

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs  
Commissie Wetsvoorstellen

mr. drs. S.A.W.J. Strik  
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen

Aan de Vaste commissie voor Financiën van de  
Eerste Kamer der Staten-Generaal  
**mw. drs. H. Menninga**  
Postbus 20017  
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 3 december 2009

**Betreft:      Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van  
Belastingadviseurs op de wetsvoorstellen ‘Wijziging van enkele belastingwetten  
en enige andere wetten (Belastingplan 2010)’ (nr. 32 129) en ‘Wijziging van  
enkele belastingwetten en enige andere wetten (Overige fiscale maatregelen  
2010)’ (nr. 32 130)**

Geachte leden van de Commissie,

De Orde heeft met belangstelling kennis genomen van de behandeling van het Belastingpakket 2010 in de Tweede Kamer. Deze behandeling heeft de Orde aanleiding gegeven tot de volgende vragen.

**Aanmerkelijk belang; schenking- en verervingsfaciliteit**

De Orde vraagt aandacht voor de samenhang met de thans voorgestelde aangepaste verervingsfaciliteit in de Wet inkomstenbelasting 2001 en de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet (hierna: BOF-regeling). De Orde vraagt in dit verband in hoeverre hetgeen is opgemerkt in het Besluit van 18 oktober 2007, nr. CPP2006/1894M, V-N 2007/49.23 ook geldt voor de nieuwe schenkings- en verervingsfaciliteit in de inkomstenbelasting. In het bijzonder wijst de Orde op hetgeen is opgemerkt in onderdeel 3.1 van dit besluit betreffende een aandeelhouder die 100% van de aandelen houdt in een werkmaatschappij en 100% van de aandelen in een vastgoedmaatschappij. De vastgoedmaatschappij bezit het bedrijfspand dat wordt verhuurd aan de werkmaatschappij. In genoemd besluit is opgemerkt dat de BOF-regeling in de SW 1956 niet van toepassing is als de aandelen in de vastgoedmaatschappij worden geschonken dan wel vererven, aangezien verhuur van een bedrijfspand niet kwalificeert als een materiële

onderneming. De Orde vraagt of dit ook zal gelden voor de nieuwe schenkings- en verervingsfaciliteit in de inkomstenbelasting. Als het antwoord op deze vraag bevestigend luidt, wijst de Orde erop dat dit toch vreemd is, want als genoemde aandelen in de werkmaatschappij en in de vastgoedmaatschappij indirect worden gehouden door middel van een holdingvennootschap of de vastgoedmaatschappij is tevens de holdingvennootschap die de aandelen in de werkmaatschappij houdt, de BOF-regeling in de SW 1956 en daarmee ook de nieuwe schenkings- en verervingsfaciliteit in de IB wel van toepassing is. Het bedrijfspan kwalificeert dan namelijk vanwege de consolidatie van de werkmaatschappij op het niveau van de holdingvennootschap als een materiële onderneming (zie onderdeel 4.5 van genoemd besluit voor de BOF-regeling in de SW 1956). Dit dwingt belastingplichtigen derhalve tot een holdingstructuur teneinde in de IB en in de SW 1956 de schenkings- en verervingsfaciliteiten deelachtig te worden. Dit klemt te meer als wordt bedacht dat, had de aandeelhouder het bedrijfspan in privé gehouden en aan de werkmaatschappij ter beschikking gesteld – het bedrijfspan maakt dan deel uit de van tbs-regeling van art. 3.92 Wet IB 2001 – bij overlijden ook de BOF-regeling in de SW 1956 en de verervingsfaciliteit voor tbs-panden (art. 3.95 jo. art. 3.62 Wet IB 2001) van toepassing was. Alleen genoemde casus van in privé gehouden aandelen in een werkmaatschappij en in een afzonderlijke vastgoedmaatschappij kwalificeert niet voor de verervingsfaciliteit in de SW 1956 en de IB. De Orde vraagt de staatssecretaris om meer stroomlijning op dit punt tot stand te brengen.

In onderdeel 3.4 van meergenoemd besluit van 18 oktober 2007 is goedgekeurd dat een verkoop van ab-aandelen tegen schuldigerkenning, gevolgd door kwijtschelding van de koopschuld, gelijk kan worden gesteld met schenking van de ab-aandelen voor de BOF-regeling in de SW 1956, mits de kwijtschelding onmiddellijk volgt op de overdracht van de aandelen. De Orde vraagt of deze goedkeuring ook zal gelden voor de nieuwe schenkingsfaciliteit voor ab-aandelen in art. 4.17c Wet IB 2001.

Met betrekking tot het tbs-pand kan hieraan nog worden toegevoegd of dit in geval van schenking van het tbs-pand ook geldt voor de uitstelregeling van art. 25, veertiende lid, IW 1990. Als het antwoord hierop positief is, rijst vervolgens de vraag of verkoop van ab-aandelen tegen schuldigerkenning gevolgd door onmiddellijk kwijtschelding van de koopschuld moet worden gezien als een materiële schenking waarop de nieuwe schenkingsfaciliteit van art. 4.17c Wet IB 2001 van toepassing is, dan wel als een verkoop van aandelen tegen schuldigerkenning waarop de gespreide-betalingsregeling van art. 25, negende lid, IW 1990 van toepassing is. Het belang van deze vraag betreft de dienstbetrekkingseis die wel geldt voor art. 4.17c Wet IB 2001 maar niet voor art. 25, negende lid, IW 1990.

In onderdeel 3.7 van genoemd besluit van 18 oktober 2007 is goedgekeurd dat in geval van een finaal verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden de BOF-regeling in de SW 1956 van toepassing is op de helft van de waarde van de ab-aandelen als de (andere) echtgenoot die de ab-aandelen niet bezit, overlijdt. Dit vanwege de materiële gelijkheid van een situatie van algehele huwelijksgemeenschap met die van een finaal verrekenbeding. De Orde vraagt of deze goedkeuring ook zal gelden voor de nieuwe verervingsfaciliteit in de IB. Dit betreft dan overigens niet alleen de nieuwe verervingsfaciliteit voor de ab-aandelen van art. 4.17a Wet IB 2001, maar ook die voor het tbs-pand van art. 3.95 jo art. 3.58/62 Wet IB 2001. In het verlengde van dit laatste rijst de vraag of dit dan ook geldt voor de verervingsfaciliteit voor de IB-onderneming van art. 3.58 jo art. 3.62 Wet IB 2001.

De Orde heeft geconstateerd dat in geval van schenking van ab-aandelen in veel gevallen in de praktijk een ‘gat’ zal ontstaan van 36 maanden. Dit is een gevolg van de dienstbetrekkingseis van art. 4.17c Wet IB 2001, waaraan thans in veel gevallen in de praktijk niet wordt voldaan. Dit betekent dat ingaande 2010 in veel praktijkgevallen geen fiscaal gefacilieerde schenking kan plaatsvinden van ab-aandelen. Immers vanwege de dienstbetrekkingseis van 36 maanden zal de nieuwe schenkingsfaciliteit van art. 4.17c Wet IB 2001 nog niet van toepassing zijn, maar de huidige gespreide-betalingsfaciliteit van art. 25, negende lid, IW 1990 is ingaande 2010 al onmiddellijk niet meer van toepassing. Feitelijk zullen vele belastingplichtigen vanaf 2010 dus 36 maanden moeten wachten alvorens zij gebruik kunnen maken van de nieuwe schenkingsfaciliteit van art. 4.17c Wet IB 2001, terwijl zij nu in 2009 de ab-aandelen nog kunnen schenken en daarbij een beroep kunnen doen op de gespreide-betalingsregeling van art. 25, negende lid, IW 1990. Dit klemt te meer als wordt bedacht dat dit niet geldt als sprake is van een holdingstructuur, want dan kan de holdingvennootschap in 2010 of later de aandelen in de werkmaatschappij schenken met een beroep op de nieuwe gespreide-betalingsregeling van art. 25, elfde lid, IW 1990. De Orde pleit er derhalve voor in de uitvoeringssfeer een overgangsregeling te treffen waarbij belastingplichtigen ingaande 2010 nog gedurende drie jaren, dus tot 2013, in geval van schenking van ab-aandelen een beroep kunnen doen op de huidige gespreide-betalingsregeling van art. 25, negende lid, IW 1990.

Indien de staatssecretaris hiertoe niet bereid is, verzoekt de Orde zonder meer goed te keuren dat alsdan een holdingstructuur tot stand kan worden gebracht door middel van een fiscaal gefacilieerde aandelenfusie ex art. 3.55 Wet IB 2001 resp. bedrijfsfusie ex art. 14 Wet VpB 1969 waarna de aandelen in de aldus gecreëerde werkmaatschappij binnen de termijn van het vervreemdingsverbod van art. 14, vierde lid, Wet VPB 1969 kunnen worden geschonken aan de opvolger teneinde gebruik te maken van de nieuwe gespreide-betalingsregeling van art. 25, elfde lid, IW 1990. De Orde vraagt of de staatssecretaris alsdan kan bevestigen dat de aandelenfusie resp. bedrijfsfusie niet (in overwegende mate) is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.

In situaties van een gefaseerde bedrijfsopvolging komt het regelmatig voor dat de uittreder via een holdingvennootschap (cumulatief) preferente aandelen houdt in de werkmaatschappij en de beoogd opvolger via een holdingvennootschap de gewone aandelen houdt in de werkmaatschappij. Veelal is de beoogd opvolger in dienst bij zijn (persoonlijke) holdingvennootschap en is een managementovereenkomst gesloten tussen deze holdingvennootschap en de werkmaatschappij in welk kader de beoogd opvolger werkzaamheden verricht ten behoeve van de werkmaatschappij. Kan de staatssecretaris bevestigen dat ook in zo'n situatie van een managementovereenkomst is voldaan aan het dienstbetrekkingseis van de nieuwe schenkingsfaciliteit van art. 4.17c Wet IB 2001?

Voorts komt het in de praktijk regelmatig voor dat meerdere aandeelhouders die participeren in een gemeenschappelijke (werk-)BV een aandeelhoudersovereenkomst hebben gesloten op grond waarvan de aandelen in geval van overlijden van een aandeelhouder moeten worden aangeboden aan de andere aandeelhouder(s), een zogenoemde aanbiedingsverplichting. Alsdan vraagt de Orde bevestiging of, als de aandelen in een dergelijk geval overgaan op de andere aandeelhouder(s) op grond van deze aanbiedingsverplichting uit hoofde van de aandeelhoudersovereenkomst, toch de voorgestelde verervingsfaciliteit van art. 4.17a Wet IB 2001 van toepassing is. Anders gezegd, of de staatssecretaris kan bevestigen dat de aandelen

alsdan krachtens erfrecht zijn verkregen. Dezelfde kwestie is ook relevant voor de BOF-regelingen in de SW 1956, dus ook voor die regeling vraagt de Orde bevestiging dat in genoemde situatie de BOF-regeling gewoon van toepassing is.

Met betrekking tot de preferente aandelen vraagt de Orde aandacht voor het feit dat de voorgestelde wettekst in art. 4.17a, vijfde lid, Wet IB 2001 uiterst gedetailleerd beschrijft hoe die preferente aandelen moeten zijn ontstaan, willen die aandelen kwalificeren voor de verervings- en schenkingsfaciliteit. De Orde wijst er (nogmaals) op dat door deze uiterst gedetailleerde wetgeving veel reële situaties van (cumulatief) preferente aandelen buiten de boot vallen. De Orde noemt bijvoorbeeld de situatie van participatiemaatschappijen die regelmatig via gewone aandelen en via preferente aandelen deelnemen in veelbelovende veelal jonge ondernemingen. Als de achterliggende aandeelhouder in zo'n participatiemaatschappij komt te overlijden, is de nieuwe verervingsfaciliteit van art. 4.17a Wet IB 2001 niet van toepassing, omdat de preferente aandelen niet zijn ontstaan door omzetting van gewone aandelen. De Orde meent dat dergelijke participatiemaatschappijen een belangrijke maatschappelijke functie vervullen in de financiering van ondernemingen, zeker in een tijd waarin banken en andere financiële instellingen uiterst terughoudend zijn met de terbeschikkingstelling van leningen.

Voorts noemt de Orde de situatie waarin ter afwending van de dubbele belastingheffing als gevolg van de 'thin capitalisation'-regeling van art. 10d Wet VpB 1969, een schuldvordering is omgezet in (cumulatief) preferente aandelen. Alsdan zijn de (cumulatief) preferente aandelen ook niet ontstaan door omzetting van gewone aandelen en is de nieuwe schenking- en verervingsfaciliteit niet van toepassing. De Orde meent dat het niet zo kan zijn dat belastingplichtigen achteraf worden geconfronteerd met het feit dat, ter afwending van het ene onheil van de dubbele belastingheffing over de rente als gevolg van de 'thin cap'-regeling, er vervolgens een ander onheil, namelijk het niet (langer) van toepassing zijn van de verervings- en schenkingsfaciliteit, over zich hebben afgeroepen. Naar het oordeel van de Orde maakt dit de wetgeving weinig betrouwbaar.

Voor de volledigheid wijst de Orde erop dat dit niet alleen geldt voor de schenkings- en verervingsfaciliteit in de inkomstenbelasting maar ook voor de BOF-regeling in de SW 1956, nu laatstgenoemde regeling ter zake van preferente aandelen dezelfde voorwaarden bevat. De Orde verzoekt derhalve met klem (nogmaals) de regeling voor preferente aandelen aanzienlijk minder stringent te omschrijven.

### **Terbeschikkingstellingsregeling**

De Orde constateert met betrekking tot tbs-panden een vreemde anomalie als men dit vergelijkt met ab-aandelen en de BOF-regeling in de SW 1956 in geval van schenking van het tbs-pand en ab-aandelen. Op de schenking van de ab-aandelen is de nieuwe schenkingsfaciliteit van art. 4.17c Wet IB 2001 van toepassing alsmede de BOF-regeling in de SW 1956. Op de schenking van het tbs-pand is wel de BOF-regeling in de SW 1956 van toepassing maar is geen faciliteit in de IB van toepassing doch de uitstel-van-betalingsregeling van art. 25, veertiende lid, IW 1990. Dit acht de Orde vreemd als wordt bedacht dat juist schenking van ab-aandelen wordt overgeheveld van de Invorderingswet (het huidige art. 25, negende lid, IW 1990) naar de heffingswet (art. 4.17c Wet IB 2001) vanwege de gelijkstelling met een IB-ondernemer die voor schenking van een IB-onderneming een beroep kan doen op de doorschuiffaciliteit van art. 3.63 Wet IB 2001. Het heeft de Orde verbaasd dat op schenking van een tbs-pand – dat wetstechnisch ingevolge het

slotdeel van art. 3.95, eerste lid, Wet IB 2001 wordt gelijkgesteld met een onderneming (“alsof de werkzaamheid een onderneming vormt”) – niet ook, parallel aan de regelingen in de IB-ondernemers- en ab-sfeer, een regeling is getroffen in de IB-sfeer. Dit had naar de mening van de Orde gemakkelijk gekund door art. 3.63 Wet IB 2001 van overeenkomstige toepassing te verklaren in art. 3.95 Wet IB 2001. Nu wijkt schenking van tbs-pand af van de schenking van een IB-onderneming en van ab-aandelen, aangezien alsdan uitsluitend een uitstelregeling in de invorderingssfeer beschikbaar is. En dit terwijl juist wordt beoogd ook voor het tbs-pand dezelfde regels van toepassing te laten zijn als voor de IB-onderneming en voor de ab-aandelen. Dit klemt te meer als wordt bedacht dat in geval van overlijden op het tbs-pand de doorschuifregeling van art. 3.95 jo art. 3.58/62 Wet IB 2001 van toepassing is, dus een doorschuifregeling in de IB-sfeer in plaats van in de invorderingssfeer. Dus, in geval van overlijden zijn de regelingen voor de IB-ondernemingen, tbs-panden en ab-aandelen gelijk, zowel in de IB-sfeer als in de sfeer van de SW 1956 (BOF-regeling), maar in geval van schenking niet. De Orde begrijpt hiervan de logica niet.

Verder wijst de Orde nog op het volgende. Het is de Orde opgevallen dat voor de tbs-vermogensbestanddelen geen uitstel-van-betalingsregeling geldt voor onderbedelingsvorderingen die zijn ontstaan als het vermogensbestanddeel vererft naar de bedrijfsopvolger en een mede-erfgenaam een vordering krijgt op de bedrijfsopvolger wegens onderbedeling. Een dergelijke regeling is thans in art. 25, dertiende lid, IW 1990 wel getroffen voor onderbedelingsvorderingen in relatie tot ab-aandelen en IB-ondernemingsvermogen, welke regeling wordt gecontinueerd. Aangezien tbs-vermogensbestanddelen geheel meelifen met de bedrijfsopvolgingsregelingen in de Successiewet 1956, ligt het naar de mening van de Orde voor de hand art. 25, dertiende lid, IW 1990 uit te breiden met de tbs-vermogensbestanddelen. De Orde verzoekt derhalve zo spoedig mogelijk in dit hiaat te voorzien door middel van een wettelijke maatregel en tot die tijd maatregelen te treffen in de beleidssfeer.

In haar commentaar van 5 november jl. heeft de Orde aandacht gevraagd voor inbreng van aandelen in een bestaande BV zonder uitreiking van aandelen, derhalve tegen informeel kapitaal. Dit in vervolg op de bij 3<sup>e</sup> nota van wijziging voorgestelde wijziging dat inbreng van het tbs-pand in de BV door een enig aandeelhouder ook kan plaatsvinden tegen informeel kapitaal. De Orde is niet overtuigd door de antwoorden van de staatssecretaris. De staatssecretaris wijst er namelijk op dat een gang naar de notaris niet kan worden voorkomen, omdat voor overdracht van incurante aandelen in een BV altijd een notariële akte is vereist. Dit is uiteraard waar, maar geldt evenzeer voor de overdracht van een tbs-pand. Voor de overdracht van een tbs-pand is ook een notariële akte vereist en toch heeft de staatssecretaris bij 3<sup>e</sup> nota van wijziging toegestaan dat de inbreng tegen informeel kapitaal kan plaatsvinden. Dit antwoord van de staatssecretaris acht de Orde derhalve niet concludent.

Hetzelfde geldt voor het antwoord van de staatssecretaris hoe, als inbreng tegen informeel kapitaal zou worden toegestaan, zonder notariële akte het vervreemdingsverbod van art. 14, vierde lid, Wet VpB 1969 moet worden toegepast. Deze zelfde kwestie geldt thans reeds voor de voortzettingseis van de inbrengfaciliteit van het voorgestelde art. 15, eerste lid, onderdeel z, Wet BRv 1970 voor het tbs-pand. In de toelichting bij genoemde wijziging bij 3<sup>e</sup> nota van wijziging is, naar de mening van de Orde terecht, aangegeven dat dan het voortzettingsvereiste van art. 15, eerste lid, onderdeel z, Wet BRv 1970 geldt met betrekking tot alle aandelen in de BV die het tbs-pand verkrijgt. Dit zou dan op dezelfde wijze gelden voor het vervreemdingsverbod van art.

14, vierde lid Wet VPB 169 (en, zo voegt de Orde eraan toe, ook voor dat van art. 14a, zesde lid, Wet VpB 1969). Overigens wijst de Orde erop dat ditzelfde 'probleem' zich thans al voordoet als de bedrijfsfusie resp. de afsplitsing plaatsvindt tegen de uitreiking van 1 aandeel en agio. Uitreiking van 1 aandeel en agio is echter uitdrukkelijk toegestaan, zo blijkt uit de toelichting op de standaardvoorwaarden. Tot slot acht de Orde evenmin doorslaggevend hoe, als inbreng tegen informeel kapitaal zou worden toegestaan, kan worden geconstateerd dat een bedrijfsfusie heeft plaatsgevonden en welke bedrijfsmiddelen in dat kader zijn overgedragen. De Orde wijst erop dat dit eenvoudig uit de administratie kan worden afgeleid. Voorts geldt in geval van een bedrijfsfusie dat wel een notariële akte is vereist als van de bedrijfsfusie een bedrijfspand deel uitmaakt, dat een akte van cessie is vereist als van de bedrijfsfusie vorderingen deel uitmaken en dat een akte van schuldoverneming is vereist als in het kader van de bedrijfsfusie schulden overgaan. Uit de administratie van de overdragende en de overnemende vennootschap kan eenvoudig worden afgeleid welke vermogensbestanddelen in het kader van de bedrijfsfusie zijn overgegaan. Voorts wordt een bedrijfsfusie veelal afgestemd met de fiscus vanwege de waarde van de onderneming die in aanmerking moet worden genomen, in het kader waarvan duidelijk op tafel komt te liggen welke vermogensbestanddelen in het kader van de bedrijfsfusie zullen overgaan. Het voordeel van inbreng van aandelen (aandelenfusie) of een (deel van een) onderneming (bedrijfsfusie) tegen informeel kapitaal is dat de statuten van de vennootschap, als het een bestaande vennootschap betreft, niet behoeven te worden aangepast en er bijvoorbeeld geen verklaring van geen bezwaar behoeft te worde gevraagd. De Orde meent derhalve dat, nu voor inbreng van het tbs-pand inbreng door een enig aandeelhouder tegen informeel kapitaal wordt toegestaan, er geen reden is dit voor de regeling van de aandelenfusie van art. 3.55 Wet IB 2001 en van de bedrijfsfusie van art 14 Wet VpB 1969 niet toe te staan.

### **Deelnemingsvrijstelling**

Graag ziet de Orde bevestigd dat voldaan is aan de onderworpenheidstoets indien een ter belegging gehouden dochter als gevolg van verticale verliescompensatie in enig jaar weinig of geen belasting is verschuldigd terwijl de effectieve winstbelastingdruk 10% of hoger zou zijn als de verliescompensatie buiten beschouwing zou zijn gelaten en dat in een dergelijke situatie niet relevant is of de compensabele verliezen hun oorsprong vinden in een stelselafwijking.

Naar aanleiding van het door de staatssecretaris in de Nota naar aanleiding van het verslag gegeven voorbeeld over toepassing van de oogmerktoets, vraagt de Orde zich af, of het in de visie van de staatssecretaris mogelijk is dat voor toepassing van de oogmerktoets het zwaartepunt van het oogmerk bij ondernemen ligt, ook indien de waarde van de belegging de waarde van de onderneming overstijgt?

**Innovatiebox**

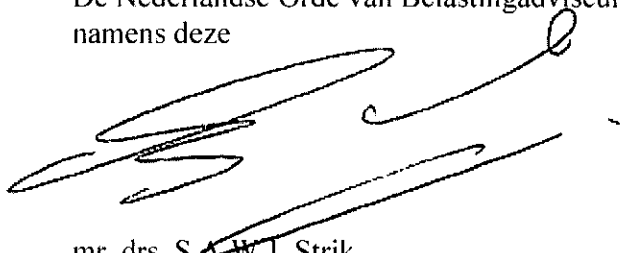
Het is goed denkbaar dat voortbrengingskosten worden ingelopen door winsten uit het ontstane immaterieel activum, voordat is geopteerd voor toepassing van de innovatiebox. Letterlijke lezing van de tekst wekt de indruk dat bij het opteren voor toepassing van de box nogmaals de kosten moeten worden ingelopen. Graag ziet de Orde bevestigd dat voortbrengingskosten die reeds ingelopen zijn voorafgaand aan de opting-in, niet nogmaals behoeven te worden ingelopen.

Een afschrift van deze brief is heden verzonden aan de staatssecretaris van Financiën.

Uiteraard is de Orde graag bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,  
namens deze

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke, positioned above the typed name.

mr. drs. S.A.W.J. Strik  
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen