



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen

Tweede Kamer der Staten-Generaal

Ingediend op <https://www.internetconsultatie.nl/liquidatieverliesregeling>

Amsterdam, 15 mei 2019

Betreft: Reactie van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de internetconsultatie Wet aanpassing liquidatie- en stakingsverliesregeling

Geachte dames en heren,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: ‘de Orde’) heeft met belangstelling kennisgenomen van het consultatievoorstel ‘Wet aanpassing liquidatie- en stakingsverliesregeling’ en geeft hierbij graag reactie op de internetconsultatie.

1. Inleiding

Het initiatiefwetsvoorstel ‘Wet aanpassing liquidatie- en stakingsverliesregeling’ is op 16 april ter consultatie aangeboden. Met het wetsvoorstel beogen de initiatiefnemers een dam op te werpen tegen de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag die plaatsvindt door middel van de aftrek van liquidatie- en stakingsverliezen. Daartoe worden een materiële beperking, een territoriale beperking en een temporele beperking van de liquidatie- en de stakingsverliesregeling voorgesteld.

De Orde zal hierna in paragraaf 2 eerst een aantal algemene opmerkingen maken. De Orde heeft namelijk vraagtekens bij de timing van het voorstel, is van mening dat de materiële en territoriale beperking in strijd is met de ratio van de deelnemingsvrijstelling en is bezorgd dat dit wetsvoorstel niet zozeer multinationals maar juist het MKB zal treffen. Daarnaast werken de voorgestelde aanpassingen nu slechts ten nadele van belastingplichtigen, terwijl er ook aanpassingen ten voordele van belastingplichtigen gerechtvaardigd zouden zijn. Vervolgens zal de Orde in paragraaf 3 tot en met 6 meer in detail ingaan op de drie voorgestelde beperkingen.

2. Algemene opmerkingen

Op 15 april 2019 heeft staatssecretaris Snel een serie onderzoeken aangekondigd die de basis vormt voor verschillende bouwstenen voor de verbetering van het belastingstelsel.¹ Een van die onderzoeken betreft de toekomst van de vennootschapsbelasting. De liquidatieverliesregeling is een belangrijk onderdeel van de deelnemingsvrijstelling en verdient dan ook een nadere beschouwing bij een onderzoek naar de toekomst van de vennootschapsbelasting. Dit is naar de mening van de Orde mede het geval omdat de huidige liquidatieverliesregeling verbetering behoeft. De Orde wijst in dit verband onder andere op de volgende punten:

- van de huidige vormgeving gaat soms een ‘perverse prikkel’ uit om een vennootschap failliet te laten gaan²;
- de huidige vormgeving belemmert het succesvol voorkomen van faillissementen door middel van de voorgestelde Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement³;
- de huidige voortzettingbepaling van artikel 13d lid 11 onderdeel b Wet Vpb 1969 werkt disproportioneel uit omdat een geringe voortzetting het gehele liquidatieverlies torpedeert; en
- verhangen van deelnemingen binnen concern leidt ertoe dat een belastingplichtige het opgeofferd bedrag kwijtraakt, terwijl eventueel misbruik al door andere leden van artikelen 13 en 13d Wet Vpb 1969 wordt bestreden.

Tevens merkt de Orde op dat het Ministerie van Financiën momenteel werkt aan een nieuwe fiscale concernregeling en de liquidatieverliesregeling raakvlakken heeft met de fiscale concernregeling en met artikel 20a Wet Vpb 1969.

Dit alles overziend, lijkt het de Orde dan ook logischer om eventuele aanpassingen van de liquidatieverliesregeling in samenhang met andere wijzigingen in de vennootschapsbelasting door te voeren in plaats van nu op een deelonderwerp een belangrijke wijziging voor te stellen.

Doelstelling van de deelnemingsvrijstelling is dat in deelnemingsverhoudingen zowel winsten als verliezen één keer in aanmerking worden genomen.⁴ Als de dochtermaatschappij haar verlies niet meer kan verrekenen, wordt door middel van de liquidatieverliesregeling een tegemoetkoming bij de moedervennootschap gegeven. Op praktische gronden wordt aangesloten bij het verlies van de moedermaatschappij op haar investering en niet bij de daadwerkelijk teloorgegangene verliezen van de dochtermaatschappij. Indien bijvoorbeeld via een systeem van verliesoverdracht de verliezen van de dochtermaatschappij door een andere concernmaatschappij benut kunnen worden, kan geen liquidatieverlies in aftrek worden gebracht. Dat past bij de ratio van de deelnemingsvrijstelling, omdat een verlies slechts één keer in aftrek mag worden gebracht. De voorgestelde wijziging maakt een inbreuk op het uitgangspunt van de deelnemingsvrijstelling dat de winst van een concern slechts eenmaal

¹ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 15 april 2019, nr. 2019-62470.

