderwerp bestemmingswijziging en landbouwwijziging. In de arresten van 8 juli 1996 (nrs. 30 474, BNB 1996/310 en 30 962, BNB 1996/311) komt de Hoge Raad tot het oordeel dat er ten aanzien van de ondergrond van de eerste agrarische bedrijfswoning geen sprake is van een bestemmingswijziging. Op het terzake ontstane waardeverschil is volgens de Hoge Raad dan ook de landbouwwijziging van toepassing. Het Tweede Kamerlid Rabbiae heeft destijds de vraag gesteld om in te gaan op deze arresten van de Hoge Raad (op een arrest van 16 december 1987). Zonder dit expliciet te zeggen antwoordt de ambtsvoorganger van de huidige staatssecretaris dat hij zich in de uitkomst van deze arresten kan vinden.

Naar de mening van de Orde is de wijziging van de wet aangaande de ondergrond van de eerste agrarische bedrijfswoning in strijd met de in het persbericht gedane toezegging en vereist dit nadere motivering.

2. Staking door overheidsingrijpen (artikel 3.64 Wet IB 2001)

De Orde meent dat de nota onvoldoende duidelijkheid biedt over de invloed van de voorgestelde vervangingsreserve bij overheidsingrijpen op de vennootschapsbelasting. 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 artikel 3.64 Wet IB 2001 is echter niet van overeenkomstige toepassing verklaard voor de heffing van vennootschapsbelasting. De Orde zou graag alsnog vernemen of dit uitdrukkelijk is beoogd en zo ja, wat hiervan de reden is.

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

Met instemming heeft de Orde kennis genomen van de toezegging in de nota dat de gelijkstelling van een lidmaatschap in een coöperatie met een winstbewijs ook zal gaan gelden in de Invoeringswet Wet IB 2001. Dit betekent dat met ingang van 1 januari 2001 de werkelijke waarde van het lidmaatschap als verkrijgingsprijs geldt. De Orde heeft deze gelijkstellingbepaling echter gemist in de nota van wijziging. De Orde neemt aan dat dit op een verschrijving berust en de toezegging uit de nota naar aanleiding van het verslag alsnog gestand zal worden gedaan.

4. Vestigingsplaatsfictie (artikel 2 lid 4 Wet Vpb 1969)

De Orde houdt vast aan haar kritiek op de ingeslagen weg ten aanzien van de vestigingsplaatsfictie van artikel 2 lid 4 Wet Vpb '69. De gekozen aanpak - waarbij telkens voor een onderdeel van de wet de werking van de fictie wordt uitgesloten - wekt de indruk dat de staatssecretaris een principiële discussie over de functie van de vestigingsplaatsfictie uit de weg gaat. De Orde vraagt zich af waarom men niet bereid is een dergelijke principiële discussie aan te gaan, nu het kennelijk wel gewenst wordt geacht bij elke daartoe geëigende gelegenheid de reikwijdte van de fictie te beknotten (wetsvoorstel fiscale begeleiding fusie en splitsing, wetsvoorstel Invoeringswet IB 2001, wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid, en nu ook het Ondernemerspakket 2001). De Orde vraagt zich af welke andere inperkingen van de fictie nog meer verwacht kunnen worden in de komende jaren, en welke rol voor de fictie na al deze inperkingen nog is weggelegd.

In het verlengde van het voorgaande constateert de Orde dat de gekozen benadering van enerzijds handhaving van de fictie en anderzijds uitsluiting voor sommige faciliteiten, een onevenwichtige situatie in het leven roept, doordat de fictie enerzijds leidt tot onbeperkte binnenlandse belastingplicht, met alle daarbij behorende lasten, maar anderzijds een deel van de faciliteiten die voor binnenlands belastingplichtigen openstaan voor deze categorie uitsluit. In feite ontstaan aldus twee soorten binnenlands belastingplichtigen: echte (4 AWR) en fictieve (2 lid 4 Vpb), beide met dezelfde fiscale plichten, maar met verschillende fiscale rechten. De Orde vraagt zich af of dit verschil in behandeling geen verboden discriminatie oplevert.

Voor zover van belang wijst de Orde daarbij op het feit dat een eventuele toewijzing van de heffingsbevoegdheid over de winst van het lichaam aan een ander verdragsland blijkens de tekst van artikel 2 lid 4 Vpb niet bepalend is voor de uitsluiting van deze fictie voor toepassing van een aantal faciliteiten.

Voorts vraagt de Orde zich af welk doel wordt nagestreefd met het niet van toepassing verklaren van de vestigingsplaatsfictie op de artikelen 13i, 13j en 13k, nu in geen van deze bepalingen wordt verwezen naar de vestigingsplaats van de daarin figurerende lichamen.

