

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

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

Amsterdam, 30 september 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 een aanpassing van de regeling voor afwaarderingsverliezen van deelnemingen”, Kamerstuknummer 29.686

Geachte leden van de Commissie,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel verband houdende met een herziening van de behandeling van de omzetting en kwijtschelding van afgewaardeerde vorderingen en een aanpassing van de regeling voor afwaarderingsverliezen van deelnemingen. De Orde heeft er voor gekozen zijn reactie te verdelen in een algemeen deel en een bijlage waarin een aantal technische opmerkingen is opgenomen.

Opmerkingen van algemene aard

1. Instemming

De Orde heeft met instemming kennis genomen van de voorgestelde afschaffing van artikel 12 Wet VpB 1969. Zoals bekend bemoeilijkt deze bepaling in veel gevallen noodzakelijke financiële herstructureringen, doordat het vanwege de gekozen opzet zeer wel mogelijk is dat een reddingsoperatie (omzetting van schulden in kapitaal) leidt tot verschuldigdheid van belasting door een op zichzelf verliesgevend bedrijf. Bovendien is het niet evenwichtig dat belastingheffing bij de schuldenaar plaatsvindt, terwijl het voordeel dat na de omzetting ontstaat of kan ontstaan zich bij de schuldeiser manifesteert en deze laatste het verlies ten gevolge van de afwaardering ook in de regel heeft geleden. Bij de totstandkoming van de huidige vormgeving van art. 12 Wet VpB 1969 is dit reeds uitdrukkelijk aan de orde geweest en op de onevenwichtigheid van de toentertijd gekozen oplossing gewezen.

N | O | B

De Orde betreurt het dat de indertijd van vele zijden opgekomen afwijzende opmerkingen ten aanzien van de gekozen systematiek niet tot aanpassing hebben geleid. De Orde spreekt zijn waardering uit voor het feit dat de staatssecretaris redelijk spoedig bereid is gebleken de regeling alsnog te wijzigen.

2. Inwerkingtreding

De ten aanzien van financiële reorganisaties belemmerende werking van art. 12 Wet VpB 1969 wordt door de staatssecretaris in de memorie van toelichting erkend. In samenhang met hetgeen wij hiervoor hebben opgemerkt en de algemene wenselijkheid de economische positie van Nederland zo spoedig mogelijk te doen verbeteren, brengt dat de Orde op het voorstel het onderhavige wetsvoorstel terugwerkende kracht te geven. Volgens art. V Wetsvoorstel treden de voorgestelde wijzigingen pas in werking na drie maanden na plaatsing van de wet in het Staatsblad. Dat betekent dat alleen financiële reorganisaties die nadien plaatsvinden, onder de nieuwe regeling vallen. Dat is ongewenst en onnodig. Deels zal het tot uitstel van dergelijke reorganisaties leiden en daarmee potentieel economisch herstel verder naar de toekomst verschuiven dan noodzakelijk is, deels zullen financiële reorganisaties worden uitgesteld en wellicht uiteindelijk nooit worden uitgevoerd, omdat tegen de tijd dat het wetsvoorstel in werking is getreden het economisch niet meer verantwoord is de reorganisatie uit te voeren en deels zal de reorganisatie vóór inwerkingtreding van de wijzigingen plaats vinden, omdat het langer wachten niet meer verantwoord is. In dit laatste geval kan dan geen gebruik meer worden gemaakt van de nieuwe regelgeving. Gelet op het voorgaande, het feit dat de staatssecretaris erkent dat de in 2001 gemaakte keuze bij de invoering van het huidige art. 12 Wet VpB 1969 een ongelukkige was, de omstandigheid dat een terugwerkende kracht voor Nederland in economisch opzicht alleen maar gunstig is en ten slotte van terugwerkende kracht belastingplichtigen geen nadeel ondervinden, meent de Orde dat inwerkingtreding zou moeten plaatsvinden op het tijdstip waarop het voornemen tot de onderhavige wijziging publiekelijk bekend is gemaakt, te weten bij brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten Generaal van 11 december 2002 (kamerstuk 27 505, 2002-2003, nr. 5).

3. Toetsing aan het gemeenschapsrecht

De Orde heeft een consequente toetsing aan het gemeenschapsrecht node gemist. Eenieder is inmiddels voldoende bewust van het belang van het gemeenschapsrecht, ook voor fiscale wet- en regelgeving. Noch de wetgever, noch de belastingplichtigen heeft behoefte aan wetgeving die (mogelijkerwijs) strijdig is met het gemeenschapsrecht. Gelet op het feit dat duidelijk is dat het gemeenschapsrecht verstreckende gevolgen kan hebben en met name de huidige toetsingscriteria van het Hof van Justitie van de EG in redelijke mate zijn uitgekristalliseerd, is een dergelijke nauwkeurige toetsing onontbeerlijk. Dit geldt in het bijzonder ook voor de aanpassing van de regeling inzake tijdelijke afwaardering van deelnemingen (art. 13ca Wet VpB 1969). Op dit punt is vooral van belang dat gemeenschapsrechtelijk in beginsel geen onderscheid mag bestaan tussen vaste inrichtingen en dochtervennootschappen, hetgeen met de vormgeving van de onderhavige regeling naar het oordeel van de Orde wel het geval is of eigenlijk zelfs het onderscheid nog nader accentueert. De Orde geeft dan ook in overweging uitdrukkelijk te bezien of van een gelijke situatie sprake is bij een vaste inrichting en een dochtervennootschap.

N | O | B

In de tweede plaats wijst de Orde op de compenserende heffing van art. 13ba Wet VpB 1969. Het is vaste rechtspraak van het HvJ EG dat een dergelijke heffing in strijd met het gemeenschapsrecht is, althans geen rechtvaardigingsgrond kan vormen. De Orde verwijst in dit verband ook naar het artikel van dr. D.M. Weber, Ruim EU-knelpunten in modernisering VPB zoveel mogelijk op, WFR 2004/6591, blz.1260-1261 die tot een zelfde conclusie komt.

Opmerkingen van technische aard

Art. 13b Wet VpB 1969

Het derde lid van artikel 13b stelt de sanctie van artikel 13b buiten werking indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de vervreemde schuldvordering gaat behoren tot het vermogen van een in Nederland gedreven onderneming of van het in Nederland gedreven gedeelte van een onderneming. Artikel 13b blijft dus van toepassing indien de schuldvordering wordt vervreemd aan een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon die is onderworpen aan een belastingheffing in het buitenland die redelijk is naar Nederlandse maatstaven. In dat geval zal de waardevermindering van de schuldvordering echter aan een naar Nederlandse maatstaven gemeten redelijke belastingheffing worden onderworpen. Naar de mening van de Orde is deze uitwerking niet in overeenstemming met de doelstelling van de bepaling en verzoekt hiermee in de wettekst rekening te houden.

De Orde zou graag zien dat de staatssecretaris het begrip ‘gedeelte van de onderneming’ in art. 13b, vierde lid, Wet VpB 1969 nader toelicht. Dit begrip is eveneens te meer relevant voor art. 13ba, tiende lid, onderdeel a, Wet VpB 1969. Naar de mening van de Orde zou de wettekst zo kunnen worden opgevat dat de vervreemding van één vermogensbestanddeel of van enkele vermogensbestanddelen leidt tot de sanctie van art. 13b Wet VpB 1969. Dit komt de Orde als onevenredig over.

Aangezien de bepaling moeten worden opgevat als een anti-misbruikbepaling zou de Orde eveneens graag zien dat de belastingplichtige de mogelijkheid geboden krijgt om tegenbewijs te leveren, in die zin dat de bepalingen buiten werking worden gesteld wanneer de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de vervreemding niet is gericht op het ontgaan van de sanctie van artikel 13b Wet VpB 1969. Bijvoorbeeld in het geval dat de schuldenaar haar onderneming verkoopt binnen de groep van verbonden personen, maar de verkoopopbrengst vervolgens investeert in nieuwe activiteiten.

De Orde meent dat de anticumulatiemaatregel van het voorgestelde art. 13b, zesde lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 te beperkt is omschreven. De wettekst is gesteld in de praesens, waardoor alleen gelijktijdige samenlopen tussen art. 13b enerzijds en art. 13ba en art. 13bb anderzijds worden voorkomen. Volgtijdelijke samenlopen kunnen zich ook voordoen en het ligt naar de mening van de Orde voor de hand om ook in die situaties dubbele belastingheffing te voorkomen. De Orde stelt derhalve voor om de voorgestelde tekst van art. 13ba, derde lid, Wet VpB 1969 aan te vullen met de woorden “of is geweest”.

Art. 13ba Wet VpB 1969

De Orde constateert dat het wetsvoorstel geen bepaling kent die de samenloop tussen artikel 13ba en artikel 12 regelt. In dit kader denkt de Orde aan de situatie waarin een afgewaardeerde schuld bij de schuldenaar (voor de inwerkingtreding van het voorstel) is gaan functioneren als eigen vermogen en bij de schuldenaar een bedrag aan de winst is toegevoegd op grond van artikel 12 en deze ‘als eigen vermogen functionerende’ schuld vervolgens wordt omgezet in aandelenkapitaal dan wel geheel of gedeeltelijk wordt prijsgegeven.

N | O | B

De laatstgenoemde handelingen leiden, zonder anticumulatiemaatregel, wederom tot een winstneming, ditmaal bij de schuldeiser op grond van artikel 13ba. Een en ander leidt derhalve tot dubbele (economische) heffing.

Voor toepassing van artikel 13ba, eerste lid, Wet VpB 1969 dient sprake te zijn van een schuldvordering die is afgewaardeerd (1) ten laste van de in Nederland belastbare winst van de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam of (2) ten laste van het resultaat uit een werkzaamheid van een met hem verbonden natuurlijk persoon. De Orde stelt voor om in de wettekst tot uitdrukking te brengen dat het moet gaan om *het in Nederland belaste resultaat uit een werkzaamheid van een met hem verbonden natuurlijk persoon*.

De sanctie van (het huidige) artikel 13ba, eerste lid Wet VpB 1969 behelst de extracomptabele toevoeging van een bedrag aan de winst. Het wetsvoorstel voegt hieraan een gelijktijdige toevoeging aan de zogenaamde opwaarderingsreserve toe. Deze toevoeging gebeurt ten laste van de winst. De Orde zou graag vernemen of de opwaarderingsreserve op de fiscale balans verschijnt dan wel extracomptabel wordt verwerkt. Indien de reserve op de balans verschijnt, verneemt de Orde graag of de reserve dient te worden opgevat als een fiscaal toelaatbare reserve in de zin van artikel 10d, vierde lid Wet VpB 1969. In dit kader wenst de Orde te benadrukken dat de kwalificatie als fiscaal toelaatbare reserve de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen voor de toepassing van 10d Wet VpB 1969 negatief zou beïnvloeden.

De Orde constateert dat de omzettingbepaling van art. 13ba, tweede lid, onderdeel a, Wet VpB 1969 te ruim is opgezet. Waar het bij de omzetting van een schuldvordering in aandelenkapitaal om gaat, is dat op de aandelen na de omzetting de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Alleen dan wordt het afwaarderingsverlies op de schuldvordering definitief geleden. Is na de omzetting van de schuldvordering in aandelenkapitaal de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing, dan zullen de voordelen uit het aandelenpakket te zijner tijd hetzij bij uitkering van dividenden hetzij bij vervreemding belast worden. Er is naar de mening van de Orde dan geen reden om art. 13ba toe te passen. Met betrekking tot art. 13ba, tweede lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 – het gaan functioneren als eigen vermogen – is dit ook in de wettekst tot uitdrukking gebracht door aan onderdeel b toe te voegen “en de schuldvordering (...) onder een deelneming wordt begrepen”. De Orde stelt voor iets soortgelijks te doen in het voorgestelde art. 13ba, tweede lid, onderdeel a, en hieraan toe te voegen de woorden “en de aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten of bewijzen van deelgerechtigdheid hetzij onmiddellijk hetzij op enig moment erna tot een deelneming gaan behoren”. Hierdoor kan het nieuw voorgestelde art. 13ba, zevende lid, Wet VpB 1969 dat iets soortgelijks doet als de Orde voorstelt, vervallen. Een dergelijke ineenschuiving van het tweede lid, onderdeel a, met het zevende lid komt naar de mening van de Orde de transparantie van de wet ten goede.

De Orde constateert dat de anticumulatie met belastingheffing bij de debiteur van het voorgestelde art. 13ba, vierde lid, alleen van toepassing is in geval van een kwijtschelding. Dit is een beperking ten opzichte van het huidige art. 13ba, derde lid, dat voor alle (rechts)handelingen van het tweede lid geldt en niet alleen voor de kwijtschelding. Aangezien niet uit te sluiten is dat andere landen mogelijk belasting heffen bij de debiteur ter zake van bijvoorbeeld de omzetting en dubbele belastingheffing in zijn algemeenheid zoveel mogelijk moet worden vermeden, bepleit de Orde om de voorgestelde beperking te laten vervallen en terug te keren naar het huidige art. 13ba, derde lid, Wet VpB 1969.

N | O | B |

Hierdoor geldt de anticumulatiemaatregel ook in geval van de omzetting van de schuldvordering in aandelenkapitaal en het feitelijk gaan functioneren van de schuldvordering als eigen vermogen.

Voorts vermijdt men hierdoor de discussie tussen een onzakelijke en een zakelijke kwijtschelding. Zuiver theoretisch kan men zich afvragen of de onzakelijke kwijtschelding onder art. 13ba, tweede lid, onderdeel c, valt of onder een andere bepaling van art. 13ba, tweede lid, bijvoorbeeld onderdeel b. Met betrekking tot het huidige art. 12 Wet VpB 1969 is in de wetgeschiedenis uiteengezet dat op een onzakelijke kwijtschelding art. 12, derde lid, Wet VpB 1969 van toepassing is.

Dit standpunt getransponeerd naar art. 13ba betekent dat op een onzakelijke kwijtschelding art. 13ba, tweede lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 van toepassing is. Onder het huidige art. 13ba Wet VpB 1969 is deze discussie van louter academische aard, omdat art. 13ba in alle in het tweede lid genoemde gevallen hetzelfde uitwerkt. In het voorliggende wetsvoorstel krijgt deze discussie een belang, namelijk of op de onzakelijke kwijtschelding ook de anticumulatiebepaling van het voorgestelde vierde lid van toepassing is. De Orde pleit er derhalve voor om de verwijzing naar onderdeel c in het voorgestelde art. 13ba, vierde lid te laten vervallen en de huidige situatie op dit punt ongewijzigd te laten.

Hoewel de Orde waardering heeft voor de wijziging van de systematiek van het huidige art. 12 en art. 13ba Wet VpB 1969 in de methodiek van de opwaarderingsreserve, voorziet de Orde wel jaarlijks terugkerende discussies met de belastinginspecteur over de vaststelling van de waarde in het economische verkeer van de deelneming. Het gaat hier immers vrijwel per definitie om incurante aandelen waarvoor een eenduidige waarderingsmethode ontbreekt. Elk jaar moet de belastingplichtige aan de hand van de intrinsieke waarde en de rentabiliteitswaarde of een mix van beide tot een waardebepaling komen, waarbij de belastingplichtige zich hierbij uiteraard terughoudend zal opstellen. De belastinginspecteur heeft een tegengesteld belang. De Orde geeft de staatssecretaris sterk in overweging om hiervoor een meer eenduidige waarderingsregel op te stellen die minder vatbaar is voor discussies tussen de belastingplichtige en de belastinginspecteur. De gedachten van de Orde gaan hierbij uit naar een voor dividenduitkeringen gecorrigeerde intrinsieke waarde van de deelneming. Ook de waardering op netto vermogenswaarde, zoals die in de accountancy gebruikelijk is, zou een mogelijkheid kunnen zijn. Verder wijst de Orde in dit kader op het volgende. Omdat eventuele deelnemingen die verbonden lichamen in de schuldenaar hebben ook van belang zijn, moet ook de (met externe transacties gecorrigeerde) waarde van deze deelnemingen jaarlijks worden bepaald. Dit zou in de praktijk op problemen kunnen stuiten in situaties waarin de belastingplichtige onvoldoende zeggenschap heeft in de met hem verbonden lichamen om verschaffing van inzicht in de van belang zijnde gegevens af te dwingen

Met betrekking tot de opwaarderingsreserve constateert de Orde een opmerkelijk verschil met het voorgestelde art. 3.98a Wet IB 2001. In laatstgenoemde bepaling is toevoeging van het afwaarderingsverlies aan een opwaarderingsreserve optioneel. In de vennootschapsbelasting is dit verplicht. De Orde verzoekt de staatssecretaris om een toelichting voor dit verrassende verschil en zou ook in de vennootschapsbelasting een optioneel systeem willen bepleiten, inhoudend dat het afwaarderingsverlies alleen op verzoek van de belastingplichtige wordt toegevoegd aan een opwaarderingsreserve. Behalve dat daardoor de mogelijkheid van een directe verliesverrekening zou ontstaan, heeft de vennootschapsbelastingplichtige een mogelijk niet-fiscaal belang bij directe afrekening.

N | O | B

Door direct af te rekenen bespaart de belastingplichtige zich immers de administratieve lasten die onlosmakelijk verbonden zijn aan de opwaarderingsreservesystematiek en de tevens daarmee verband houdende jaarlijkse waarderingdiscussie. Naar het de Orde voorkomt, is een dergelijke administratieve lastenverlichting ook voor de Belastingdienst een voordeel.

De Orde constateert met instemming dat in het voorgestelde art. 13ba, vijfde lid, tweede volzin, in vergelijking met het oorspronkelijke wetsvoorstel een poging is gedaan om dubbele bijtellingen te voorkomen. Het betreft de casus van twee zustersvennootschappen die beiden een opwaarderingsreserve en een 50%-belang in de deelneming/schuldenaar bezitten.

Op grond van het oorspronkelijke wetsvoorstel telde de waardestijging van het 50%-belang van elke zustersvennootschap, naast haar eigen 50%-belang in de deelneming, mee voor de vrijval van de opwaarderingsreserve bij elke zustersvennootschap. Deze dubbelstelling is in het nu voorliggende wetsvoorstel vermeden door de toevoeging dat dit niet hoeft als "het verbonden lichaam met betrekking tot de schuldenaar beschikt over een opwaarderingsreserve". Deze anticumulatie werkt echter maar ten dele. Is er nog een derde zustersvennootschap die ook een belang heeft in de deelneming/schuldenaar maar geen opwaarderingsreserve, dan telt dit belang van de derde zustersvennootschap weer wel mee bij de twee andere zustersvennootschappen die een opwaarderingsreserve hebben. Dit klemt te meer, daar deze andere zustersvennootschappen deze waardestijging feitelijk niet kunnen toucheren. Het probleem vloeit voort uit het feit dat de vennootschap met de opwaarderingsreserve niet een 100%-belang in de deelneming/schuldenaar heeft. De Orde stelt derhalve voor om bij een belang van minder dan 100% in de schuldenaar de vrijval van de opwaarderingsreserve bij elke concernvennootschap te laten plaatsvinden overeenkomstig diens belang in de deelneming/schuldenaar, een pro rata parte-benadering derhalve. Een dergelijke benadering sluit naar de mening van de Orde ook aan bij de werkelijkheid, omdat de vennootschap met de opwaarderingsreserve feitelijk ook geen groter voordeel uit de deelneming/schuldenaar dan overeenkomt met zijn relatieve belang in de deelneming, kan toucheren.

Het komt de Orde voor dat in het nu gewijzigde wetsvoorstel een doublure is ontstaan tussen het voorgestelde art. 13ba, zesde lid, eerste volzin, en achtste lid, Wet VpB 1969. Het voorgestelde zesde lid, eerste volzin, ziet volgens de gewijzigde tekst ook op vervreemdingen van een gehele deelneming en niet meer alleen op de vervreemding van een gedeelte van de deelneming. Onder het oorspronkelijke wetsvoorstel zag art. 13ba, zesde lid, eerste volzin, Wet VpB 1969 nog louter op de vervreemding van een gedeelte van een deelneming. Voor de vervreemding van een gehele deelneming lijkt echter het voorgestelde achtste lid te zijn geschreven, zodat nu de vraag rijst welke bepaling voorrang heeft, die van het zesde lid, eerste volzin of die van het achtste lid. De Orde constateert overigens ook dat de memorie van toelichting ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel, ondanks de wijziging van art. 13ba, zesde lid, eerste volzin, Wet VpB 1969, op dit punt niet is aangepast en met betrekking tot het zesde lid, eerste volzin, nog steeds slechts spreekt over de gedeeltelijke vervreemding van een deelneming. De Orde geeft derhalve in overweging om in het voorgestelde zesde lid, eerste volzin, terug te keren naar de tekst van het oorspronkelijke wetsvoorstel en deze bepaling uitsluitend te laten gelden als een gedeelte van de deelneming wordt vervreemd.

N | O | B |

In art. 13ba, tiende lid, onderdeel c, is voorgesteld dat de opwaarderingsreserve moet worden toegevoegd aan de winst als de schuldenaar als de dochtermaatschappij deel gaat uitmaken van een fiscale eenheid. Opvallend is dat een vergelijkbare bepaling ontbreekt voor juridische fusies en juridische splitsingen. Daarbij zij opgemerkt dat art. 13ba op dit punt afwijkt van art. 13bb. Op grond van het huidige art. 13bb, vierde lid, moet het eerder in aftrek gebrachte bedrag ter zake van een afgewaardeerde schuldvordering niet alleen weer tot de winst worden gerekend als de schuldenaar met de belastingplichtige deel gaat uitmaken van een fiscale eenheid (onderdeel b) maar ook als de afgewaardeerde schuldvordering in het kader van een bedrijfsfusie, juridische splitsing of juridische fusie door schuldvermenging tenietgaat (onderdeel a). Hoewel beide situaties niet geheel met elkaar zijn te vergelijken, rijst toch de vraag waarom een vergelijkbare bepaling ontbreekt in het voorgestelde art. 13ba, tiende lid.

Is de staatssecretaris van mening dat de overdracht van een (geheel of een zelfstandig deel van een) onderneming van de schuldenaar (bedrijfsfusie ex art. 14, eerste lid), respectievelijk de fictieve overdracht van vermogensbestanddelen van de schuldenaar (splitsing ex art. 14a, eerste lid, en juridische fusie ex art. 14b, eerste lid) in alle gevallen tot gevolg heeft dat de belastingplichtige de opwaarderingsreserve moet toevoegen aan de winst op de voet van het voorgestelde art. 13ba, tiende lid, onderdeel a? Of zijn er naar de mening van de staatssecretaris situaties denkbaar dat de verkregen aandelen in de verkrijgende rechtspersoon voor de belastingplichtige in de plaats treden van de aandelen in de schuldenaar? Voorts vraagt de Orde of de staatssecretaris kan bevestigen dat in alle situaties waarin de belastingplichtige als fuserende of splitsende rechtspersoon verdwijnt, de opwaarderingsreserve overgaat op de verkrijgende rechtspersoon die vervolgens voor de toepassing van art. 13ba in de plaats treedt van de belastingplichtige.

Art. 13ca Wet VpB 1969

De Orde juicht de zeer proportionele reparatie van de art. 13ca-afwaardering in relatie tot de fiscale eenheid in het voorgestelde art. 13ca, vierde lid, laatste volzin, Wet VpB 1969 toe, maar vraagt zich af of hiermee geen doublure gaat ontstaan met art. 15aj, zevende lid, Wet VpB 1969. Weliswaar geldt art. 13ca, vierde lid, laatste volzin, Wet VpB 1969 ook voor fiscale eenheden waarop het oude regime nog van toepassing is, maar de Orde constateert dat dit niet tot deze fiscale eenheden is beperkt en ook fiscale eenheden waarop het nieuwe regime van toepassing is, worden getroffen door deze bepaling. Voorts constateert de Orde een verschil in zwaarte van de sanctie tussen beide genoemde bepalingen. Ingevolge art. 15aj, zevende lid, Wet VpB 1969 moet bij verbreking van de fiscale eenheid het afwaarderingsverlies in één keer worden teruggenomen. Bij het voorgestelde art. 13ca, vierde lid, laatste volzin, Wet VpB 1969 behoeft dit pas te geschieden naarmate de aandelen in de deelneming in waarde toeneemt. De Orde verzoekt de staatssecretaris dit opmerkelijke verschil in waarde van de sancties nader toe te lichten en geeft in overweging art. 15aj, zevende lid, te laten vervallen en in alle gevallen steeds het voorgestelde art. 13ca, vierde lid, laatste volzin, Wet VpB 1969 toe te passen.

De Orde voorziet veel onduidelijkheden in de praktijk met betrekking tot de voorgestelde derde volzin van het tweede lid van art. 13ca Wet VpB 1969. De Orde begrijpt de achtergrond van deze 'voortzettings'-bepaling en onderschrijft die ook, maar voorziet praktische complicaties met betrekking tot de concrete toepassing van deze bepaling in de praktijk. Hoe moet, zo vraagt de Orde zich af, in een concrete situatie worden vastgesteld of een in de deelneming ingebrachte werkzaamheid reeds grotendeels door het concern werd uitgeoefend en derhalve door de deelneming is voortgezet?

N | O | B

De Orde heeft enkele concrete voorbeelden over de toepassing van deze 'voortzettings'-bepaling in de memorie van toelichting node gemist. De Orde wijst erop dat vergelijkbare onduidelijkheden zich voordoen met betrekking tot art. 13d, negende lid, onderdeel b, Wet VpB 1969 (overigens is met betrekking tot deze bepaling een versoepelende resolutie noodzakelijk gebleken) en de inkrimpingstoets van art. 20a, vierde lid, onderdelen b en c, Wet VpB 1969. De Orde verzoekt de staatssecretaris dan ook om een nadere toelichting op deze bepaling waaruit blijkt hoe deze bepaling in de praktijk concreet moet worden toegepast.

Voorts vraagt de Orde zich met betrekking tot deze bepaling af op welk tijdstip die moet worden getoetst. Op welk moment moet worden bepaald of de werkzaamheden reeds binnen het concern werden uitgeoefend en door de deelneming wordt voortgezet. Volgens de voorgestelde wettekst is het toetsmoment 'vóór de in het eerste lid bedoelde verkrijging', maar dit kan 1 dag ervoor zijn, drie jaar ervoor of nog langer geleden.

De Orde veronderstelt dat bedoeld is "onmiddellijk" vóór de in het eerste lid bedoelde verkrijging" maar ziet dit niet terug in de wettekst. De Orde stelt derhalve voor om de voorgestelde wettekst hiermee aan te vullen.

Art. 13d Wet VpB 1969

In geval van zogenaamde 'middellijke deelnemingsverhoudingen' zal op grond van het voorgestelde artikel 13ba, twaalfde lid Wet VpB 1969 voor de vrijval van de opwaarderingsreserve worden gekeken naar de waardeontwikkeling van de deelneming via welke het belang wordt gehouden. Naar de visie van de Orde zou dit logischerwijs met zich brengen dat het opgeofferd bedrag van deze deelneming wordt verhoogd met de bedragen die ingevolge artikel 13ba aan de winst zijn gevoegd. De voorgestelde wijzigingen in artikel 13d leiden er naar de mening van de Orde niet toe dat het opgeofferd bedrag van deze deelneming ook daadwerkelijk wordt verhoogd. Deze deelneming is immers niet 'de deelneming waarop men een vordering heeft' (artikel 13d, tweede lid, tweede volzin).

Art. 3.98a Wet IB 2001

De Orde heeft begrip voor de keuze van de staatssecretaris om ook in de Wet IB 2001 in een flankerende maatregel te voorzien voor situaties waarin een belastingplichtige een vordering die onder de terbeschikkingstellingsregeling valt ten laste van het box I-inkomen afwaardeert en vervolgens de vordering omzet in vermogensbestanddelen die tot zijn aanmerkelijk belang behoren, waardoor winstneming enerzijds wordt uitgesteld en anderzijds tegen het lagere proportionele box II-tarief plaatsvindt. De noodzaak voor een flankerende regeling in de Wet IB 2001 is een logisch gevolg van de door de staatssecretaris gemaakte consistente keuze voor reparatie bij de schuldeiser.

De Orde kan, gelet op de analogie met het voorgestelde art. 13ba Wet VpB 1969 begrip hebben voor het voorgestelde art. 3.98a, tweede lid, onderdeel b, Wet IB 2001. Als de Orde het echter goed ziet, zal deze bepaling nauwelijks worden toegepast. Gelet op het feit dat in de inkomstenbelasting een hybride schuldvordering ex art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 volgens de staatssecretaris tot de terbeschikkingstellings sfeer blijft behoren, ziet het voorgestelde art. 3.98a, tweede lid, onderdeel b, Wet IB 2001 niet op deze figuur en kan genoemde bepaling in zoverre vervallen.

N | O | B

Voorzover deze bepaling liet oog heeft op het zodanig aanpassen van de voorwaarden van de geldlening dat de geldlening gaat voldoen aan de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake deelnemerschapsleningen (zie onder meer HR 11 maart 1998, BNB 1998/208), is hij ook overbodig, omdat deze figuur ingevolge HR 9 februari 2000, BNB 2000/236 onder het voorgestelde art. 3.98a, tweede lid, onderdeel c, Wet IB 2001 (het prijsgeven van een vordering) wordt begrepen. Dus vraagt de Orde zich af in welk situatie het voorgestelde art. 3.98a, tweede lid, onderdeel b, Wet IB 2001 aan de orde kan komen en verzoekt de staatssecretaris dit nader toe te lichten.

Systematisch juist is overigens, zoals de Orde al vaker heeft bepleit, om de hybride schuldvorderingen ex art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet VpB 1969 over te brengen naar de aanmerkelijkbelang sfeer en daarop het regime van box 2 toe te passen. Gebeurt dit laatste, dan krijgt het voorgestelde art. 3.98a, tweede lid, onderdeel b, Wet IB 2001 zinvolle betekenis en dient het uiteraard in de huidige vorm te blijven bestaan.

De Orde vraagt zich af of de verwijzingen in het voorgestelde vijfde lid en achtste lid naar hoofdstuk 4 van de Wet IB 2001 niet te ruim is opgezet en of voldoende zou moeten zijn dat de verkrijger een aanmerkelijk belang heeft in de zin van art. 4.6 tot en met art. 4.9 Wet IB 2001. De Orde vraagt de staatssecretaris nader toe te lichten of uitdrukkelijk bedoeld is om de meegetrokken aanmerkelijkbelanghouder van art. 4.10 Wet IB 2001 en de fictief aanmerkelijkbelanghouder van art. 4.11 Wet IB 2001 in het vijfde en achtste lid te betrekken.

De Orde verzoekt de staatssecretaris nader toe te lichten hoe de vrijval van de opwaarderingsreserve in het kader van de door Nederland gesloten belastingverdragen moet worden geduid en hoe een en ander tot heffing ingevolge de Wet IB 2001 kan leiden.

Evenals onder de voor de vennootschapsbelasting voorgestelde regeling moet een belastingplichtige met een opwaarderingsreserve voor de berekening van de belaste vrijval ten gunste van zijn resultaat uit een werkzaamheid jaarlijks toetsen aan de waarde van de door hem en/of de met hem verbonden natuurlijke personen gehouden aandelen (etc.) die tot een aanmerkelijk belang behoren. Daarbij gaat het ingevolge het voorgestelde art. 3.98a, zesde lid, Wet IB 2001 zowel om de direct als om de indirect in de schuldenaar gehouden aandelen. Het is volgens de Orde in de voorgestelde tekst echter niet geheel duidelijk of bij deze toets de indirect gehouden aandelen in de schuldenaar geheel meetellen of naar rato van het directe belang van de belastingplichtige en/of de met hem verbonden personen in de schuldenaar.

De opwaarderingsreserve moet op grond van art. 3.98a, achtste lid, Wet IB 2001 aan het resultaat worden toegevoegd als de onderneming of een gedeelte van de onderneming van de schuldenaar wordt vervreemd aan de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon dan wel aan een vennootschap waarin de belastingplichtige of een met hem verbonden persoon een aanmerkelijk belang heeft. Deze belaste vrijval strekt ertoe te voorkomen dat de belaste toevoeging bij waardestijging van de aandelen kan worden ontweken door de onderneming geheel of gedeeltelijk elders binnen het concern onder te brengen. De Orde meent dat de bepaling een onnodige belemmering kan opwerpen voor een economisch wenselijke herstructurering van het concern van de schuldenaar. Indien de onderneming van de schuldenaar bijvoorbeeld met gebruikmaking van in de Wet VpB 1969 daartoe opgenomen fiscale faciliteiten wordt doorgeschoven naar een andere concernvennootschap, dreigt belaste vrijval van de opwaarderingsreserve.

N | O | B

Dit gevolg zou kunnen worden voorkomen door een bepaling op grond waarvan in voorkomende situaties de opwaarderingsreserve wordt gekoppeld aan de aandelen in de belastingplichtige die de onderneming overneemt. Hoewel een daartoe strekkende bepaling enige complicering oplevert, is de Orde van opvatting dat een dergelijke regeling overweging verdient.

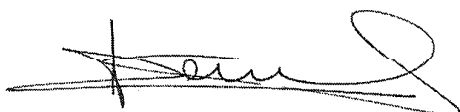
Art. 4.33a Wet IB 2001

Zoals in de vennootschapsbelasting is voorzien in een verhoging van het opgeofferd bedrag bij een andere vennootschap dan degene bij wie de vrijval van de opwaarderingsreserve plaatsvindt, zo zou dit naar de mening van de Orde ook moeten geschieden met de verkrijgingsprijs voor het aanmerkelijk belang in de inkomstenbelasting. Als de Orde het goed ziet, is dit echter niet het geval. De Orde geeft een voorbeeld: Stel A en B zijn buiten gemeenschap van goederen getrouwd. A bezit alle aandelen in BV A, B heeft een schuldvordering van 100 op BV A. B kwalificeert als verbonden persoon in de zin van art. 3.92 Wet IB 2001. De schuldvordering is bij B afgewaardeerd ten laste van het resultaat uit overige werkzaamheden tot op een bedrag van 10. Vervolgens scheldt B de schuldvordering kwijt tot op het bedrag van 10. Als gevolg van het voorgestelde art. 3.98a, eerste lid, Wet IB 2001 wordt bij B een bedrag van 90 tot het resultaat uit overige werkzaamheden gerekend. De Orde meent dat in dit geval de verkrijgingsprijs van A zou moeten worden verhoogd met dit bedrag. Het voorgestelde art. 4.33a Wet IB 2001 voorziet hier echter niet in. De Orde bepleit derhalve een aanpassing van art. 4.33a Wet IB 2001 op dit punt.

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

Hoogachtend,

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,
namens deze



prof. dr. A.H.M. Daniels