² A.W. Hofman, ‘Hoog tijd voor modernisering liquidatieverliesregeling’, WFR 2014/787.

³ A.C.P. Bobeldijk, ‘Fiscale aspecten Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming faillissement’, par. 7.5 in *Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’, Het dwangakkoord buiten faillissement*, Zutphen: Paris 2017.

⁴ Vergaderjaar 1962-1963, 6000, Memorie van Antwoord, nr. 9, p. 23.

wordt belast. Als gevolg van de voorgestelde territoriale beperking kunnen liquidatieverliezen op niet-EU/EER-deelnemingen immers niet langer in aftrek worden gebracht. De Orde acht een territoriale inperking van de liquidatieverliesregeling dan ook principieel onjuist en in strijd met de basisgedachte die aan de deelnemingsvrijstelling en daarbinnen de liquidatieverliesregeling ten grondslag ligt.

Het wetsvoorstel beoogt met name multinationals te treffen. Naar de mening van de Orde is het de vraag of dit voorstel niet het omgekeerde effect heeft en met name het MKB zal treffen. Indien een multinational meerdere deelnemingen heeft en aftrek van een liquidatieverlies in Nederland voortaan niet meer mogelijk is, kunnen de activiteiten van die verschillende deelnemingen wellicht in één deelneming worden ondergebracht. In dat geval kunnen in het desbetreffende land de winsten en verliezen van de verschillende activiteiten onderling worden verrekend. Op die wijze zou, evenals beoogd is met de liquidatieverliesregeling, gerealiseerd kunnen worden dat de concernwinst slechts éénmaal wordt belast. Het verlies komt dan niet ten laste van de Nederlandse grondslag, maar ten laste van de buitenlandse grondslag. Een MKB-onderneming die veelal slechts één deelneming in een niet-EU/EER-land zal hebben heeft, zal, indien de onderneming wordt gestaakt en de dochtermaatschappij wordt geliquideerd, het liquidatieverlies niet langer ten laste van zijn Nederlandse fiscale winst kunnen brengen, zodat een deel van de concernwinst ‘dubbel belast’ wordt. Aftrek ten laste van de buitenlandse winst is immers evenmin mogelijk, omdat er geen overige activiteiten zijn. De effectieve belastingdruk van het MKB-bedrijf zal in een vergelijkbare situatie derhalve hoger zijn dan bij een multinational. Dit punt onderstreept naar de mening van de Orde dat dit voorstel beter meegenomen kan worden in het bredere onderzoek naar de toekomst van de vennootschapsbelasting.

3. Materiele beperking

De voorgestelde materiële beperking van artikel 13d Wet Vpb 1969 tot belangen van meer dan 25 procent voorziet niet in een meetrekregeling. Omdat er commerciële redenen kunnen zijn om een belang van meer dan 25 procent door verschillende vennootschappen te laten houden, waarbij elke vennootschap minder dan 25 procent houdt, is een meetrekregeling (vgl. artikel 13 lid 5 Wet Vpb 1969) naar de mening van de Orde op zijn plaats.

De Orde vermag ook niet in te zien waarom voor de deelnemingsvrijstelling in zijn algemeenheid een belang van ten minste 5 procent voldoende is, maar voor de liquidatieverliesregeling binnen de deelnemingsvrijstelling het belang meer dan 25 procent zou moeten zijn. Daarnaast lijkt het percentage van 25 willekeurig te zijn gekozen. Naar de mening van de Orde is dit inconsistent. Als de deelnemingsvrijstelling van toepassing is bij een belang van ten minste 5 procent en vanwege die deelnemingsvrijstelling verliezen dus niet aftrekbaar zijn, dient het liquidatieverlies naar de mening van de Orde aan te sluiten bij ditzelfde percentage. Alleen dan is naar de mening van de Orde sprake van evenwichtige wetgeving.