5. Omzetten en vervreemden vorderingen (artikel 12 jo. 13b Wet Vpb 1969)

Met instemming heeft de Orde kennis genomen van het feit dat in de nota is onderkend dat de eerder voorgestelde regeling met betrekking tot de omzetting van schuldvorderingen aanpassing behoeft. Dit heeft inmiddels geleid tot een aangepaste opzet, neergelegd in de artikelen 12, 13b en 13ba Wet Vpb 1969. Hoewel op onderdelen sprake is van een duidelijke verbetering, is de Orde van mening dat het wetsvoorstel ook na deze wijzigingen op belangrijke punten overkill blijft bevatten.

Voornaamste punt van kritiek met betrekking tot de aangepaste opzet betreft de in de nota neergelegde gedachte – uitgewerkt in artikel 12 Wet Vpb 1969 - dat het voor toepassing van de sanctie bij de schuldenaar niet relevant is of de vordering bij de schuldeiser ten laste van de (Nederlandse) winst is afgewaardeerd. Dit uitgangspunt, dat wordt onderbouwd door een parallel te trekken met de kwijtschelding van een vordering, laat zich, naar de Orde van mening is, niet rijmen met het tegelijkertijd handhaven van een correctie bij de schuldeiser (artikel 13ba Wet Vpb 1969) in een situatie waarin uitsluitend de vestigingsplaats verschilt. Indien de positie van de schuldeiser niet van belang wordt geacht, acht de Orde het hoogst merkwaardig dat in de situatie waarin de schuldenaar in het buitenland gevestigd is bij de schuldeiser een correctie moet plaatsvinden. Eerder vermeld uitgangspunt heeft tot gevolg dat bij de schuldenaar fiscaal winst moet worden verantwoord in situaties waar in binnen- of buitenland bij de schuldeiser in het geheel niets ten laste van het inkomen of winst is gebracht. Sterker nog, in situaties waar in het geheel geen sprake behoeft te zijn van daadwerkelijke afwaardering (denk aan bijvoorbeeld valuta- of renteontwikkelingen) geldt de bepaling ook. De Orde wijst in dit kader op onder meer particulieren alsmede lichamen die vrijgesteld zijn voor de vennootschapsbelasting. In buitenlandse situaties is het verder mogelijk dat de omzetting van de vordering aldaar (conform het regime van artikel 13ba Wet Vpb in Nederland) tot winstneming leidt of de toekomstige koerswinst op de verkregen aandelen niet is vrijgesteld.

De Orde acht het onevenwichtig in deze situatie geen rekening te houden met de gevolgen bij de schuldeiser en beveelt aan de sanctie in gevallen waarin dubbele heffing dreigt op te treden achterwege te laten. Mede door het bewust intact laten van deze onevenwichtigheid acht de Orde een reële kans aanwezig dat de rechter te zijner tijd tot strijdigheid met EU-recht zal oordelen.

De Orde zou graag vernemen wat nu de ratio is van de artikelen 12, 13b en 13ba. Aangezien enerzijds artikel 12 de schuldenaar belast ongeacht de vraag of de vordering ten laste van in Nederland belastbare winst is afgewaardeerd, en anderzijds de artikelen 13b en 13ba de schuldeiser belasten indien de schuldenaar (kort gezegd:) in het buitenland woont, kan moeilijk worden volgehouden dat de ratio is te voorkomen dat in Nederland 2x verliesaftrek wordt genoten, eenmaal op het niveau van de debiteur en eenmaal op het niveau van de crediteur.

In het wetsvoorstel is terecht voorzien in het voorkomen van samenloop van het vervallen van een recht op verliescompensatie uit hoofde van artikel 20a Wet Vpb 1969 en winstneming bij omzetting van schuldvorderingen uit hoofde van artikel 12 Wet Vpb 1969. Bij nota van wijziging wordt nu evenwel een uitzondering voorgesteld voor situaties waarin de schuld in het verliesjaar nog niet door de schuldenaar verschuldigd was. Blijkens de toelichting wordt hiermee beoogd een betere koppeling aan te brengen tussen de schuld en de financiering van verliezen aan te brengen. Aangezien er geen logisch verband tussen beide bestaat kan deze sanctie tot onredelijke gevolgen leiden. Gaarne geeft de Orde een voorbeeld ter verduidelijking.

In jaar 1 leidt BV A een verlies van 800. In jaar 2 koopt BV A een binnenlandse deelneming voor 700, gefinancierd met een lening van BV B (moedermaatschappij). De deelneming worden in jaar 4 voor nihil verkocht. De aandelen in BV A worden in jaar 5 aan derden verkocht en de vordering van BV B wordt omgezet in aandelenkapitaal. Alsdan zou ook bij het vervallen van de verliescompensatie bij BV A omzettingswinst verantwoord moeten worden. De Orde ziet geen aanleiding om in een dergelijke situatie een dubbele sanctie toe te passen. De Orde suggereert in dit verband de reikwijdte van de toevoeging aan artikel 12, tweede lid Wet Vpb 1969 in ieder geval te beperken tot gevallen van door toetredende aandeelhouders verstrekte leningen. De Orde verzoekt aan te geven hoe bij rekening-courantverhoudingen met veelvuldige mutaties moet worden vastgesteld of 'de schuld' reeds in het verliesjaar aanwezig is. Mag hierbij de lifo-methode worden gehanteerd? Verder ziet de Orde graag bevestigd dat artikel 12, tweede lid tevens ziet op situaties waarin het nu geldende artikel 20, vijfde lid Wet Vpb 1969 toepassing heeft gevonden.

De Orde constateert dat in de nota geen nadere aandacht is besteed aan het in artikel 12, derde lid en artikel 13ba, eerste lid, onderdeel b Wet Vpb 1969 gehanteerde begrip 'gaan functioneren als eigen vermogen van de schuldenaar'. De Orde acht het voor de praktijk zeer gewenst dat de wetgever verduidelijkt wat concreet met dit begrip is beoogd.

De Orde vraagt zich voorts af of de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs (compenserende heffing) in artikel 13ba, derde lid, niet een "wassen neus" is, gelet op het feit dat dit bewijs slechts geleverd kan worden indien het andere land de schuldenaar ter zake van de omzetting belast. Aangezien Nederland deze benadering nu voor het eerst invoert, komt de vraag op welke andere landen diezelfde opvatting zijn toegedaan. Om enig idee te krijgen van het realiteitsgehalte van deze uitzonderingsbepaling zou de Orde een overzicht op prijs stellen van landen die de schuldenaar ingeval van omzetting belasten over het verschil tussen de boekwaarde van de schuld en de werkelijke waarde van de vordering.

De Orde heeft met instemming kennis genomen van de toevoeging aan het eerste lid van artikel 13b, zodat dubbele heffing ter zake van dezelfde afwaardering op grond van deze bepaling binnenkort tot het verleden behoort. De Orde vraagt zich echter af of de opeenvolgende heffing van artikel 13b en artikel 13ba niet eveneens voorkomen moet worden, bijv. ingeval dezelfde afgewaardeerde vordering eerst aan een verbonden lichaam wordt vervreemd en daarna door dit lichaam wordt omgezet.

6. Wijziging deelnemingsvrijstelling (artikel 13g jo 23c Wet Vpb 1969)

De Orde heeft kennis genomen van het uitstel met 1 jaar van het voorstel om de deelnemingsvrijstelling aan te passen door invoering van het verrekeningsstelsel voor EU beleggingsdochters. Deze aankondiging heeft de bezorgdheid van de Orde echter niet weggenomen. Integendeel, door uit te spreken dat men "geen aarzeling" heeft over de wenselijkheid van deze maatregel en daar een betoog aan toe te voegen inhoudende dat de verrekeningsmethode grosso modo op hetzelfde neerkomt als de thans geldende deelnemingsvrijstelling, versterkt men het door de Orde in haar eerste commentaar op dit ondernemerspakket signaleerde "verkeerde signaal" aan het internationale bedrijfsleven, namelijk dat dit de eerste stap is op weg naar afschaffing van de deelnemingsvrijstelling. De Orde is van mening dat het psychologisch effect van deze uitlatingen over dit onderwerp mogelijk worden onderschat.

De leden van de fracties van de PVDA, de VVD, het CDA en D66 hebben gevraagd of de voorgestelde wijziging van de deelnemingsvrijstelling verenigbaar is met het Europese recht. De nota antwoordt hierop dat dit wel degelijk het geval is. In het antwoord wordt het houden van een deelneming in een EU beleggingsdochter met inkomsten die door dat EU land worden belast vergeleken met de situatie waarin een deelneming wordt gehouden in een Nederlandse beleggingsdochter met inkomsten die in Nederland mogen worden belast. Daarbij wordt geconstateerd dat de uiteindelijke belastingdruk gelijk is. Deze vergelijking is echter onvolledig en daardoor is de conclusie ook onjuist. Indien namelijk tevens de fiscale behandeling wordt vergeleken bij verkoop van de aandelen in de EU dochter versus verkoop van de Nederlandse beleggingsdochter, dan blijkt dat de verkoopwinst op de verkoop van de aandelen in de EU dochter door Nederland volledig zal worden belast, terwijl de verkoop van de aandelen in de Nederlandse dochter onder de deelnemingsvrijstelling valt en derhalve zal zijn vrijgesteld. De nu doorgeschoven aanpassing van artikel 13g leidt dus wel degelijk tot een ongelijke fiscale behandeling die naar het oordeel van de Orde in strijd is met het EG- recht.

7. Beperking verliescompensatie (artikel 20a Wet Vpb 1969)

algemeen

Zoals beschreven in het vorige commentaar op het ondernemerspakket (d.d. 23 augustus jl.) heeft de Orde 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. Ook worden door het voorstel reorganisaties alsmede het aangaan en ontbinden van joint ventures onnodig belemmerd. De Orde stelt nogmaals voor de maatregelen integraal te heroverwegen.

De Orde is van mening dat, ter voorkoming van de geconstateerde overkill, de structuur van de vennootschapsbelasting zo veel mogelijk in stand moet blijven en dat de aanpassing van de huidige regeling beperkt dient te blijven tot hetgeen voor een adequate bestrijding van misbruik noodzakelijk is. In de nota wordt bevestigd dat de maatregel tot doel heeft de bestaande bepaling tegen de handel in verliesvennootschappen in overeenstemming te brengen met de oorspronkelijke bedoelingen. De Orde leidt hieruit af dat slechts een reparatie van de bestaande regeling wordt beoogd zonder dat het de bedoeling is de mogelijkheden tot verliesverrekening – buiten de handel in verliesvennootschappen – te beperken.

De Orde is verheugd dat de nota in overweging neemt de voorgestelde maatregel aan te passen, waarbij als uitgangspunt geldt dat ongewenste handel in verliezen wordt beperkt zonder dat er nadelige gevolgen optreden voor de economische dynamiek, waarbij zal worden bezien of de reparatiemaatregel zodanig kan worden aangepast dat hij specifiek wordt toegesneden op het gesignaleerde misbruik.

eerste lid

De Orde vraagt zich af waarom in artikel 20a, eerste lid het *aannemelijk* zijn van een in belangrijke mate gewijzigd uiteindelijk belang reeds tot het vervallen van het recht op verliescompensatie kan leiden. Met andere woorden, de wijziging in het uiteindelijk belang hoeft niet vast te staan. De Orde is van mening dat een belangrijke ingreep in de fiscale positie van een belastingplichtige zoals het vervallen van het recht op verliescompensatie slechts mag optreden als vaststaat dat het uiteindelijk belang in belangrijke mate is gewijzigd. De Orde is er voorstander van de woorden “aannemelijk is dat” uit de voorgestelde tekst te schrappen. In dit verband merkt de Orde op dat de geconstateerde knelpunten bij de toepassing van het huidige artikel 20, vijfde lid niet zien op de vraag of er een wijziging van het uiteindelijk belang heeft plaatsgevonden, maar in de aard en omvang van de activiteiten van de vennootschap.

In het tweede derde en vierde lid zijn uitzonderingen opgenomen voor aandeelhouderswisselingen welke niet in overwegende mate zijn ingegeven door de nog openstaande verliezen. De Orde is van mening dat de uitzonderingen te beperkt zijn als gevolg waarvan bij veel bonafide gevallen toch het recht op verliescompensatie verloren gaat.

tweede lid (onderdeel b)

Onderdeel b van het tweede lid bevat een uitzondering voor bepaalde interne aandeelhouderswisselingen. De uitzondering kan alleen worden toegepast bij een uitbreiding door een aandeelhouder die aan het begin van het oudste jaar met nog openstaande verliezen reeds ten minste een derde deel van het uiteindelijke belang in de belastingplichtige had. De Orde vraagt aandacht voor de aandeelhouder welke in een later jaar (na het oudste verliesjaar) een belang kreeg in de vennootschap van ten minste een derde en dit thans uitbreidt. De Orde is van mening dat het redelijk zou zijn indien de verliezen welke zijn ontstaan na het jaar waarin het belang van tenminste een derde is verkregen behouden blijven. De voorgestelde regeling belemmert het aantrekken van risicodragend kapitaal door vennootschappen welke reeds in een verliesgevende situatie verkeren, terwijl een kapitaalinjectie voor deze vennootschappen van levensbelang kan zijn.

In de nota wordt o.a. naar aanleiding van deze vraag van de GPV fractie betoogd dat er "*in zijn algemeenheid geen goede argumenten zijn om anders aan te kijken tegen de overdracht van aandelen door zittende aandeelhouders aan een andere zittende aandeelhouder dan tegen overdracht aan een nieuw toetredende aandeelhouder*". Er wordt daarbij op gewezen dat de koper van de aandelen in beide situaties een indirect recht op verliescompensatie verkrijgt. Op dit uitgangspunt wordt in het wetsvoorstel zelf een uitzondering gemaakt in artikel 20a lid 3 letter b. Onder andere bij vererving van de aandelen is de uitsluiting van de verrekening van verliezen niet aan de orde. De vraag is dan wanneer er een zodanig nauwe band bestaat tussen de groep van aandeelhouders onderling en de vennootschap dat het verlies van de verrekeningsmogelijkheid niet zou moeten plaatsvinden. In het kader van de aanmerkelijk belang regeling is gedefinieerd wanneer er tussen personen onderling en de vennootschap een zodanig verband bestaat dat niet de gebruikelijke regeling voor dividenden en vermogenswinsten op aandelen toereikend is maar tot een bijzondere vorm van heffing moet worden overgegaan. De Orde bepleit niet dat veranderingen in het aandelenbezit tussen aanmerkelijk belanghouders nooit tot toepassing van artikel 20a zou mogen leiden maar vraagt er aandacht voor dat er in reactie op gesignaleerd "misbruik" van interne wisselingen in het aandeelhoudersbestand de voorgestelde regeling lijkt door te slaan naar de andere kant. Ook een aandeelhouder die 69% van de aandelen bezat op het moment dat de verliezen zijn geleden kan nu bij een interne aandeelhouderswissel geconfronteerd worden met het teloor gaan van zijn indirecte recht op verliescompensatie. Dat kan naar de mening van de Orde niet vergeleken worden met de bestreden situatie waarbij de aandeelhouder die slechts 1 a 2% bezat de rest bijkoopt om de volle compensatie te kunnen gebruiken. Dit klemt te meer omdat artikel 20a niet de verliesverrekening vermindert met het aandeel daarin dat de kopende aandeelhouder zonder toepassing van voornoemd artikel zou verkrijgen maar met het gehele bedrag aan verliescompensatie. Ook de blijvende aandeelhouder verliest zijn indirecte recht op verliesverrekening als artikel 20a wordt toegepast.

Een korting op de verliescompensatie naar de mate dat aandelen in andere handen zijn overgegaan zou een flink deel van de "overkill" die in het huidige wetsontwerp ligt besloten wegnemen. Partijen zouden het effect dat de verliescompensatie alle aandeelhouders toekomt verdisconteren in de prijsvoor de aandelen. In het kader van de 20% surplus heffing is het effect dat de extra heffing in feite door alle aandeelhouders wordt gedragen acceptabel geacht. Het komt de Orde voor dat dan ook een gedeeltelijke korting van de verliescompensatie een veel rechtvaardiger uitwerking is van de voorkoming van handel in verlies BV's.

derde lid

De in het derde lid opgenomen uitzondering voor beursvennootschappen is gehandhaafd. De daarin opgenomen eis dat een transactie op de beurs niet uitgaat boven hetgeen gebruikelijk is, mist echter node enige toelichting. Vooralsnog is immers onbekend wanneer een transactie als gebruikelijk moet worden aangemerkt en wanneer niet. De algemene verwijzing naar "opkopen" in de nota's scheidt naar de mening van de Orde onvoldoende duidelijkheid in dit verband. Graag zou de Orde enkele voorbeelden zien van zowel gebruikelijke als ongebruikelijke situaties waarbij het belang voor meer dan 30% wijzigt.

De Orde vraagt zich af of voor beursvennootschappen in het algemeen niet beter een ongeclausuleerde uitzondering kan worden gemaakt. Immers, van handel in verliescompensatie zal bij beursfondsen toch niet zo snel sprake zijn. Een belang van meer dan 30% in een beursfonds zal doorgaans eerder op grond van commerciële tactische overwegingen worden opgebouwd dan louter om de aanwezige verliezen te benutten. Ook wijst de Orde op het vreemde gevolg dat het buiten medewerking van een beursfonds om opbouwen van een belang van meer dan 30% het recht op verliescompensatie van de beursvennootschap in gevaar brengt. Het zou de uitvoerbaarheid van de uitzondering voor beursvennootschappen in verregaande mate ten goede komen indien deze uitzondering zou worden vereenvoudigd, bij voorbeeld door alleen bij het opkopen van 90% van de ter beurze verhandelde aandelen of het geheel van de beurs halen van zo'n vennootschap handel in verliescompensatie aanwezig te achten.

