

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

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

Amsterdam, 25 februari 2004

Betreft: NOB commentaar op wetsvoorstel “Wijziging van enkele belastingwetten in verband met een herziening van de behandeling van de omzetting en kwijtschelding van afgewaardeerde vorderingen en de invoering van een aftrekverbod voor de aankoopkosten van een deelneming”, Kamerstuknummer 29.381

Geachte leden van de Commissie,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: *de Orde*) heeft met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel verbandhoudende met een herziening van de behandeling van de omzetting en kwijtschelding van afgewaardeerde vorderingen en de invoering van een aftrekverbod voor de aankoopkosten van een deelneming en ziet daarin aanleiding tot de volgende reactie.

De Orde maakt uit een brief van de Staatssecretaris van Financiën dd. 18 februari jl. op dat de voorstellen die betrekking hebben op de omzetting van afgewaardeerde vorderingen per nota van wijziging naar een apart wetsvoorstel zullen worden overgeheveld. De Orde zal in het navolgende dan ook louter ingaan op de voorstellen aangaande de aankoopkosten van deelnemingen alsmede de afwaarderingsfaciliteit ex 13ca Wet Vpb. De Orde zal te zijner tijd een separaat commentaar indienen met betrekking tot het nog in te dienen wetsvoorstel betreffende de omzetting en kwijtschelding van afgewaardeerde vorderingen.

Opmerkingen van algemene aard

1. Aankoopkosten deelneming

Samengevat concludeert de Orde dat de argumenten voor het schrappen van de aftrek van de aankoopkosten van deelnemingen niet aanwezig zijn, c.q. onvoldoende zijn onderbouwd. Zo is de Orde van mening dat de geschatte budgettaire derving nadere onderbouwing behoeft, temeer daar aankoopkosten van deelnemingen in veel gevallen effectief niet in aftrek zullen komen, mede vanwege de eveneens in het Belastingplan 2004 opgenomen beperking van de mogelijkheid tot verliescompensatie bij houdstermaatschappijen. Het voorstel om de aftrek van de aankoopkosten te schrappen dient alleen al om deze redenen te worden heroverwogen.

In het Belastingplan 2004 is in reactie op het Bosal-arrest van 18 september 2003, artikel 13 Wet Vpb aangepast in de zin dat voortaan alle kosten in verband met een deelneming in aftrek worden toegelaten. Op basis van het thans ingediende wetsvoorstel wordt daarentegen een bepaalde categorie kosten van aftrek uitgesloten. Een en ander roept de vraag op waarom het niet mogelijk was de aftrek van aankoopkosten eveneens te regelen in het kader van het Belastingplan 2004, te meer daar het hier slechts gaat om het invoegen van één zinsnede en het arrest inzake de aankoopkosten van een deelneming reeds dateert van 24 mei 2002, derhalve meer dan een jaar voor 'Bosal'. Zoals door de Orde eerder is benadrukt doet het zo kort achtereen aanbrengen van wijzigingen in de deelnemingsvrijstelling het imago van Nederland als vestigingsland weinig goed.

Fundamentele bezwaren heeft de Orde tegen de voorgestelde terugwerkende kracht van het wetsvoorstel in het licht van de rechtszekerheid. De Orde wijst op de kaders die door de Kamer zijn aangegeven waarbinnen terugwerkende kracht geoorloofd moet worden geacht. Uitgangspunt daarbij is allereerst dat terugwerkende kracht slechts mogelijk is als voldaan wordt aan het kenbaarheidsvereiste. Nu de voorliggende wijzigingen verder gaan dan de reparatie van het arrest van 24 mei 2002 (immers het activeren van de aankoopkosten en aftrek bij verkoop is niet meer mogelijk) is de Orde van mening dat het voorstel reeds op dit punt in strijd is met de eerder geformuleerde uitgangspunten met betrekking tot de toelaatbaarheid van terugwerkende kracht. Ook overigens ziet de Orde geen aanleiding tot terugwerkende kracht, nu de Orde niet overtuigd is van aanmerkelijke aankondigingseffecten of grote budgettaire gevolgen. Ten slotte roept de Orde zich af of de voorgestelde terugwerkende kracht de toets aan het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens wel zal kunnen doorstaan.

2. Tijdelijke afwaardering

Zoals vermeld in de Memorie van Toelichting beoogt de in artikel 13ca Wet Vpb neergelegde regeling voor tijdelijke afwaarderingsverliezen slechts "tegenwoordig te komen aan het gegeven dat gedurende de aanloopfase van een eerste, substantiële investering de moedermaatschappij een relatief groot risico loopt, terwijl nog zal moeten blijken of de investering rendabel is".

Vanuit dat uitgangspunt bezien zijn de thans voorgestelde aanpassingen op zichzelf consistent, al roept een en ander de vraag op waarom de regeling niet reeds bij de introductie in 1997 zodanig geredigeerd is dat afwaardering inderdaad beperkt bleef tot dergelijke investeringen. Alhoewel de tijdspanne in dit geval relatief langer is dan in andere gevallen, wordt hier wederom binnen enkele jaren een wijziging aangebracht in een onderdeel van de deelnemingsvrijstelling. Dit draagt opnieuw bij aan het bij buitenlandse investeerders ontstane beeld dat de Nederlandse wetgeving de laatste jaren steeds vaker onderhevig is aan kort op elkaar volgende wijzigingen.

Vanuit een Europeesrechtelijk perspectief bezien moet worden geconstateerd dat de thans voorgestelde aanpassing van de regeling voor tijdelijke afwaarderingsverliezen het onderscheid tussen een vaste inrichting en een deelneming verder doen toenemen. Indien een onderneming in een andere EU Lidstaat aanvankelijk in de vorm van een vaste inrichting werd gedreven dienen (op grond van artikel 13c Wet Vpb) eerder in aftrek gebrachte verliezen bij omzetting in een deelneming eveneens te worden ingehaald, maar in dat geval geldt een doorgaans gunstiger inhaalregeling. Hoewel de discussie op dit punt nog lang niet is beslecht, doet de wetgever er naar de Orde meent goed aan te overwegen of een dergelijk onderscheid op lange termijn wel houdbaar zal blijken.

Technische opmerkingen

1. Aankoopkosten deelneming

1.1 Reparatie voorstel

In zijn arrest van 24 mei 2002, onder meer gepubliceerd in BNB 2002/262, heeft de Hoge Raad beslist dat aankoopkosten terzake de verwerving van een zogenoemde binnenlandse deelneming in aftrek kunnen komen op de belastbare winst in het jaar waarin zij worden gemaakt. De Hoge Raad ging daarmee 'om' ten opzichte van zijn eerdere rechtspraak. Voorts besliste ons hoogste rechtscollege dat aankoopkosten die in het verleden nog niet in aftrek gebracht waren alsnog in aftrek konden worden gebracht. Door het arrest van het Europese Hof van Justitie van 18 september 2003, C-168/01 (Bosal Holding BV) geldt dat ook de aankoopkosten voor een buitenlandse EU/EER-deelneming (alsnog) in aftrek kunnen komen.

De voorgestelde maatregelen houden in dat de aftrek van de aankoopkosten van een deelneming zowel voor de toekomst als voor het verleden wordt geschrapt. De aankoopkosten gaan wel deel uitmaken van de kostprijs en het opgeofferde bedrag van de deelneming.

1.2 Aanleiding en argumenten voor reparatie

De Orde maakt uit het wetsvoorstel op dat de aanleiding voor het schrappen van de aftrek van de kosten ter zake de verwerving van een deelneming mede is ingegeven door het streven om de budgettaire derving die is ontstaan als gevolg van het arrest van 24 mei 2002. Deze budgettaire derving wordt geschat op éénmalig € 0,5 á 1 mrd en structureel € 150 á 300 mln. per jaar. Daarbij wordt opgemerkt dat de schatting een relatief grote onzekerheidsmarge kent, omdat slechts beperkte gegevens beschikbaar zijn. Naar de mening van de Orde kan aan een dergelijke willekeurige schatting van de budgettaire derving geen argument worden ontleend om de aftrek van de aankoopkosten van een deelneming te schrappen. De Orde mist een verantwoorde onderbouwing.

Het tweede argument om de aftrek te schrappen is de gelijkstelling van de aankoopkosten bij deelnemingen met de aankoopkosten bij bedrijfsmiddelen waarop niet wordt afgeschreven, zoals grond. Dit argument overtuigt de Orde niet. Bij niet-afschrijfbaar bedrijfsmiddelen verminderen de aankoopkosten immers uiteindelijk de belastbare winst (door een lagere boekwinst bij verkoop). Bij deelnemingen blijven de aankoopkosten – behoudens in bepaalde gevallen bij liquidatie van de deelneming - definitief buiten de belastbare winst als gevolg van de deelnemingsvrijstelling.

Samengevat concludeert de Orde dat de argumenten voor het schrappen van de aftrek van de aankoopkosten van deelnemingen niet aanwezig zijn, c.q. onvoldoende zijn onderbouwd. Het voorstel om de aftrek van de aankoopkosten te schrappen dient alleen al om deze redenen te worden heroverwogen.

1.3 Commentaar op de reparatiemaatregelen

In het verleden pleegden belastingplichtigen de aankoopkosten van een deelneming te activeren en werden de aankoopkosten ten tijde van de vervreemding van de deelneming in aftrek gebracht. Zoals in de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt is deze handelswijze niet in strijd met de jurisprudentie. Het voorliggende wetsvoorstel schrapt de aftrek volledig en gaat daarmee verder dan een loutere reparatie van het arrest van 24 mei 2002. De Orde mist hiervoor enige onderbouwing.

In zijn arrest van 24 mei 2002 heeft de Hoge Raad expliciet beslist dat de deelnemingsvrijstelling voor binnenlandse deelnemingen een bruto-vrijstelling is. Na het Bosal Holding BV-arrest geldt dit ook voor buitenlandse EU/EER-deelnemingen. Met ingang van 1 januari 2004 geldt voor alle deelnemingen dat alle categorieën deelnemingskosten in beginsel aftrekbaar zijn. De wetgever heeft daarmee wederom een duidelijke voorkeur kenbaar gemaakt voor een bruto-deelnemingsvrijstelling. Met het schrappen van de aftrek voor aankoopkosten wordt de deelnemingsvrijstelling in zoverre echter weer een netto-vrijstelling. De Orde vraagt deze systeembreuk te onderbouwen en te bevestigen dat met het wetsvoorstel geen wijziging ten principale wordt voorgesteld; de deelnemingsvrijstelling blijft een bruto-vrijstelling. De aftrek van verkoopkosten van een deelneming blijft dan bijvoorbeeld ook ongewijzigd in stand.

In dit kader zou de Orde het op prijs stellen te vernemen op welke wijze het wetsvoorstel zich verhoudt tot het recent aangenomen Belastingplan 2004 en met name het toestaan van de aftrek van deelnemingskosten, waaronder de aankoopkosten van een deelneming. Door het thans voorliggende wetsvoorstel zal het Belastingplan 2004 op het punt van de aankoopkosten feitelijk nimmer in werking treden. De Orde vindt een dergelijke omslag nog vóór het daadwerkelijk van kracht worden van het Belastingplan 2004 (staatsrechtelijk) toch wel zeer opmerkelijk.

De Orde mist een toelichting op het schrappen van de aftrek van aankoopkosten en de samenloop met art. 13ca Wet Vpb 1969. Op grond van dit laatste artikel mag een afwaarderingverlies – een daling van de waarde in het economische verkeer van de deelneming beneden het opgeofferde bedrag – ten laste van de belastbare winst worden gebracht. In de toekomst moet dit afwaarderingverlies wel weer worden teruggenomen. Naar de mening van de Orde komen de aankoopkosten niet terug in *de waarde in het economische verkeer* van de deelneming én is sprake van een (relatieve) daling van de waarde in het economische verkeer ten opzichte van het opgeofferde bedrag. Per saldo kunnen de aankoopkosten, zij het tijdelijk, in aftrek worden gebracht.

Voorbeeld

BV X koopt 25% van de aandelen in BV Y voor € 1 mln. De aankoopkosten bedragen € 25.000. De fiscale kostprijs en het opgeofferde bedrag komen dan uit op € 1.025.000. Indien de waarde in het economische verkeer van de deelneming € 1 mln bedraagt, kan € 25.000 op grond van art. 13ca Wet Vpb 1969 ten laste van de winst worden gebracht.

De Orde zou graag een nadere toelichting zien op het begrip 'verwerving van een deelneming'. Vallen daaronder eveneens de uitbreiding van een deelneming, kapitaalstortingen in een deelneming, etc.?

Indien een belastingplichtige kosten maakt ter verwerving/het verstrekken van een hybride vordering, kunnen deze kosten in aftrek worden gebracht. Indien vervolgens de belastingplichtige een deelneming verkrijgt in de schuldenaar, gaat de hybride vordering onder voorwaarden behoren tot de deelneming (art. 13, lid 3, onderdeel b, Wet Vpb 1969). Tot het bedrag van de afwaardering van de vordering ten laste van de in Nederland belastbare winst is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing (art. 13bb Wet Vpb 1969). De Orde vraagt zich af of de in aftrek gebrachte aankoopkosten van een hybride vordering vallen onder het begrip 'afwaardering' in de zin van art. 13bb Wet Vpb 1969.

1.4 Terugwerkende kracht

Aankoopkosten van een deelneming die zijn gemaakt vóór de inwerkingtreding van het wetsvoorstel en in aftrek zijn gebracht, worden weer teruggenomen. Staat de aanslag van het jaar waarin de aankoopkosten in aftrek worden gebracht nog niet onherroepelijk vast, dan wordt de winst van dat jaar verhoogd met het bedrag van de aankoopkosten. Staat de aanslag – of de verliesbeschikking – van het jaar waarin de aankoopkosten in aftrek zijn gebracht reeds onherroepelijk vast, dan wordt de winst van het eerstvolgende jaar waarover de aanslag – of de verliesbeschikking – nog niet onherroepelijk vaststaat verhoogd.

De Orde heeft ten eerste ernstige bezwaren tegen de terugwerkende kracht van bovenstaande maatregel in het licht van de rechtszekerheid. Zelfs de belastingplichtige die heeft geprocedeerd in het arrest van 24 mei 2002 kan de aftrek van de aankoopkosten alsnog vergeten. De voorgestelde maatregel maakt de bij de rechter verkregen rechtsbescherming derhalve betekenisloos. Daarbij wijst de Orde op de kaders die door de Kamer zijn aangegeven waarbinnen terugwerkende kracht geoorloofd moet worden geacht – de Orde verwijst onder meer naar de in het kader van het belastingverdrag met Malta en het wetsvoorstel naar aanleiding van het baksteenarrest gevoerde discussie. Tevens kan worden verwezen naar de brief van de staatssecretaris van 25 juni 1997, nr. WDB 97/232 aan uw commissie. Uitgangspunt daarbij is allereerst dat terugwerkende kracht slechts mogelijk is als voldaan wordt aan het kenbaarheidsvereiste. Nu de voorliggende wijzigingen verder gaan dan de reparatie van het arrest van 24 mei 2002 (immers het activeren van de aankoopkosten en aftrek bij verkoop is niet meer mogelijk) is de Orde van mening dat het voorstel reeds op dit punt in strijd is met de eerder geformuleerde uitgangspunten met betrekking tot de toelaatbaarheid van terugwerkende kracht. Ook overigens ziet de Orde geen aanleiding tot terugwerkende kracht, nu de Orde niet overtuigd is van aanmerkelijke aankondigingseffecten of grote budgettaire gevolgen.

Het argument om de terugwerkende kracht in te voeren, namelijk dat belastingplichtigen onverwacht een voordeel in de schoot geworpen hebben gekregen door het arrest van de Hoge Raad van 24 mei 2002, overtuigt de Orde niet. Het kan in ieder geval niet gelden voor de belastingplichtigen die tussen 24 mei 2002 en 13 december 2002 aankoopkosten voor een deelneming hebben gemaakt. De enkele mededeling van 12 juni 2002 dat de staatssecretaris zich nog zou beraden over de gevolgen van het arrest, kan toch geen verwachtingen hebben behoeven te wekken dat de aankoopkostenaftrek geschrapt zou gaan worden. De Orde meent dat het argument overigens niet valide is, omdat het omgaan van de Hoge Raad altijd onverwacht is.

N | O | B

De redenering van de staatssecretaris betekent dat het bij elke betekenisvolle wending in de jurisprudentie geoorloofd zou zijn om de budgettaire gevolgen met terugwerkende kracht te repareren. De Orde vreest dat hierdoor de rechtsontwikkeling in zijn algemeenheid in ernstige mate zou kunnen worden belemmerd.

Vanuit internationaal perspectief is een dergelijke omgang met wetgeving naar de mening van de Orde niet positief voor het vestigingsklimaat in Nederland.

Ten tweede betwijfelt de Orde of een voldoende afweging van belangen heeft plaats gevonden in de zin van de uitspraak van het EHRM 10 juni 2003, nr. 27793/95, VN 2003/52.2 en dus of de huidige overgangsmaatregel deze gerechtelijke toetsing zal doorstaan.

De overgangsmaatregel maakt tot slot onderscheid tussen situaties waarin aanslagen reeds onherroepelijk vaststaan en die waarin dat niet het geval is. Dit betekent per definitie dat in het laatste geval eerder vennootschapsbelasting verschuldigd is, terwijl belastingplichtigen op exact hetzelfde tijdstip de aankoopkosten heeft gemaakt. Vergelijk de situatie dat 2 belastingplichtigen (A en B) beide met winst een product verkopen in jaar 1, terwijl A de winst hoeft aan te geven in jaar 2 en B in jaar 3. De Orde ziet geen rechtvaardiging voor dit verschil en verzoekt de overgangsregeling – indien de aftrek zoals voorgesteld wordt geschrapt én een overgangsregeling noodzakelijk is – in ieder geval voor de verschillende belastingplichtigen gelijk te laten uitpakken.

De overgangsmaatregel is bedoeld om de gevolgen van het arrest van HR 24 mei 2002 terug te nemen. De overgangsmaatregel is echter thans zo geformuleerd dat deze ruimte biedt om een hernieuwde discussie aan te gaan over de vraag of een bepaalde kostenpost in het verleden wel als aankoopkosten ter zake van een deelneming zijn aan te merken. Daarmee is de overgangsmaatregel feitelijk een onbeperkte extra navorderingsmogelijkheid geworden. De Orde vraagt zich dan ook af of - indien de aftrek al wordt geschrapt én een overgangsregeling noodzakelijk is - de reikwijdte van de overgangsmaatregel beperkt kan worden tot aankoopkosten die in aftrek zijn gebracht naar aanleiding van HR 24 mei 2002 en dus niet voorziet in de mogelijkheid om een hernieuwde discussie over de kwalificatie van bepaalde kosten als aankoopkosten aan te gaan.

2. Afwaarderingsfaciliteit ex art. 13ca Wet Vpb

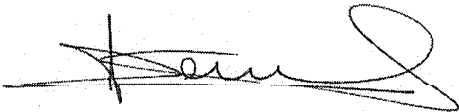
De Orde is van mening dat de derde volzin van het tweede lid een te wijde strekking heeft, hetgeen tot gevolg heeft dat het voor nieuw opgerichte vennootschappen vrijwel altijd onmogelijk zal zijn de afwaarderingsfaciliteit toe te passen. Bij oprichting van een dochtervennootschap voor een nieuwe activiteit zal het in de praktijk vaak zo zijn dat deze activiteit reeds in bescheiden mate binnen concernverband is uitgeoefend (al dan niet om te bezien of de activiteit commercieel levensvatbaar blijkt te zijn). Ook zal vrijwel altijd enige know how en personele invulling vanuit het concern worden gegeven. De Orde voorziet bij vrijwel iedere afwaardering van een nieuw opgerichte vennootschap problemen. Indien het de bedoeling is ook deze situaties van de faciliteit uit te sluiten, is sprake van een ernstige uitholling van deze faciliteit. De Orde bepleit dan ook deze volzin te laten vervallen, dan wel activiteiten in de start-up fase hiervan uit te sluiten.

3. Tot slot

Een kopie van deze brief heeft de Orde heden verzonden aan de Staatssecretaris. Uiteraard is de Orde gaarne bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,
namens deze

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Daniels', with a large, sweeping flourish at the end.

prof. dr. A.H.M. Daniels