4. Territoriale beperking

De ratio van de territoriale beperking is het tegengaan van de uitholling van de Nederlandse grondslag die volgens de indieners van dit voorstel plaatsvindt door middel van de aftrek van

buitenlandse verliezen. Het is de Orde niet duidelijk waarom de kans op uitholling bij de liquidatie van een EU/EER-deelneming minder groot is dan bij een deelneming gevestigd in een derde staat. De fiscale behandeling voor investeringen in EU-landen en derdelanden gaat met dit wetsvoorstel verschillen. Nederland heeft een open, internationale economie en vele Nederlandse (MKB-)bedrijven zijn actief via deelnemingen in landen binnen en buiten de EU/EER. Het initiatiefvoorstel moedigt nu investeringen in de EU/EER aan en rent investeringen daarbuiten af. De Orde acht een dergelijk onderscheid ongewenst en is bezorgd dat met name het MKB hierdoor getroffen wordt (zie ook paragraaf 2 hiervoor).

Bovendien betwijfelt de Orde of de beperking tot EU/EER-landen EU-rechtelijk houdbaar is. De territoriale beperking wordt in de toelichting gerechtvaardigd door erop te wijzen dat de regeling beperkt blijft tot situaties waarin de moedervenootschap de activiteiten van de dochtervenootschap kan bepalen vanwege haar invloed op de besluitvorming. De grens wordt hierbij concreet gesteld op een aandelenbelang in de deelneming van meer dan 25 procent. Hierdoor zou zeker gesteld moeten worden dat de liquidatieverliesregeling niet (meer) onder de reikwijdte van het vrije kapitaalverkeer valt en dus niet (meer) aan deze bepaling getoetst kan worden. De Orde plaatst hierbij de nodige vraagtekens. De Orde vraagt zich in de eerste plaats af hoe deze redenering zich verhoudt tot de totstandkomingsgeschiedenis bij de aanvullende CFC-maatregel van artikel 13ba Wet Vpb 1969. Die bepaling legt de grens voor gelieerdheid eveneens op 25 procent. Uit de wetsgeschiedenis bij artikel 13ab Wet Vpb valt af te leiden dat volgens de Staatssecretaris genoemde bepaling *wel* onder de reikwijdte van het vrije kapitaalverkeer valt.⁵ Mede in het licht hiervan betwijfelt de Orde dan ook of er wel sprake is van een groepsregeling, aangezien 25% niet noodzakelijk doorslaggevende zeggenschap in een deelneming impliceert. Dit is kennelijk ook de gedachte van de Staatssecretaris geweest bij de totstandkoming van artikel 13ba Wet Vpb 1969. In de tweede plaats maakt de doelmatigheidsdrempel, op basis waarvan een belastingplichtige pas aanloopt tegen de territoriale beperking voor zover het stakingsverlies meer bedraagt dan EUR 1 miljoen, de regeling hoe dan ook al generiek. Deze drempel geldt immers ongeacht het belang in de deelneming. Een eventuele verhoging van de 25 procent-grens zou dit niet anders maken. Tot slot meent de Orde dat de voorgestelde regeling in elk geval uitgebreid zou moeten worden tot non-EU-landen, waarmee de EU een Associatieverdrag is overeengekomen dat lidstaten verbiedt om, al dan niet na de inwerkingtreding van een dergelijk verdrag, belemmeringen op het vrije vestigingsverkeer te handhaven of nieuwe belemmeringen te introduceren. Onder deze groep landen valt in elk geval de Associatieovereenkomst met Zwitserland⁶ en blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad ook het Associatieverdrag met Turkije.⁷

Het voorgestelde art. 13d elfde lid Wet Vpb 1969 bevat een doelmatigheidsdrempel op grond waarvan een belastingplichtige pas aanloopt tegen de territoriale beperking voor zover het stakingsverlies meer bedraagt dan EUR 1 miljoen. Ook het oude artikel 15ad en 13l Wet Vpb 1969 kenden doelmatigheidsdrempels van respectievelijk EUR 1 miljoen en EUR 0,75 miljoen om het MKB te ontzien. Aangezien die drempels rente betreffen, ziet dat, afhankelijk van de rentestand, op een investering van enkele tientallen miljoenen euro's. Bij artikel 15ad

⁵ Zie Kamerstukken II, 2018-2019, Plenair debat Pakket Belastingplan 2019, blz. 25.