De Orde blijft voorts van mening dat de uitzondering voor beursgenoteerde vennootschappen niet beperkt moet worden tot transacties die via de beurs plaatsvinden. De Orde doelt met name op transacties zoals fusies, splitsingen en overnames waar beursgenoteerde concerns bij betrokken zijn. Gezien de aard en omvang van de bedrijfseconomische belangen welke ten grondslag liggen aan deze transacties zal de handel in compensabele verliezen niet het motief zijn van dergelijke transacties. De Orde is van mening dat ook de bestaande regeling niet de bedoeling mag hebben fusies etc. tussen beursgenoteerde ondernemingen te belemmeren. De nota geeft als voorbeeld voor de beperking van de uitzondering voor beursvennootschappen, de situatie waarin aandelen van een beursvennootschap worden opgekocht. De Orde is van mening dat de opkoop van aandelen in een beursvennootschap niet valt te vergelijken met bijvoorbeeld een fusie, splitsing of overname tussen beursgenoteerde concerns waarbij de betrokken vennootschappen ook na de transactie direct of indirect aan de beurs blijven genoteerd. De Orde is van mening dat de reparatiemaatregel zal moeten worden toegespitst op het gesignaleerde misbruik (opkoop van aandelen), zonder de economische dynamiek van beursgenoteerde ondernemingen te belemmeren.

vierde lid (onderdeel a)

Het is de Orde niet duidelijk hoe het vierde lid onderdeel a dient te worden geïnterpreteerd. Indien het eerste lid toepassing vindt zijn alle verliezen uit jaren voorafgaand aan het jaar waarin de wijziging van het belang heeft plaatsgevonden niet meer verrekenbaar. Stel een vennootschap wordt overgenomen in 2002. Het oudste verliesjaar is 1995. In 1995 en 1997 bestonden de bezittingen niet grotendeels uit beleggingen. Gedurende het verliesjaar 1996 was dit wel het geval. In 2003 wil men de verliezen uit de jaren 1995 tot en met 1997 verrekenen. In 2003 bestaan de bezittingen niet grotendeels uit beleggingen. Kunnen de verliezen nu wel of niet worden verrekend?

Indien niet aan de beleggingstoets van het vierde lid, onderdeel a, is voldaan omdat in het verliesjaar meer dan 50% van de bezittingen bestond uit beleggingen, is de onderliggende veronderstelling kennelijk dat alle verliezen uit dat verliesjaar voortvloeien uit beleggingsactiviteiten. Het is echter denkbaar dat de 49% bezittingen die niet bestaan uit beleggingen maar uit actief ondernemingsvermogen, het leeuwendeel van de verliezen hebben veroorzaakt. De Orde stelt dan ook voor de mogelijkheid van tegenbewijs op te nemen dat de op grond van het beleggingscriterium niet meer verrekenbare verliezen wel verrekenbaar zijn voor zover zij aantoonbaar voortspuiten uit ondernemingsactiviteiten van dat jaar.

vierde lid (onderdeel b)

De versoepeling die is aangebracht in de activiteitentoets acht de Orde bijzonder welkom. Zij plaatst echter grote vraagtekens bij de uitvoerbaarheid van het nu voorgestelde criterium: “de gezamenlijke omvang van de werkzaamheden”. Aangezien vele factoren voor de omvang van de werkzaamheden bepalend kunnen zijn, waaraan afhankelijk van de aard van de werkzaamheid een ander gewicht toekomt, ontbreekt naar de mening van de Orde elke objectieve maatstaf, zodat elk oordeel afhankelijk zal zijn van het subjectieve inzicht van de beoordelaar, met willekeur als onvermijdelijk gevolg.

Het is volgens de Orde in een aantal bedrijfstakken moeilijk vast te stellen of sprake is van een inkrimping van de activiteiten met meer dan 70%. Als voorbeeld noemt de Orde een bedrijf in de scheepsbouw. Uit de geschiedenis blijkt dat deze bedrijven met sterk wisselende orderportefeuilles te maken hebben. Perioden met veel nieuwbouworders worden afgewisseld met perioden waarin slechts reparatieopdrachten worden uitgevoerd. Indien de werf in een “dunne” periode zou worden overgenomen zou dit betekenen dat eventuele compensabele verliezen verloren gaan. De Orde concludeert dat een incidentele grote order uiteindelijk in het nadeel van de vennootschap kan uitvallen. Dit effect wordt versterkt doordat de vergelijking wordt gemaakt tussen twee momenten (het moment waarop het belang wordt gewijzigd en het begin van het oudste verliesjaar). Indien op het moment van de wijziging van het belang er toevallig geen of slechts weinig orders zijn zou de verliescompensatie verloren gaan, zonder dat sprake is van een duurzame staking dan wel een voornemen daartoe. De Orde is van mening dat een afname van meer dan 70% toch ten minste duurzaam zou moeten zijn wil het vervallen van het recht op verliescompensatie aan de orde komen. De Orde is er voorstander van het voorstel op dit punt aan te passen.

Ook vraagt de Orde zich af of de activiteiten van een (buitenlandse) deelneming meetellen voor het 70% criterium. In dit verband vraagt de Orde aandacht voor internationale bouwconcerns waarvan de opdrachten over de hele wereld zijn verspreid. De buitenlandse opdrachten worden mogelijk door een buitenlandse dochtermaatschappij uitgevoerd. Indien het bouwconcern een aantal grote opdrachten heeft uitgevoerd in de Nederlandse moedermaatschappij, welke opdrachten worden gevolgd door een aantal grote buitenlandse opdrachten die worden uitgevoerd door buitenlandse dochtermaatschappijen kunnen de activiteiten van de moedermaatschappij mogelijk met 70% of meer inkrimpen. Indien op dat moment het hele concern wordt overgenomen zou dit betekenen dat het recht op verliesverrekening van de Nederlandse moedermaatschappij verloren kan gaan. In dat geval is volgens de Orde sprake van overkill. Immers de overname van het bouwconcern is niet ingegeven door de nog openstaande compensabele verliezen. De Orde is er voorstander van de activiteitentoets geconsolideerd toe te passen. Dat wil zeggen dat activiteiten van buitenlandse deelnemingen aan de Nederlandse vennootschap worden toegerekend. Indien – na de wijziging in het belang - de buitenlandse deelnemingen worden verkocht of hun onderneming eveneens voor ten minste 70% inkrimpen verliest de Nederlandse moeder alsnog het recht op verrekening van de openstaande verliezen.

Ook voor de Nederlandse deelneming van een buitenlands actief concern staat de Orde een geconsolideerde benadering voor. Indien de activiteiten van de Nederlandse deelneming met verliezen voor meer dan 70% zijn ingekrompen zou een overname van het buitenlandse concern niet tot beperking van het recht op verliescompensatie mogen leiden, omdat ook deze overname niet zal zijn ingegeven door de nog openstaande compensabele verliezen.

Dit is slechts anders indien het gehele concern haar activiteiten voor meer dan 70% inkringt dan wel de Nederlandse verliesvennootschap na de overname niet meer tot het concern gaat behoren.

De geconsolideerde benadering neemt de ongelijkheid weg tussen Nederlandse en buitenlandse concerns. Nederlandse concerns hebben de mogelijkheid een fiscale eenheid te vormen waardoor zij - als gevolg van de consolidatie van activiteiten - minder snel getroffen zullen worden door de activiteitentoets.

vierde lid (onderdeel c)

In onderdeel c van het vierde lid wordt verlangd dat ten tijde van de aandeelhouderswisseling geen voornemen bestaat de aanwezige werkzaamheden alsnog te laten afnemen tot onder de grens van 30%. De Orde vraagt zich in goede gemoede af hoe de belastingplichtige aan het bewijs kan voldoen dat hij dit voornemen inderdaad niet heeft. Als alternatief stelt de Orde voor deze eis te vertalen naar een weerlegbaar vermoeden van handel in verliescompensatie indien binnen drie jaar na de wijziging inderdaad de omvang van de werkzaamheden tot onder het bewuste niveau is ingekrompen.

vijfde lid

De Orde vraagt zich af of het nieuw voorgestelde vijfde lid, gelet op de vergaande mate van casuïstiek die aan dit lid ten grondslag ligt, niet beter uit de wettekst kan worden geschrapt.

zesde lid (onderdeel b)

Blijkens de toelichting beoogt dit onderdeel te voorkomen dat verliezen die een bancaire instelling of een verzekeringsmaatschappij lijdt, na een aandeelhouderswisseling niet meer verrekend zouden kunnen worden omdat er te veel beleggingen zijn. De Orde is van mening dat de uitzondering te beperkt is geformuleerd. Zo is het de Orde niet duidelijk wat dient te worden verstaan onder “beleggingen die rechtstreeks samenhangen met gelden die zijn toevertrouwd door lichamen of natuurlijke personen”. In het bijzonder de formulering “rechtstreekse samenhang” verdient een nadere toelichting. De orde vraagt of belegde premies van schadeverzekering of een overlijdensrisicoverzekering worden gezien als een voor de uitzondering kwalificerende belegging. In tegenstelling tot beleggingen uit hoofde van unit-linked veredelingsproducten kan bij deze verzekeringsvormen geen rechtstreekse relatie worden gelegd tussen de beleggingen en een specifieke polis. Ook vraagt de Orde de staatssecretaris toe te lichten waarom de door een bank aangehouden liquide middelen, hypothecaire vorderingen, obligaties, aandelen, venture capital en vormen van commercial paper niet als kwalificerende belegging kwalificeren. Deze zouden niet onder de uitzondering vallen omdat het geen beleggingen zijn uit hoofde van aan de bank toevertrouwde gelden. De Orde is van mening dat de voorgestelde wettekst te beperkt is geformuleerd.

negende lid

Het nieuw voorgestelde negende lid opent de mogelijkheid de niet-meer verrekenbare verliezen te blijven compenseren met winsten uit 'oude' ondernemingsactiviteiten. De Orde vraagt zich af of in die situatie uitsluitend de aard van de ondernemingsactiviteiten bepalend is voor toepassing van dit lid. Ook vraagt de Orde zich af of zij terecht veronderstelt dat bij latere uitbouw van deze ondernemingsactiviteiten alle winsten uit die uitgebouwde activiteiten verrekenbaar zijn met de overigens op de voet van artikel 20a niet meer verrekenbare verliezen.

De Orde heeft moeite met het feit dat de getroffen overgangsregeling geen eerbiedigende werking bevat voor bestaande rechten op verliescompensatie, zoals het geval is bij beleggingsverliezen. Hierbij speelt mede een rol de thans in het voorstel opgenomen fictie dat onroerende zaken welke aan derden ter beschikking worden gesteld fictief als belegging worden aangemerkt. Hierdoor wordt een verlies - dat onder de huidige wet als ondernemingsverlies wordt aangemerkt - met terugwerkende kracht als beleggingsverlies aangemerkt, terwijl in veel gevallen de belastingdienst ooit het standpunt heeft ingenomen dat geen sprake is van een beleggingsverlies. De Orde is van mening dat de terugwerkende kracht bezwaarlijk kan worden gemotiveerd met de oorspronkelijke bedoeling van artikel 20 lid 5. Naar de mening van de Orde verdient het de voorkeur aan alle verliezen die op 27 juni 2000 fiscaal compensabel waren het nieuwe regime slechts van toepassing te verklaren indien zich aandeelhouderswisselingen hebben voorgedaan na die datum.

tiende lid

Uit de nota komt naar voren dat verliezen die als gevolg van toepassing van artikel 20a Vpb niet meer verrekenbaar zijn, in een later stadium weer kunnen herleven. Bij voorbeeld in het eerste winstjaar na de aandeelhouderswisseling wordt niet aan de beleggingstoets voldaan, maar in een later winstjaar wel. De Orde zou het op prijs stellen indien de mogelijkheid van het herleven van niet-meer verrekenbare verliezen aan de hand van enkele voorbeelden zou worden verduidelijkt. De Orde vraagt zich in dit verband ook af hoe het herleven van dergelijke compensabele verliezen zich verhoudt met de formulering van het tiende lid, dat door de ongeclausuleerde verwijzing naar winsten van na het tijdstip waarop artikel 20a voor het eerst toepassing vindt, lijkt te zijn geschreven vanuit de veronderstelling dat de compensabele verliezen onherroepelijk verloren gaan.

In aanvulling op het voorgaande vraagt de Orde zich af hoe de mogelijkheid van herwaardering van het tiende lid zich verhoudt tot de mogelijkheid van verliesverrekening met winsten uit voortgezette 'oude' ondernemingsactiviteiten op de voet van het negende lid. Beperkt de mogelijkheid van verliesverrekening met dergelijke winsten het maximum bedrag waarvoor herwaardering op de voet van het tiende lid is toegestaan, zo vraagt de Orde zich af.

Op basis van het tiende lid kan een belastingplichtige welke als gevolg van artikel 20a zijn verliezen niet meer kan verrekenen de boekwaarde van zijn bezittingen verhogen tot ten hoogste de waarde in het economisch verkeer. De Orde is er voorstander van het tiende lid zodanig aan te passen dat de in het tiende lid bedoelde verliezen ook mogen worden benut voor het laten vrijvallen van eventuele herinvesteringreserves.

8. Slot

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. Lambooj