



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Aan de Vaste commissie voor Financiën van de
Tweede Kamer der Staten-Generaal
mr. R.F. Berck
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 11 juni 2012

**Betreft: Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde
van Belastingadviseurs op de Wet uitwerking fiscale maatregelen
Begrotingsakkoord 2013**

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft kennisgenomen van het wetsvoorstel uitwerking fiscale maatregelen Begrotingsakkoord 2013 (hierna: het wetsvoorstel). In dit commentaar beperkt de Orde zich tot de voorstellen met betrekking tot de aftrekbeperking van deelnemingsrente (onderdeel A) en voorgestelde wijzigingen in de loonheffingen (onderdeel B).

A Aftrekbeperking deelnemingsrente

1. Algemeen

De Orde heeft geschrokken kennisgenomen van het voorstel inzake de aftrekbeperking voor deelnemingsrente. Hoewel de Orde de politieke achtergrond van dit wetsvoorstel begrijpt, alsook de tijdsdruk die op dit wetsvoorstel rust, meent de Orde echter met de Raad van State dat de renteaftrekmaatregelen in een separaat wetsvoorstel moeten worden behandeld. De renteaftrek is een van de cruciale pijlers in de vennootschapsbelasting en ongemeen belangrijk voor het vestigingsklimaat. Het is niet voor niets dat een finale regeling van de renteaftrek in de vennootschapsbelasting de gemoederen al tientallen jaren bezighoudt. Een aanpassing van de renteaftrek moet derhalve weloverwogen plaatsvinden, zodat er ook over een langere periode rust ontstaat op dit terrein. Niemand zit immers te wachten op weer nieuwe wijzigingen op korte termijn, als blijkt dat de nu voorgestelde maatregel ernstig tekortschiet. De Orde is hier zeer beducht voor, gelet op de grote technische complexiteit van de voorgestelde aanpassing en de te verwachten problemen in de uitvoering. In dat licht is de Orde van mening dat dit voorstel een grondiger parlementaire behandeling vereist. Een doorlooptijd van enkele weken voor de Tweede-Kamerbehandeling is naar de mening van de Orde volstrekt onvoldoende.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB toetst fiscale wetsvoorstellen op strijdigheid met het recht, effectiviteit en efficiency, terugwerkende kracht, uitvoerbaarheid, administratieve lastendruk en fiscaal vestigingsklimaat.

1

Complexiteit van de regeling

De Orde heeft oog voor de politieke realiteit dat een ingreep in de aftrek van deelnemingsrente niet te vermijden is. Voorts is het verdedigbaar dat daarbij, in navolging van het Topteam Hoofdkantoren, is gekozen voor een ‘maatwerk-aanpak’. Voor die ‘maatwerk-aanpak’ wordt echter een hoge prijs betaald in de vorm van een zeer grote complexiteit. De Orde is van mening dat er alternatieven denkbaar zijn, die minder complex zijn. De Orde betreurt het dan ook dat we moeten vrezen dat daaraan geen serieuze aandacht meer kan worden geschonken gelet op het beoogde zeer ambitieuze tijdsplan van de parlementaire behandeling.

(On)uitvoerbaarheid van de voorgestelde regeling / voorstel om bewijslast te vereenvoudigen

De Orde begrijpt uit het wetsvoorstel dat de Staatssecretaris van Financiën (hierna: Staatssecretaris) van mening is dat de aftrek van deelnemingsrente moet worden beperkt voor zover de kostprijs van deelnemingen groter is dan het eigen vermogen van de belastingplichtige en er tegelijkertijd sprake is van de volgende transacties: (a) de aankoop van deelnemingen die niet vanuit Nederland worden aangestuurd of (b) waarbij een double dip wordt gerealiseerd of (c) die worden gefinancierd met een deelnemerschapslening vanuit Nederland. Deze transacties zullen hierna korthedshalve worden aangeduid als “foute transacties”.

Maar eerst moet de belastingplichtige bewijzen dat de verkrijgingsprijs van de deelnemingen verband houdt met de uitbreiding van operationele activiteiten van het concern. Met name voor zover de kostprijs deelnemingen is ontstaan door kapitaalstortingen in dochtermaatschappijen zal dit bewijs zeer moeilijk te leveren zijn. Kapitaalstortingen komen frequent voor en de aanwending van de ter beschikking gestelde middelen is zeer moeilijk te traceren. Voor het verleden, ter bepaling van de verkrijgingsprijs bij het van toepassing worden van deze regeling, is het naar de mening van de Orde vrijwel onmogelijk om dit bewijs te leveren, omdat bedrijven deze regeling nog niet konden kennen en zonder die kennis destijds niet konden weten welke informatie diende te worden vastgelegd. De belastingplichtige komt dus in een zeer moeilijk/onmogelijke bewijspositie te verkeren om aannemelijk te maken dat rente wel voor aftrek in aanmerking komt, zowel in de toekomst als met betrekking tot het vaststellen van de positie op het moment dat dit wetsvoorstel van toepassing wordt.

Naar de mening van de Orde zou de complexiteit veel geringer zijn, als de wettelijke maatregel zou inzoomen op de “foute transacties” waarvan het aantal doorgaans veel beperkter is dan het aantal mutaties in de kostprijs deelnemingen. De Orde licht dit hierna nader toe.

De Orde ziet wel degelijk een mogelijkheid om het wetsvoorstel te vereenvoudigen zonder afbreuk te doen aan de doeltreffendheid ervan. Dit alternatief zoomt daartoe in op het misbruik dat het kabinet wil tegengaan; het stelt de belastingplichtige echter in staat om op een andere manier aannemelijk te maken dat er van dergelijk misbruik geen of slechts in beperkte mate sprake is.

Dit alternatief luidt als volgt. In het voorgestelde art. 131, lid 5, staat dat de verkrijgingsprijs van de deelnemingen buiten aanmerking blijven voor zover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat die verkrijgingsprijs verband houdt met de uitbreiding van de operationele activiteiten van het concern. Dit is een zeer tijdrovende bewijslast omdat aannemelijk moet worden gemaakt dat de verkrijgingsprijs verband houdt met “goede” investeringen waarvan er altijd heel veel zullen

zijn. De Orde stelt voor om de belastingplichtige toe te staan om in plaats daarvan het bewijs te leveren dat de verkrijgingsprijs niet samenhangt met ‘foute’ transacties. Slaagt de belastingplichtige erin dit bewijs te leveren dan blijft de gehele verkrijgingsprijs van de deelnemingen buiten aanmerking en is er geen beperking van de renteaftrek op grond van het voorgestelde artikel 13l. Voor zover de belastingplichtige niet slaagt in het leveren van dit bewijs, wordt de verkrijgingsprijs van deelnemingen gesteld op het bedrag van de “foute” transacties. Is die verkrijgingsprijs hoger dan het fiscale eigen vermogen, dan wordt het verschil aangemerkt als de deelnemingsschuld.

De Orde is van mening dat aan dit voorstel serieuze aandacht moet worden geschonken. Mocht het, gelet op de snelheid van voortgang van dit wetsvoorstel, niet meer mogelijk zijn wijzigingen tijdig te insereren in dit wetsvoorstel, dan zou de Orde zich kunnen voorstellen dat eventueel nog aanpassingen kunnen worden aangebracht via het Belastingplan 2013.

Rechtszekerheid over een langere periode

Bedrijven hebben er behoefte aan voor een langere periode zekerheid te hebben over de fiscale wetgeving. De Orde spreekt de verwachting uit dat dit met dit voorstel niet het geval zal zijn en deze zeer complexe wetgeving onuitvoerbaar zal blijken te zijn. De Orde acht daarom de kans levensgroot aanwezig dat binnen afzienbare tijd de wet weer zal moeten worden gewijzigd. De Orde roept hierbij in herinnering hoe het is gegaan met de wijzigingen in de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting per 1 januari 2007 bij de Wet Werken aan winst.

Ondanks alle waarschuwingen van de Orde tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Werken aan winst, bleek na inwerkingtreding in 2007 al snel dat de nieuwe regels onuitvoerbaar waren met als consequentie dat per 1 januari 2010 de deelnemingsvrijstelling opnieuw moest worden gewijzigd. Pas toen is de noodzakelijke rust weer teruggekeerd met betrekking tot dit - voor Nederland als vestigingsland voor internationale bedrijven - zeer belangrijke thema. De Orde doet de voorspelling dat dit met onderhavig voorstel hetzelfde zal lopen.

In het licht van het voorgaande begrijpt de Orde dan ook niet de volgende uitlating van de Staatssecretaris: *“Ten slotte is van belang dat de wetgeving in de toepassing voor zo veel mogelijk belastingplichtigen eenvoudig en goed uitvoerbaar is.”* (Blz. 12, Memorie van Toelichting). De Orde meent dat de voorgestelde wetgeving juist op dit punt faalt.

Ontbreken van enige vorm van eerbiedigende werking

De uitvoerbaarheid en rechtszekerheid is naar hiervoor is gebleken naar de mening van de Orde in het bijzonder in het geding als het betreft de aanpassingen van de verkrijgingsprijs van de deelnemingen, in het bijzonder op de datum van het van toepassing worden van de voorgestelde regeling. Dat is in de praktijk niet wel mogelijk, in het bijzonder met betrekking tot kapitaalstortingen in het verleden. Maar dit lot kunnen ook acquisities uit het verleden delen. Maar ook naar de toekomst leidt de voorgestelde regeling tot een onevenredige lastendrukverzwaring om aan de bewijslast te kunnen voldoen.

De Orde vraagt zich in het licht daarvan af waarom niet een gehele dan wel gedeeltelijke eerbiedigende werking is voorgesteld. Deze vraag klemt des te meer aangezien bij de invoering van art. 15ad Wet Vpb 1969 bestaande situaties ruimhartig werden geëerbiedigd. Waarom dan ook niet een vergelijkbare regeling voorgesteld bij de invoering van dit voorstel? Maar ook andere tijdstippen kunnen worden overwogen. Zo is bij de invoering van de objectvrijstelling voor de berekening van het stakingsverlies (art. 15i Wet Vpb. 1969) om praktische redenen een tijdshorizon geïntroduceerd van 5 jaar (art. 33d, lid 1, Wet Vpb. 1969). De Orde verzoekt de Staatssecretaris alsnog een regeling voor te stellen.

Afschaffen art. 10d Wet Vpb 1969

Aangekondigd is dat art. 10d Wet Vpb 1969 wordt afgeschaft op voorwaarde dat daarvoor dekking wordt gevonden. De Orde rekt erop dat afschaffing van art. 10d Wet Vpb 1969 doorgang zal vinden. In één jaar tijd is de vennootschapsbelasting 'verrijkt' met een tweetal nieuwe aftrekbeperkingen, die beiden op zichzelf en in onderlinge samenhang enorm complex zijn. De regelgeving inzake renteaftrekbeperking in de vennootschapsbelasting is als gevolg daarvan nog moeilijker toepasbaar. Om het geheel nog enigszins beheersbaar te houden is afschaffen van artikel 10d Wet Vpb 1969 naar de mening van de Orde een absolute must. Daar komt bij dat historisch gezien er een verband bestaat tussen de aftrek van deelnemingsrente en de thincapregeling. Nu de aftrek van deelnemingsrente wordt beperkt, is het ook logisch dat art. 10d Wet Vpb 1969 wordt geschrapt, te meer daar een geschatte budgettaire derving van inkomsten als gevolg van het afschaffen van de thincapregeling van € 30 mio naar de mening van de Orde niet onoverkomelijk moet worden geacht. Ten slotte is het de Orde opgevallen dat in het wetsvoorstel geen aandacht is geschonken aan de samenloop van het voorgestelde art. 13l Wet Vpb 1969 en art. 10d Wet Vpb 1969, dit in tegenstelling tot de samenloop met art. 10a Wet Vpb 1969 en art. 15ad Wet Vpb 1969. De Orde meent dit te kunnen opvatten als een aanwijzing dat reeds definitief is besloten tot afschaffing van art. 10d Wet Vpb 1969. De Orde verzoekt om een reactie van de Staatssecretaris op dit punt.

Afschaffen houdsterverliesregeling

Verder wijst de Orde nog op het volgende. Het Bosalarrest van het HvJ EG, waardoor de kostenaftrekbeperking van art. 13, lid 1 (oud), Wet Vpb 1969 met ingang van 1 januari 2004 is komen te vervallen, is destijds gerepareerd met de thincapregeling van art. 10d Wet Vpb 1969 én de houdsterverliesregeling van art. 20, lid 4-6, Wet Vpb 1969. Thans wordt een soortgelijke bepaling als art. 13, lid 1 (oud), Wet Vpb 1969 opnieuw geïntroduceerd maar niet is voorgesteld de houdsterverliesregeling van art 20, lid 4-6, Wet Vpb. 1969 af te schaffen. Naar de mening van de Orde is als gevolg van de invoering van art. 13l, de onderliggende reden voor het bestaan van de houdsterverliesregeling vervallen. De Orde dringt er daarom op aan art. 20, lid 4-6 Wet Vpb 1969 af te schaffen.

Ondanks de korte tijdspanne heeft de Orde een beperkt commentaar opgesteld en daarbij het wetsvoorstel getoetst op haar vaste maatstaven: strijdigheid met het recht, effectiviteit en efficiency, terugwerkende kracht, uitvoerbaarheid, administratieve lastendruk en het fiscaal vestigingsklimaat.

De overige hoofdpunten van ons commentaar zijn:

1. De aangekondigde algemene maatregel van bestuur (hierna: AMvB) zou bij voorkeur samen met het wetsvoorstel moeten worden behandeld in het parlement. Dit, omdat deze AMvB een wezenlijke invulling geeft aan de regeling en dus naar de mening van de Orde het volledige parlementaire traject moet doorlopen. De Orde verzoekt de Staatssecretaris om de AMvB voor advies aan de Raad van State aan te bieden en vervolgens aan de Tweede Kamer te sturen en gelijktijdig met het wetsvoorstel of het Belastingplan 2013 in de Tweede Kamer te behandelen.
2. De Orde pleit er voor om evenals bij de rente op een overnameholdingschuld ex art. 15ad Wet Vpb 1969, de niet aftrekbare rente te kunnen voortwentelen naar volgende jaren.
3. De Orde meent dat de open normen en nieuwe begrippen deugdelijk moeten worden toegelicht zodat een toetsingskader ontstaat voor zowel het bedrijfsleven, de belastingadviespraktijk, de Belastingdienst en de rechtelijke macht. Nog liever ziet de Orde dat zo min mogelijk nieuwe begrippen worden geïntroduceerd vanwege de hieraan gekoppelde onvermijdelijke rechtsonzekerheid voor de praktijk die pas na vele jaren en de nodige procedures zal kunnen worden beëindigd.
4. De Orde verzoekt om de samenloop tussen de verschillende renteaftrekbepalingen beter uit te werken.
5. De Orde merkt op dat de mogelijkheid om rente-uitgaven met rente-inkomsten met elkaar te salderen ontbreekt. Een dergelijke saldering is dringend gewenst. Het mag immers niet zo zijn dat enerzijds betaalde rente niet aftrekbaar is terwijl daar tegenover staande rente-inkomsten gewoon worden belast (back-to-back situaties). Van uitholling van de grondslag kan in zoverre immers geen sprake zijn. Indien een met eigen vermogen gefinancierde deelneming wordt gehouden en tevens geld is ingeleend en doorgeleend en verliezen uit operationele activiteiten nadien het eigen vermogen hebben verminderd, zou een dergelijke doorstroomfinanciering ertoe leiden dat een deel van de rente uitgaven op deze financiering niet aftrekbaar zou worden, terwijl de daar tegenover staande bate belast wordt. Dit zou eenvoudig ondervangen kunnen worden door de opgenomen geldleningen te verminderen met de verstrekte geldleningen.

Hieronder gaat de Orde in op de technische punten.

2. Technisch commentaar voorstel aftrekbepaling deelnemingsrente

2.1 Art. 131, lid 1, Wet Vpb 1969

Bovenmatige deelnemingsrente is niet aftrekbaar voor zover de deelnemingsrente de franchise van € 1 miljoen overschrijdt. De Orde is vol lof over deze franchise, omdat daarmee de gevolgen voor het MKB worden beperkt. Tevens is de Orde van mening dat de Staatssecretaris er verstandig aan heeft gedaan de omvang van de franchise gelijk te doen zijn aan die in art. 15ad Wet Vpb. 1969.

Sowieso zijn er veel parallellen te ontdekken tussen het voorgestelde art. 131 en art. 15ad Wet Vpb 1969. Zo zijn beide bepalingen van toepassing op zowel groepsfinanciering als geldleningen van derden. Er zijn echter ook verschillen. Bovenmatige deelnemingsrente is definitief niet aftrekbaar op grond van art. 131 Wet Vpb 1969. Overnameholdingrente ex art. 15ad Wet Vpb 1969 kan worden doorgeschoven naar een volgend boekjaar. De Orde verzoekt de Staatssecretaris om aan te geven waarom op dit punt niet is aangesloten bij de regeling van art. 15ad Wet Vpb 1969. De Orde is van mening dat het doorschuiven van de rente ook bij art. 131 Wet Vpb 1969 wenselijk is. Door de koppeling van art. 131 Wet Vpb 1969 aan het gemiddelde fiscale eigen vermogen wordt de renteaftrek beïnvloed door verliezen. De maatregel heeft dan ook procyclisch effect. Evenals bij verliesverrekening past dan enige egalisatie voor conjunctuureffecten. Voor de overige argumenten verwijst de Orde naar bijlage 2 onderdeel earning-stripping van de Memorie van Toelichting van dit wetsvoorstel; de daar gegeven argumenten voor een voortwentelingsmechanisme gelden identiek voor het voorgestelde art. 131 Wet Vpb 1969. De Orde verzoekt om de deelnemingsrente in ieder geval (tijdelijk) te kunnen doorschuiven naar een volgend jaar.

De Orde verzoekt te bevestigen dat deelnemingsrente die definitief niet aftrekbaar is geen negatief voordeel uit deelneming is, maar een niet aftrekbare rente sui generis.

2.2 Art. 131, lid 2, Wet Vpb. 1969

2.2.1 Peildatasystematiek

De regeling gaat uit van peildata. De Orde verzoekt de Staatssecretaris om reactie te geven op het voorbeeld hierna waarbij sprake is van een aankoop van een deelneming in de loop van het boekjaar.

Voorbeeld 1

Holding BV koopt op 30 december 2013 voor € 10 miljoen deelneming A met een bankfinanciering. De balans ziet er als volgt uit.

Van 1 januari tot 29 december 2013

Activa

Ondernemingsvermogen 50 miljoen

Passiva

EV 5 miljoen

VV 45 miljoen

Ná 30 december 2013

Activa

Ondernemingsvermogen 50 miljoen

Deelneming 10 miljoen

Passiva

EV 5 miljoen

VV 45 miljoen
VV 10 miljoen

De rente in 2013 op de lening die is aangegaan ten behoeve van de verwerving van de deelneming (2 dagen) bedraagt stel € 3.000. De totale rente op geldleningen bedraagt € 2.253.000.

Uitwerking

Gemiddelde bedrag aan deelnemingsschulden (10 miljoen – 5 miljoen) = 5 miljoen

Gemiddelde bedrag aan geldleningen (45 + 55/2) = 50 miljoen.

Bovenmatige deelnemingsrente = $5/50 * 2.253.000 = 225.300$

Hoewel vaststaat dat slechts EUR 3,000 van de in 2013 betaalde rente samenhangt met de deelneming is EUR 225.300 niet aftrekbaar.

De Orde concludeert dat als gevolg van de peildatumsystematiek een deel van de rente dat geen enkele relatie heeft met de verwerving van de deelneming, van aftrek wordt uitgesloten als een deelneming is gekocht ná 1 juli, dan wel juist niet onder de aftrekbeperking valt als de deelneming is gekocht vóór 1 juli van een jaar.

Dit lijkt de Orde een ongewenst overkill / underkill. De Orde verzoekt de Staatssecretaris het wetsvoorstel op dit punt aan te passen.

Tot slot vraagt de Orde om een nadere verduidelijking van het begrip 'jaar'. Hoe dient dit te worden opgevat als een buitenlands lichaam halverwege zijn boekjaar belastingplichtig wordt in Nederland? Wordt er dan gekeken naar het moment dat het buitenlandse lichaam belastingplichtig wordt of naar het begin van het boekjaar?

2.2.2 Open normen zonder toetsingskader

In de slotzin van het voorgestelde art. 131, lid 2, is een anti-misbruikmaatregel geformuleerd. De maatregel waakt tegen kunstmatige opzetjes rondom de peildatum. De gehanteerde begrippen 'tijdelijke mutaties' en 'met het oog op toepassing van dit artikel' zijn – ondanks aandringen van de Raad van State – niet concreet ingevuld. De Orde heeft begrip voor het gebruik van open normen, maar dit begrip is niet langer aanwezig als geen toetsingskader wordt geformuleerd waarbinnen de open norm kan worden ingevuld. Zowel de belastingplichtige, de Belastingdienst en de rechtelijke macht hebben in dat geval geen houvast om de wet te kunnen uitvoeren. De Orde verzoekt de Staatssecretaris dringend om een toetsingskader te geven, bijvoorbeeld aan de hand van voorbeelden.

De Orde verzoekt de Staatssecretaris om aan te geven in welk van onderstaande voorbeelden wel of niet sprake is van het beoogde misbruik.

Voorbeeld 2

BV X houdt alle aandelen in BV Y. BV X leent in. BV Y dient op 30 december op grond van de leningsovereenkomst een lening af te lossen. De benodigde middelen stort BV X als kapitaal in BV Y. Op 31 maart doet BV Y – na het vaststellen van de jaarrekening - een dividenduitkering aan haar aandeelhouder.

Voorbeeld 3

BV X houdt alle aandelen in BV Y. BV Y wenst te investeren in een nieuwe machine. BV X leent in en verschaft op 15 december 2013 de benodigde middelen door een storting van aandelenkapitaal van € 10 miljoen in BV Y. Op 8 januari 2014 wordt € 3 miljoen aandelenkapitaal terugbetaald.

Voorbeeld 4

Idem voorbeeld 2, maar nu vindt de terugbetaling van aandelenkapitaal plaats op 8 januari 2015.

2.2.3 Onevenwichtige uitkomsten als gevolg van evenredige beperking renteaftrek

De keuze voor een evenredige beperking aan renteaftrek kan leiden tot onevenwichtige uitkomsten in situaties waar de rentepercentages op verschillende schulden afwijken. Bij moeilijk te identificeren schulden valt dit wellicht nog te billijken, maar in gevallen waar er een hele duidelijke koppeling is tussen schuld en andere activa dan deelnemingen, kan dit tot zeer onredelijke uitkomsten leiden. Dit geldt bijvoorbeeld bij schulden die zijn verzekerd door pand- of hypotheekrechten op de desbetreffende activa, en bij de niet-ongebruikelijke situatie waar houdster- en financieringsactiviteiten worden gecombineerd door één belastingplichtige. De Orde stelt voor om in ieder geval een tegenbewijsregeling op te nemen, op basis waarvan de belastingplichtige aannemelijk kan maken - als mathematisch is vastgesteld dat sprake is van deelnemingsschuld - welke schulden als zodanig kunnen worden aangemerkt, zodat de rente op die schulden wordt beperkt.

2.3 Art. 131, lid 3, Wet Vpb 1969

2.3.1 Verkrijgingsprijs

Art. 131, lid 3 gaat uit van de verkrijgingsprijs van de deelnemingen. Dit voor de regeling van art. 131 belangrijke begrip is niet gedefinieerd in art. 131. De Orde dringt aan op een definitie van dit begrip, die dan ook voor art. 15ad Wet Vpb 1969 zal gelden, aangezien ook in laatstgenoemde bepaling het begrip verkrijgingsprijs wordt gehanteerd in lid 5 maar ook daar niet is gedefinieerd.

Ten aanzien van de verkrijgingsprijs heeft voorts de Orde de volgende vragen.

1. Kan de Staatssecretaris bevestigen dat zogenoemd meegekocht dividend de verkrijgingsprijs verlaagt als dat dividend wordt uitgekeerd?
2. Kan de Staatssecretaris bevestigen dat als een informele kapitaalstorting wordt geconstateerd bij een navorderingsaanslag, dit tevens de verkrijgingsprijs van de deelneming verhoogt en dus door middel van deze navorderingsaanslag wordt meegenomen.

3. De Orde vraagt om een bevestiging dat een voorziening toerekenbaar aan een deelneming, de verkrijgingsprijs van deze deelneming vermindert.

2.3.2 Deelnemingsschuld en samenloop met andere renteaftrekbepeningen

2.3.2.1. Samenloop algemeen; relatie art. 10d en uitwerking in AMvB

Het voorgestelde art. 131, lid 3 regelt de samenloop met de renteaftrekbepeningen ex art. 10a en art. 10b Wet Vpb 1969. De Orde mist in deze opsomming de samenloop met art. 10d Wet Vpb 1969. De Orde verzoekt de Staatssecretaris, als art. 10d Wet Vpb 1969 gehandhaafd blijft, deze bepaling toe te voegen en de mogelijke samenloop nader uit te werken in concrete voorbeelden.

De Orde begrijpt dat op basis van de wetsvolgorde zich een samenloop van art. 15ad met art. 131 Wet Vpb 1969 kan voordoen. Deze samenloop zal worden geregeld in een AMvB. De Orde heeft ernstige bezwaren tegen het regelen van dergelijke complexe samenlopen in lagere regelgeving – die de daadwerkelijke inhoud van de regeling bepaalt - zonder dat het Parlement zich hierover heeft kunnen uitlaten.

De Orde verzoekt de Staatssecretaris derhalve om de AMvB voor advies aan de Tweede Kamer te sturen en gelijktijdig met het wetsvoorstel of het Belastingplan 2013 in de Tweede Kamer te behandelen.

2.3.2.2 Samenloop art. 131 en art. 10a Wet Vpb 1969

De Orde verzoekt de Staatssecretaris in te gaan op het begrip ‘verband houden met de deelnemingsschuld’. De Orde meent te begrijpen dat het ‘verband houden met’ kan zien op elk van de elementen van de deelnemingsschuld (ev, verkrijgingsprijs deelneming) en vraagt zich onder andere af of het verband ook nadien kan ontstaan, vergelijkbaar met art. 10a, lid 2, Wet Vpb 1969. Zo ja, zou de Staatssecretaris daar een voorbeeld bij kunnen geven?

In de Memorie van Toelichting wordt de samenloop in voorbeelden uitwerkt. Op blz. 32 wordt een voorbeeld uitgewerkt waarbij NL1 de verkrijgingsprijs van haar deelneming – en als gevolg daarvan de deelnemingsschuld - vergroot door een kapitaalstorting te doen in haar deelneming. Naar de mening van de Orde maakt het niet uit of de renteaftrek bij NL1 nu wordt beperkt door art. 10a, lid 1 onderdeel b of c Wet Vpb 1969. Kan de Staatssecretaris deze opvatting bevestigen?

2.4 Art. 131, lid 4, Wet Vpb 1969

Indien deelnemingen anders worden gewaardeerd dan op de kostprijs / verkrijgingsprijs, vindt een correctie van het eigen vermogen plaats. De waardering van andere activa of passiva beïnvloeden echter eveneens het fiscale eigen vermogen. De Orde meent dat ook in die gevallen zich een ongewenst effect kan voordoen. Indien bijvoorbeeld een vordering op een debiteur wordt afgewaardeerd wegens oninbaarheid, zal het eigen vermogen dalen en kan dit leiden tot een grotere aftrekbepening van de deelnemingsrente, dit terwijl de financiering ongewijzigd blijft. Een oninbare debiteur kan dus dubbel zuur zijn.

Een soortgelijk effect doet zich voor als het eigen vermogen erodeert door operationele verliezen. Door de daling van het eigen vermogen ontstaat dan vanzelf een deelnemingschuld waarvan de rente niet aftrekbaar is. De thincapregeling van art 10d Wet Vpb 1969 kent eenzelfde effect. Consequentie hiervan is dat, zodra de belastingplichtige verlies lijdt, tevens een deel van de rente niet meer aftrekbaar is.

Voorbeeld 5

BV X heeft een eigen vermogen € 100 miljoen en activa (geen deelnemingen) van € 100 miljoen. BV X koopt een deelneming ad € 100 miljoen, gefinancierd met een geldlening van eveneens € 100 miljoen. Er is nu geen deelnemingschuld, want de deelneming ad € 100 miljoen -/- het eigen vermogen ad € 100 miljoen is nihil. Een jaar later maakt BV X verlies waardoor haar eigen vermogen daalt naar € 50 miljoen. Er is dan een deelnemingschuld ter grootte van € 50 miljoen en de rente is in zoverre niet aftrekbaar.

Het omgekeerde effect doet zich overigens ook voor. Heeft in bovenstaand voorbeeld BV X een deelneming gekocht voor een bedrag van € 200 miljoen en die gefinancierd met een geldlening ad eveneens € 200 miljoen, dan is sprake van een deelnemingschuld van € 100 miljoen (€ 200 miljoen -/- € 100 miljoen). Maakt BV X vervolgens een jaar later winst waardoor haar eigen vermogen toeneemt naar € 150 miljoen, dan daalt de deelnemingschuld dienovereenkomstig met € 50 miljoen (naar € 50 miljoen) en is een groter deel van de deelnemingsrente aftrekbaar. Dit laatste effect acht de Orde moeilijk te begrijpen tegen de achtergrond van het voorstel, want die moet toch waken tegen het afkomen van winst door middel van renteaftrek. Het omgekeerde is echter het geval. Hogere winst leidt tot een hogere renteaftrek.

De Orde meent dat dit soort effecten ongewenst zijn. Een belastingplichtige gaat voor een groot aantal jaren een financieringsarrangement aan en daarvoor is essentieel dat gedurende die jaren zekerheid bestaat over de omvang van de renteaftrek. De renteaftrek moet niet afhankelijk worden van de toevallige operationele resultaten die de belastingplichtige gedurende die jaren behaalt. De Orde roept ook in herinnering dat dit vorig jaar een van de fundamentele kritiekpunten van de Orde was op het oorspronkelijke voorstel met betrekking tot art. 15ad Wet Vpb 1969. Dit is ook een van de redenen geweest om in art. 15ad Wet Vpb 1969 af te stappen van deze mathematische methode en over te stappen op een historisch-causale methode met een 60%-25%-norm (zie art. 15ad, lid 5, Wet Vpb 1969). De Orde verbaast zich er daarom over dat dit element nu weer terug komt in het voorgestelde art. 13l Wet Vpb 1969.

Voorts vraagt de Orde bijzondere aandacht voor een daling van het eigen vermogen die louter het gevolg is van de boekhoudkundige gevolgen van de fiscale-eenheidsystematiek bij voeging: het zogenoemde goodwillgat. De Orde meent dat voor toepassing van art. 13l Wet Vpb 1969 rekening moet worden gehouden met een goodwill-gat in de volgende situatie.

Voorbeeld 6

Holding BV heeft een eigen vermogen € 35 miljoen. De verkrijgingsprijs wordt niet verminderd. Holding BV heeft een deelneming van € 50 miljoen, gefinancierd met een lening van € 40 miljoen. De overige bezittingen bedragen derhalve 25 miljoen. Er zijn geen andere schulden. De deelnemingschuld bedraagt derhalve € 15 miljoen. De rente op deze schuld is voor 15/40 niet aftrekbaar op grond van art. 13l Wet Vpb.

In jaar 2 koopt Holding BV een vennootschap 2 voor € 25 miljoen uit de aanwezige kasmiddelen. Vennootschap 2 wordt gevoegd in een fiscale eenheid met Holding BV, waarbij een goodwill-gat ontstaat van € 10 miljoen. Door deze voeging daalt het eigen vermogen van de fiscale eenheid Holding BV met € 10 miljoen en stijgt de deelnemingschuld eveneens met € 10 miljoen en is 25/40 van de rente niet aftrekbaar. Dit, terwijl niets verandert aan de financiering.

De Orde meent dat in deze gevallen het fiscale eigen vermogen zou moeten worden verhoogd met het bedrag van het goodwill-gat.

2.5 Art. 13l, lid 5 en lid 6, Wet Vpb 1969

Het voorgestelde art. 13l, lid 5, Wet Vpb 1969 regelt dat de verkrijgingsprijs van een deelneming buiten aanmerking blijft indien sprake is van:

- De verwerving van een belang;
- de uitbreiding van het belang; of
- de inbreng van eigen vermogen,

in verband met de uitbreiding van de operationele activiteiten en de verkrijgingsprijs is toe te rekenen aan de uitbreiding van de operationele activiteiten in de periode van 12 maanden vóór tot 12 maanden ná de verwerving, uitbreiding of inbreng van eigen vermogen. Doordat de verkrijgingsprijs in zoverre buiten aanmerking blijft, is er in zoverre ook geen deelnemingsschuld.

2.5.1 Operationele activiteiten

De Orde meent dat een nadere uitleg van het begrip ‘operationele activiteiten’ gewenst is. Zo is het de Orde niet duidelijk waarom niet tevens is aangesloten bij de regeling van art. 2a en 2b Uitvoeringsbeschikking Wet Vpb. 1971?

Dient op dit punt het vermogen van het desbetreffende lichaam geëtiketteerd te worden zoals dat eveneens het geval was bij de toepassing van de bezittingentoets zoals deze gold tussen 2007 en 2010?

2.5.2 Inbreng van eigen vermogen en uitbreiding van de operationele activiteiten

De inbreng van eigen vermogen kan onder meer plaatsvinden via formele en informele kapitaalstortingen. Ten aanzien van kapitaalstortingen moet de belastingplichtige aannemelijk maken dat deze plaats hebben gevonden met het oog op het uitbreiden van de operationele activiteiten in de periode van 12 maanden vóór en na de kapitaalstorting. Deze bewijslevering moet plaatsvinden via een consolidatie. De Orde voorziet onoverkomelijke problemen om het vereiste bewijs te leveren. Dat geldt in het bijzonder voor het verleden, ter bepaling van de verkrijgingsprijs op de datum van het van toepassing worden van deze regeling is dat onuitvoerbaar. Dit is naar de mening van de Orde onaanvaardbaar omdat als gevolg van de onmogelijkheid om bewijs te leveren de rente de facto niet aftrekbaar is, dus ook in situaties waarin aftrek eigenlijk volgens de regels zou moeten kunnen plaatsvinden.

De Orde zegt met volle overtuiging dat deze maatregel niet op deze manier moet worden ingevoerd.

De Orde wijst er daarbij op dat de voorgestelde regeling een grote gelijkenis heeft met de bezittingentoets, zoals die gold in de periode 2007-2010. In dit geval moet worden nagegaan of en zo ja in hoeverre een kapitaalstorting wordt aangewend voor operationele activiteiten. De bezittingentoets tot 2010 was onuitvoerbaar. Dat was de reden dat deze regeling is gewijzigd. Het is de Orde geheel onduidelijk, waarom hiervan niet is geleerd en de praktijk wederom wordt opgezadeld met een onuitvoerbare regeling. De Orde wijst er daarbij op dat een dergelijke regeling ook grote gevolgen heeft voor de werkdruk van de Belastingdienst, en dat in een tijd waarin personeel moet afvloeien. De Orde dringt er daarom met klem op aan serieuze aandacht te schenken aan de alternatieven die de Orde in de paragraaf algemeen hierboven heeft aangestipt.

De Orde verzoekt de Staatssecretaris aan te geven op welke wijze de belastingplichtige aannemelijk kan maken dat een informele kapitaalstorting verband houdt met de uitbreiding van de operationele activiteiten.

Voorbeeld 7

BV X verstrekt een renteloze lening aan BV Y; een vennootschap met operationele activiteiten. Dit leidt op grond van het Zweedsegrootmoederarrest (HR BNB 1978/252) tot een informele kapitaalstorting voor de niet betaalde rente. Hoe kan aannemelijk gemaakt worden dat BV Y de niet betaalde rente heeft aangewend voor de uitbreiding van de operationele activiteiten?

Daarnaast verzoekt de Orde de Staatssecretaris te bevestigen dat de uitbreidingsfaciliteit van het voorgestelde art. 13, lid 5, Wet Vpb 1969 ook van toepassing is op een lichaam dat nog geen activiteiten verricht (bijvoorbeeld een nieuw opgerichte vennootschap) en dat een deelneming met operationele activiteiten koopt. In dit verband kan ook worden gedacht aan een private equity partij met een tophoudster, die diverse operationele takken bezit en een nieuwe lege houdstervenootschap opricht om een operationele deelneming te kopen.

De Orde meent voorts dat de 12-maandperiode onnodig belemmerend werkt en zeker in sommige overnamesituaties te krap is. Het gaat om het verband met de uitbreiding van de operationele activiteiten, als dat aannemelijk wordt gemaakt, zou sprake moeten zijn van een vermindering van de verkrijgingsprijs. De Orde vraagt de Staatssecretaris deze regeling aan te passen.

2.5.3. Uitbreiding deelnemingen door verzekeringsconcern

In de Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat *'deelnemingen die worden verworven door een verzekeringsconcern als afdekking van de verzekeringsverplichtingen [niet zijn] aan te merken als een uitbreiding van de operationele activiteiten van het concern.'* De Orde is van mening dat dit standpunt - in combinatie met de voorgestelde mathematische benadering - tot zeer onredelijke gevolgen kan leiden voor verzekeringsmaatschappijen en andere financiële instellingen. Het volgende voorbeeld moge dit verduidelijken:

Voorbeeld 8

De balans van X ziet er als volgt uit.

Pand	10	Eigen vermogen	10
Beleggingen	75	Hypothecaire schuld pand	5
Ter belegging aangehouden 5%-deelnemingen	<u>15</u>	Verzekeringsverplichtingen (niet 'unit-linked')	<u>85</u>
	100		100

De deelnemingsschuld is 5 (10 -/- 5). Ondanks de directe koppeling tussen de schuld en het pand, zou in dit voorbeeld het gehele bedrag aan rente (afgezien van de franchise) niet meer aftrekbaar zijn, terwijl dit toch bezwaarlijk als 'excessieve' schuldfinanciering kan worden gezien. De Orde verzoekt om dit standpunt te herzien en te bevestigen dat een overname door een verzekeringsconcern kwalificeert als uitbreiding van operationele activiteiten.

2.5.4 Het alsnog in aanmerking nemen van de verkrijgingsprijs

Het voorgestelde art. 131, lid 6 bepaalt dat de verkrijgingsprijs alsnog in aanmerking wordt genomen en dus wel leidt tot een hogere deelnemingsschuld, indien:

- A. sprake is van een double dip;
- B. over de vergoeding op de lening per saldo geen belasting naar de winst wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is als bedoeld naar art. 10a, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb 1969, tenzij sprake is van zakelijke overwegingen.
- C. niet aannemelijk is dat de verwerving of uitbreiding of kapitaalstorting zou hebben plaatsgevonden als de aftrek van rente buiten beschouwing zou worden gelaten.

De Orde begrijpt dat de bewijslast in onderdeel a en onderdeel c steeds op de inspecteur rust. Bij onderdeel b rust de bewijslast eveneens op de inspecteur, maar heeft de belastingplichtige een tegenbewijsmogelijkheid. De Orde vraagt dit te bevestigen.

Voorts is het de Orde niet duidelijk, waarom de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren niet wordt geboden in de onderdelen a en c. De Orde verzoekt ook in onderdelen a en c een tegenbewijsmogelijkheid te introduceren. Met betrekking tot voorgestelde art. 131, lid 6, onderdeel a, klemt dit des te meer, aangezien het ontbreken van een tegenbewijsregeling in dit onderdeel naar de mening van de Orde strijdig is met het Europese recht. Zie over dit laatste punt 3.2. hierna.

In de toelichting bij het voorgestelde art. 131, lid 6, onderdeel c, wordt opgemerkt dat het gaat om de situatie dat een deelneming wordt verworven door een concern en deze deelneming met het oog op de renteaftrek onder Nederland wordt gehangen. In het volgende voorbeeld zou hier volgens de Orde geen sprake van moeten zijn.

Voorbeeld 9

Een internationaal opererende groep zonder activiteiten in Nederland verwerft een Nederlandse target met operationele activiteiten (Nederlandse vennootschap met een aantal buitenlandse deelnemingen). Dit concern richt een met vreemd vermogen gefinancierde Nederlandse tussenhoudster op welke de Nederlandse target koopt waarna de tussenhoudster met target een fiscale eenheid aangaat. Artikel 15ad is bedoeld om de renteaftrek van de acquisitielening bij de tussenhoudster in geval van excessieve financiering te beperken.

De Orde is van mening dat in een dergelijk geval art. 131, zesde lid, onderdeel c geen toepassing zou moeten vinden. Mede in het licht van de buitengewoon ruime bewoording van de bepaling en de gewenste rechtszekerheid verzoekt de Orde de Staatssecretaris dit te bevestigen.

3. Overig**3.1. EU-rechtelijke aspecten**

De Orde is van mening dat het voorgestelde art. 131, lid 6, onderdeel a, Wet Vpb. 1969 in strijd komt met het Europese recht, aangezien hier geen tegenbewijsregeling wordt geboden. Er is sprake van misbruik als in een buitenslandsituatie twee maal sprake is van renteaftrek. Dit kan naar de mening van de Orde ook in volstrekt zakelijke situaties spelen, waarbij de dubbele aftrek louter het gevolg is van een dispariteit. De Orde verwijst in dit verband naar de conclusie van 19 april 2012, Philips Electronics, van Advocaat-generaal Kokott. Een aftrek van verlies in de UK mocht niet afhankelijk worden gesteld van de behandeling in Nederland. De Orde verzoekt alsnog een tegenbewijsmogelijkheid te introduceren.

3.2. Stelsel- of grondslagafwijking

Nu met de aftrekbeperking van deelnemingsrente in het voorgestelde art. 131 beoogd is uitsluitend excessieve schuldfinanciering te corrigeren, neemt de Orde aan dat het ontbreken van eenzelfde regeling niet leidt tot een stelsel- of grondslagafwijking als gevolg waarvan deze dochter wordt geacht niet voldoende onderworpen te zijn voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling (vergelijk artikel 13, lid 11, ervan uitgaande dat het nominale tarief in het desbetreffende land ten minste 10% is). Dit geldt des te meer indien het desbetreffende land wel andere maatregelen heeft getroffen om een (te groot) verschil tussen onbelaste deelnemingswinsten en volledige rente-aftrek tegen te gaan, zoals een beperking van de deelnemingsvrijstelling tot 95% of een netto-vrijstelling (interest is alleen aftrekbaar indien en zover het de onbelaste dividenden overtreft), zoals dit bijvoorbeeld in Luxemburg wordt gehanteerd. De Orde verzoekt de Staatssecretaris dit te bevestigen.

B. Loonheffingen*Art. 32bb en 32bd*

Het is de Orde niet duidelijk wat de rechtsgrond is om eenmalig een pseudo-eindheffing ten laste van de werkgever in 2013 te heffen. Deze heffing kan bovendien cumuleren met andere pseudo – eindheffingen, zoals opgenomen in hoofdstuk V, afdeling 2 Wet LB 1964. Aangezien tijdelijke

maatregelen op het fiscale vlak niet altijd tijdelijk blijken te zijn, verdient het naar het oordeel van de Orde zonder meer aanbeveling reeds nu een juiste rechtsgrond aan te geven, evenals volstrekte duidelijkheid te hebben of en in hoeverre samenloop met andere pseudo-eindheffingen kan plaatsvinden en of dit ook gewenst is. Dit klemmt des te meer nu wordt voorgesteld het tarief van art. 32bb, lid 1 Wet LB 1964 te stellen op 75%. Een cumulatie leidt dan tot een werkgeversheffing van 91%, naast een maximaal tarief van 52% ten laste van de werknemer. De Orde verzoekt nader in te gaan op de rechtsgrond van deze maatregel.

De regeling, zoals voorgesteld in art. 32bd, is zeker niet waterdicht. Weliswaar is er een bepaling opgenomen (tweede lid) om verwatering van loon uit tegenwoordige dienstbetrekking te voorkomen in concernverhoudingen. Echter niet geregeld worden situaties, waarbij een werknemer bij een van de concernvennootschappen uit dienst gaat met een gouden handdruk (loon uit vroegere dienstbetrekking) en in dienst treedt bij een ander concernonderdeel. Op die wijze vindt aantasting van de grondslag plaats. Ook aan allerlei bijzondere situaties, die zeker in de huidige crisistijd realiteit zijn, gaat het wetsvoorstel voorbij.

Daarnaast vraagt de Orde zich af hoe de heffing in dat kader moet plaatsvinden als de inhoudingsplichtige in 2013 (het jaar, waarin de voorgestelde pseudoheffing voldaan dient te worden) niet meer bestaat (door faillissement, fusies of anderszins). Uit dit alles concludeert de Orde dat invoering van deze maatregel ondoordacht is en dient te worden heroverwogen. De Orde vraagt de Staatssecretaris om een reactie.

De maatregel heeft, naar de Orde aanneemt, ook in internationaal verband effecten. Voor de toepassing van de 30% regeling (specifiek het antwoord op de vraag of de werknemer voor deze regeling kwalificeert) moet een werkgever ook het buitenland-loon in de beschouwing betrekken. De Orde vraagt zich af of dit ook geldt ten aanzien van de hier besproken pseudo-heffing. Graag een reactie.

Deze heffing staat of valt met wat als loon uit tegenwoordige dienstbetrekking in 2012 daadwerkelijk wordt verloond. De Orde acht het zeker niet uitgesloten dat werkgevers bepaalde beloningsvormen nu niet in 2012 toekennen, doch in 2013 (zoals het toekennen van bonussen), dan wel dat op zich belaste loonelementen – binnen de fiscale kaders – omgezet worden in emolumenten, die niet via de payroll behoeven te lopen. Als voorbeeld noemt de Orde de aankoop/toekenning van extra vakantiedagen tot het vrijgestelde fiscale maximum.

De Orde is dan ook van oordeel dat een maatregel, zoals thans voorgesteld voor de uitvoeringspraktijk niet zo eenvoudig is, als de Memorie van Toelichting suggereert.

Bovendien blijkt dat vóór invoering hiervan een aantal weeffouten al zo zichtbaar is, dat de vraag gesteld moet worden of in een tijd, waarin de wetgever streeft naar transparante en eenvoudige wettelijke bepalingen, die ook uitvoeringstechnisch waterdicht eenvoudig zijn, een dergelijke wettelijke regeling ingevoerd moet worden.

Al bij al vreest de Orde dat deze maatregel leidt tot grote uitvoeringsproblemen met als gevolg een grote administratieve lastenverzwaring. De Orde vraagt om een reactie.

De Orde vraagt zich af wat in het voorgestelde artikel 32bd, lid 2 wordt bedoeld met 'een met de inhoudingsplichtige verbonden vennootschap'. Graag krijgt de Orde bevestigd dat de reikwijdte van de bepaling is beperkt tot de in Nederland gevestigde delen van een concern waarvan een werknemer salaris ontvangt. Op het salaris van deze onderdelen wordt immers belasting geheven met toepassing van de artikelen 20a, 20b 26 en 26b Wet op de loonbelasting 1964. Het voorgaande geldt alsdan niet voor het inkomen dat wordt genoten van in het buitenland gevestigde onderdelen van het concern waarvan de werknemer een deel van zijn beloning ontvangt.

De Orde wijst ook op administratieve effecten van dit voorstel voor komende jaren. In bijvoorbeeld 2014 blijkt dat over het jaar 2012 te weinig loonheffing is ingehouden en afgedragen voor werknemers die voor wat betreft de hoogte van het loon onder het bereik van het in te voeren artikel 32bd vallen. De inspecteur draagt de inhoudingsplichtige op correctieberichten in te dienen over 2012. Begrijpt de Orde dan goed dat de correctieberichten ook leiden tot correctie over 2013 in verband met het (extra) overschrijden van grens van € 150.000 loon?

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



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