⁶ Zie ook het arrest-Wächtler (HvJ EU 26 februari 2019, C-581/17),

⁷ Hoge Raad 10 juli 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BJ2011), r.o. 3.1. e.v.

(oud) Wet Vpb 1969 werd bij de invoering uitgegaan van een rente van 5 procent, zodat het MKB met investeringen tot circa EUR 20 miljoen werd ontzien.⁸ De Orde vraagt zich af of de doelmatigheidsdrempel dan ook niet veel hoger moet worden vastgesteld, mede ook gegeven het feit dat de Orde bezorgd is dat het wetsvoorstel niet de multinationals maar juist het MKB zal treffen (zie ook paragraaf 2 hiervóór).

In het voorgestelde artikel 13d lid 16 onderdeel b Wet Vpb 1969 wordt gesproken over een liquidatieverlies dat toerekenbaar is aan een deelneming die tot het vermogen van het ontbonden lichaam heeft behoord in een lichaam dat inmiddels is ontbonden en was gevestigd in een derde staat. De Orde verzoekt aan te geven op welk moment die vestiging beoordeeld moet worden. Dient dit op het liquidatiemoment te gebeuren of geldt dezelfde benadering als in de aanhef van het voorgestelde lid 16?

De Orde verzoekt de uitsluiting van het liquidatieverlies op grond van het voorgestelde artikel 13d lid 16 onderdeel c Wet Vpb 1969 nader toe te lichten. Het betreft hier immers een verlies met betrekking tot een Nederlandse deelneming of een deelneming in de EU/EER.

De Orde constateert dat ook de deelnemingen in de andere landen van het Koninkrijk – BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint Maarten – worden getroffen door de voorgestelde territoriale beperking van de liquidatieverliesregeling. De Orde verzoekt aan te geven of dat inderdaad de bedoeling is.

5. Temporele beperking

De Orde stelt voorop dat zij begrip heeft voor de temporele beperking teneinde het oneindig uitstellen van een liquidatieverlies te voorkomen. De Orde constateert echter dat de voorgestelde regeling op bepaalde onderdelen onduidelijk is en in bepaalde situaties zijn doel voorbij schiet.

In de memorie van toelichting wordt de vergelijking gemaakt tussen de normale verliesverrekening die wordt bepaald door goed koopmansgebruik, en het liquidatieverlies dat een eigen tijdstip kent. Omdat de liquidatieverliesregeling meer mogelijkheden biedt tot verliesverrekening dan onder goed koopmansgebruik, wordt de temporele beperking voorgesteld. De Orde wijst erop dat de liquidatieverliesregeling in bepaalde situaties ook tot minder mogelijkheden van verliesverrekening leidt dan onder goed koopmansgebruik. Sinds 2007 kan een verlies nog slechts één jaar terug gewenteld worden. Omdat bij de liquidatieverliesregeling wordt aangesloten bij het moment dat de vereffening is voltooid en niet bij het stakingsmoment van de onderneming of het ontbindingsbesluit, kan dat ertoe leiden dat een verlies – anders dan bij een verlies onder goed koopmansgebruik – niet kan worden terug gewenteld naar een eerder winstjaar, omdat het liquidatieverlies buiten de éénjaartermijn opkomt. Indien een temporele beperking wordt ingevoerd, komt de vraag op of niet aangesloten zou moeten worden bij het moment van ontbinding. De Orde verzoekt hierop nader in te gaan.

⁸ Brief van de Minister van Financiën, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 17, p. 8.

Het wetsvoorstel staat aftrek van liquidatieverliezen alleen nog toe, indien de vereffening wordt voltooid uiterlijk drie jaren na afloop van het kalenderjaar waarin de onderneming van de deelneming geheel of nagenoeg geheel is gestaakt dan wel het besluit daartoe is genomen. In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat voor de definitie bij de bestaande regelingen van artikel 15ab lid 2 en 15aj lid 7 Wet Vpb 1969 wordt aangesloten. In de parlementaire geschiedenis bij genoemde artikelen is echter niet ingegaan op de vraag wat verstaan moet worden onder ‘geheel of nagenoeg geheel staken’. Dit criterium wordt echter bij de voorgestelde wijziging van artikel 13d Wet Vpb 1969 buitengewoon belangrijk, omdat dit criterium – anders dan bij de genoemde artikelen 15ab en 15aj – bepaalt of het verlies *überhaupt* in aftrek kan worden gebracht.

Het wetsvoorstel voorziet in een verlengingsmogelijkheid van de in beginsel maximaal toegestane vereffeningstermijn van drie jaren. Verlenging is mogelijk in de gevallen waarin het voltooiën van de vereffening op een later tijdstip is ingegeven door zakelijke overwegingen. De belastingplichtige dient aannemelijk te maken dat dit het geval is. Op de tegenbewijsregeling kan onder andere een beroep worden gedaan in situaties waarin het vermogen wordt vereffend in het kader van een omvangrijke en complexe – en daardoor langslappende – liquidatie van een deelneming. De Orde vraagt voorbeelden te geven op welke wijze de belastingplichtige dit aannemelijk dient te maken.

De Orde vraagt zich af wat precies onder ‘zakelijke overwegingen’ wordt verstaan. Veronderstel de situatie dat een belastingplichtige door een beperkt belang, van bijvoorbeeld 26%, geen invloed kan uitoefenen op de tijdsduur van een liquidatie en de andere (74%-) aandeelhouder geen besluit tot liquidatie neemt. De Orde verzoekt te bevestigen dat een belastingplichtige zich in dat geval kan beroepen op de tegenbewijsregeling. De Orde verzoekt in zijn algemeenheid te bevestigen dat situaties die buiten de macht van de belastingplichtige liggen en ertoe leiden dat de vereffening buiten de driejaarstermijn plaatsvindt, als ‘zakelijke overweging’ kwalificeert.

Uit het voorgestelde artikel 15i lid 8 en 9 Wet Vpb 1969 blijkt dat een belastingplichtige moet ophouden winst te genieten in een andere staat uiterlijk drie jaar na staking om een stakingsverlies in aanmerking te kunnen nemen. Het is echter mogelijk dat bij een onderneming lange tijd na staking nog nagekomen baten opkomen die als winst van de vaste inrichting worden aangemerkt.⁹ De Orde verzoekt te bevestigen dat ingeval van dergelijke ‘naijgende vaste-inrichtingbaten’ reeds op het moment van staking een stakingsverlies in aanmerking genomen kan worden.

De Orde vraagt zich af of het begrip ‘staken van de onderneming’ in de voorgestelde regeling van artikel 15i lid 8 Wet Vpb 1969 voldoende duidelijk gedefinieerd is. Dient hierbij sprake te zijn van een gehele of nagenoeg gehele staking? Dit is van belang omdat drie jaar na dat moment het niet meer mogelijk is om een liquidatieverlies in aanmerking te nemen. De Orde merkt daarbij op dat dit verschil in andere bepalingen in de Wet Vpb 1969 minder relevant is.

⁹ HR 27 maart 1991 (ECLI:NL:HR:1991:ZC4541).

6. Overgangsrecht

Het is de Orde opgevallen dat geen overgangsregeling is getroffen voor de situaties waarin sprake is van een belang van minder dan 25% en de onderneming reeds (nagenoeg) geheel is gestaakt dan wel daartoe is besloten, maar de voltooiing van de vereffening plaatsvindt na inwerkingtreding van het wetsvoorstel. Dat lijkt de Orde, zeker in situaties waarbij het uitstel niet is ingegeven door fiscale motieven, wel op zijn plaats. De Orde verzoekt dan ook een overgangsregeling te treffen voor situaties als deze.

In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat het ook na de Brexit mogelijk blijft om een liquidatieverlies te nemen op een deelneming in een vennootschap die is opgericht naar het recht van het Verenigd Koninkrijk, mits die vennootschap feitelijk is gevestigd in Nederland of in een andere EU/EER-staat. Blijkens deze passage worden liquidatieverliezen op een deelneming die feitelijk is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, wel beperkt. Dit geldt dus ook voor deelnemingen in het Verenigd Koninkrijk die thans reeds in liquidatie zijn, maar waarvan de vereffening wordt voltooid na de Brexit. De Orde vraagt zich af of een overgangsregeling voor deelnemingen in een vennootschap die feitelijk gevestigd zijn in het Verenigd Koninkrijk niet op zijn plaats zou zijn.

7. Slot

De Orde is graag bereid bovenstaande reactie nader toe te lichten en daartoe in overleg te treden.

Hoogachtend,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

drs. R.A. van der Jagt
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen