

## 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, 27 juni 2006

**Betreft: NOB-commentaar op wetsvoorstel Werken aan Winst – Vpb 2007  
(kamerstuknummer 30572)**

Geachte leden van de Commissie,

De Nederlandse Orde van belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met veel belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel “Werken aan winst” van het kabinet waarin het invulling wordt gegeven aan het modernisering van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb), met als voornaamste doel het fiscale vestigingsklimaat van Nederland te versterken en daarmee Nederland blijvend in de fiscale kopgroep te plaatsen.

**De Orde prijst de aandacht voor het verbeteren van het fiscale vestigingsplaats en de ambitie om een “koppositie” in te blijven nemen in het Europese fiscale speelveld.** De staatssecretaris heeft daarbij moedige en grensverleggende keuzes gemaakt. De Orde is daarbij verheugd dat er – in tegenstelling tot eerdere berichten – ook budgettaire ruimte is vrijgemaakt om een aantal van de voorstellen (al dan niet gedeeltelijk) te financieren. Wel plaatst de Orde kritische kanttekeningen bij een aantal grondslagverbredende en andere (budgettaire) maatregelen die eveneens dienen ter financiering van de voorstellen. Het wetsvoorstel zoekt de verbreding voornamelijk in een beperking van de verliesverrekeningstermijnen en het wijzigingen van de afschrijvingsmethodiek voor verschillende bedrijfsmiddelen (niet in de minste plaats voor onroerende zaken). De Orde distantieert zich in beginsel van een inmenging in politieke afwegingen omtrent welke grondslagverbredende maatregelen zouden moeten worden doorgevoerd. Desalniettemin heeft de Orde grote moeite met deze voorstellen vanuit theoretisch perspectief, aangezien deze voorstellen een ingrijpende inbreuk maken op een aantal wezenlijke fundamenten van de Wet op de vennootschapsbelasting zoals goedkoopmansgebruik en het totaalwinstbegrip.

**De Orde spreekt haar waardering uit voor de aanpak van dit wetsvoorstel in het algemeen en voor de wijze waarop de verkenningsfase is ingevuld in het bijzonder.** Het voorliggende wetsvoorstel is de resultante van een proces dat de staatssecretaris reeds in 2004 in gang heeft gezet, door middel van zijn rede van 19 februari 2004 op de Vrije Universiteit van Amsterdam.

Onderdeel van dit proces waren onder meer een verkennings- en ontwikkelingsfase. Zoals bekend is de Orde groot voorstander van het vroegtijdig betrekken van belangenorganisaties in het wetgevingsproces. Thans is gebleken dat de inbreng van belangenorganisaties en anderen serieus in de verkenningsfase zijn meegewogen en dat verschillende aanbevelingen in het wetsvoorstel zijn terug te vinden. De Orde denkt daarbij met name aan de groepsrentebox met het concurrerende tarief van 5% alsmede de aanzet voor de invoering van een octrooi-box.

**De Orde heeft echter met groot ongenoegen kennisgenomen van de voorstellen om verschillende grondslagverbredende maatregelen door te voeren met (materiële) terugwerkende kracht.** De Orde hecht aan een strikte toepassing van het rechtszekerheidsbeginsel en is ten principale tegen het met terugwerkende kracht invoeren van belastingverzwarende maatregelen. Terugwerkende kracht beïnvloedt de rechtsgevolgen van voorheen voorgevallen feiten. Als voorbeelden van materieel terugwerkende kracht kunnen genoemd worden:

- (i) de beperking van de verrekening van in het verleden opgeroepen verliezen,
- (ii) het aanscherpen van bepaalde renteaftrekbepalingen en
- (iii) het alsnog belasten van inkomsten uit hybride leningen.

De Orde acht deze aanpassingen in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en mist enig overgangsrecht terzake die de materiële terugwerkende kracht van deze maatregelen teniet doet.

**De Orde kan niet anders dan vaststellen dat ondanks dat de voorbereidingen van dit wetsvoorstel zich hebben uitgestrekt over een periode van ruim twee jaar, het wetsvoorstel nog geen gedegen indruk maakt.** Naar de mening van de Orde roepen de wetteksten op veel punten vragen op en is de Memorie van Toelichting zeer summier te noemen in het licht van de ingrijpende voorstellen die in het wetsvoorstel gedaan worden. De Orde heeft getracht om in de korte tijd die na publicatie van het voorstel beschikbaar was de eerste vragen in kaart te brengen en deze onderstaand per onderwerp naar voren te brengen. Met grote stelligheid kan gezegd worden dat dit slechts een begin is van de vragen die dit wetsvoorstel oproept. De Orde hoopt evenwel met dit commentaar een eerste aanzet te doen voor een positieve bijdrage aan het wetgevingsproces van het voorliggende wetsvoorstel en zal het verdere verloop van dit wetsvoorstel nauwlettend in de gaten houden en waar mogelijk verdere bijdragen leveren. De Orde spreekt de hoop uit dat uw Kamer ruim de tijd neemt om het wetsvoorstel te bediscussiëren en dat de parlementaire behandeling resulteert in een gedegen wetsvoorstel met een ruime toelichting.

Onderstaand commentaar bestaat uit 2 delen. Deel I bevat de belangrijkste aanbevelingen die naar de mening van de Orde tot aanpassing van de wetteksten moeten leiden. Deel II bevat een groot aantal vragen, en daarnaast nog een aantal aanbevelingen die eveneens oproepen tot aanpassing van de voorgestelde wetteksten.

## Deel I

### 1. *De octrooibox*

De Orde is verheugd over het feit dat de regering alsnog heeft besloten een octrooibox in te voeren, voor de invoering waarvan de Orde ook eerder heeft gepleit. Een dergelijke octrooibox kan – mits goed vormgegeven – een belangrijke bijdrage leveren aan behoud en vestiging van kennisintensieve bedrijven in Nederland en zo het innoverend vermogen van de Nederlandse economie vergroten. Verder verheugt het de Orde dat is gekozen voor een tarief van 10%, dat op dit moment voldoende onderscheidend is.

De Orde is echter van mening dat het huidige voorstel zodanig beperkt is, dat ernstig betwijfeld moet worden of deze regeling het beoogde effect kan sorteren. Immers, het deel van de winst dat eventueel tegen 10% belast zal worden is beperkt tot maximaal vier keer het geïnvesteerde bedrag. De Orde is van mening dat deze multiplier omhoog moet (**Aanbeveling 1**). Daar komt nog bij dat er vooraf moet worden afgerekend tegen het normale tarief door verplichte activering van de gemaakte voortbrengingskosten. Daardoor ontstaat een acute belastingverplichting tegen een hoog tarief die niet wordt gecompenseerd door een even grote latente vordering op de fiscus. Dit probleem zou vermeden kunnen worden door een ingroei-regeling in het leven te roepen, waarbij het 10% tarief eerst voor die netto-inkomsten gaat gelden die het bedrag van de geactiveerde voortbrengingskosten overtreffen (**Aanbeveling 2**). In deel II van dit commentaar doet de Orde nog een aantal andere aanbevelingen die de toegankelijkheid en aantrekkelijkheid van de octrooibox aanmerkelijk kunnen vergroten zonder de budgettaire afwegingen uit het oog te verliezen.

De Orde constateert dat de tekst van het voorgestelde artikel 12b Wet Vpb een aantal begrippen bevat dat nog nader (bij AMvB) moet worden uitgewerkt. Deze begrippen – met name de in het derde lid neergelegde toets dat de te verwachten voordelen in belangrijke mate hun oorzaak moeten vinden in het octrooi – spelen een dusdanig belangrijke rol dat een beoordeling door u van dit onderdeel van het wetsvoorstel pas met vrucht kan geschieden indien u kennis heeft kunnen nemen van de hoofdlijnen van de Uitvoeringsregeling die de staatssecretaris heeft aangekondigd. In deel II van dit commentaar heeft de Orde een aantal vragen geformuleerd waarover de Uitvoeringsregeling uitsluitel zou moeten geven.

### 2. *De groepsrentebox*

De Orde is verheugd dat de staatssecretaris bereid is zich in te spannen om mobiel kapitaal en de daaraan verbonden hoogwaardige treasury activiteiten zo veel mogelijk voor Nederland te behouden. De Orde heeft wel meerdere vragen en opmerkingen. Allereerst merkt de Orde op dat het bedrag aan netto groepsrente dat tegen 5% wordt belast slechts in aanmerking wordt genomen tot het bedrag van het percentage van de heffingsrente over het gemiddelde van het eigen fiscale vermogen. De rentebox kent aldus twee begrenzings. De eerste begrenzing is het gemiddelde van het eigen fiscale vermogen. Het fiscale eigen vermogen is echter doorgaans beduidend lager dan het werkelijke commerciële eigen vermogen. Dit kan in de praktijk fors afbreuk doen aan de mogelijkheid om van de rentebox gebruik te maken. De tweede begrenzing is de hoogte van de heffingsrente. Heffingsrente is naar zijn aard ‘korte rente’, terwijl intercompany leningen doorgaans zullen worden verstrekt voor een langere periode.

De Orde bepleit dan ook een rentepercentage dat meer marktconform is, bijvoorbeeld het rente op 10-jarige staatsobligaties met een opslag van 200 basispunten (**Aanbeveling 3**).

Ook valuta-resultaten zullen in de rentebox vallen. De Orde wijst erop dat de hierboven genoemde begrenzing van het rentebox-resultaat er bij een valuta-winst gemakkelijk toe kan leiden dat een deel van deze valuta-winst effectief tegen 25,5% in de heffing zal worden betrokken. De Orde bepleit dan ook de hierboven genoemde begrenzing niet toe te passen voor zover een positief groepsrentesaldo bestaat uit een positief valuta-resultaat op groepsleningen (**Aanbeveling 4**).

Voor wat betreft de overnamekas, zou de Orde graag bevestigd zien dat de fiscus slechts het recht heeft om de gepresenteerde overnamestrategie marginaal te toetsen.

De Orde heeft nog een groot aantal vragen die zijn opgenomen in deel II van dit commentaar.

### *3. Stroomlijning en uitbreiding van rente-aftrekbeperkende maatregelen*

De Orde deelt de mening van de staatssecretaris dat de regelgeving over de beperking van renteaftrek in de vennootschapsbelasting te ingewikkeld is geworden. Dat is schadelijk voor het vestigingsklimaat door de grote onzekerheden die daarvan het gevolg zijn. De Orde begrijpt dat de staatssecretaris pragmatisch te werk wil gaan en geen systeemwijzigingen in de behandeling van vreemd en eigen vermogen wil voorstellen. Deze aanpak valt te billijken, omdat een ingrijpende systeemwijziging alleen succesvol kan zijn als deze in een breder internationaal verband wordt ingevoerd.

Hoewel de Orde er veel aan gelegen zou zijn om art. 10a Wet Vpb te schrappen, begrijpt de Orde de afweging die op dit punt is gemaakt. Een aanscherping van de thincapregeling zou geen goed alternatief zijn. Extra middelen ter beschikking stellen om de afschaffing van art. 10a te kunnen financieren is eveneens moeilijk pleitbaar omdat 10a-situaties zich in beginsel afspelen in de misbruiksfeer. De Orde heeft echter grote bezwaren tegen de uitbreiding van de reikwijdte van art. 10a met externe acquisities. Dergelijke transacties en de financiering daarvan hebben immers geen misbruikarakter. De Orde vindt het dan ook een onjuiste koers om deze situaties binnen de werkingssfeer van art. 10a Wet Vpb te brengen, en bepleit dan ook art. 10a niet uit te breiden naar externe acquisities (**Aanbeveling 5**).

De Orde is verheugd dat de zogenoemde rentetemporiseringsregelingen in de fiscale eenheid, splitsing en juridische fusie worden afgeschaft. Dit komt de vereenvoudiging van de regelgeving ten goede.

### *4. Het deelnemingsvrijstellingregime*

De deelnemingsvrijstelling is één van de belangrijkste pijlers van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat voor internationaal werkzame ondernemingen. Om die reden dient een aanpassing van het deelnemingsvrijstellingregime met grote behoedzaamheid te geschieden. Ook ogenschijnlijk kleine aanpassingen van het regime, zoals de introductie van de materiële onderworpenheidseis, kunnen een groot negatief uitstralingseffect hebben in het buitenland. De betrouwbaarheid, de bestendigheid en de berekenbaarheid van de Nederlandse wetgeving - ook wel aangeduid als 'de drie B's' - is hier in het geding.

Door het grote aantal grote- en kleine wijzigingen dat thans wordt voorgesteld, ziet de Orde zich genoodzaakt zich te beperken tot de meest in het oog springende punten.

De Orde heeft grote problemen met de voorgestelde “materiële onderworpenheidseis” die verlangt dat de deelneming in het land van vestiging ‘is onderworpen aan een belasting naar de winst die resulteert in een heffing naar een tarief van 10% over een *naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst*’. (Cursivering NOB). Het gaat hier om één van de fundamenten van het deelnemingsvrijstellingregime.

Allereerst merkt de Orde op dat de staatssecretaris voorstelt hetzelfde criterium ook te hanteren om te bepalen of rente die wordt betaald aan een andere groepsmaatschappij wel onderworpen is aan een belasting die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. De Orde merkt echter op dat dit criterium in de sfeer van de deelnemingsvrijstelling betrekking heeft op alle samenstellende delen die de winst van de deelneming tezamen bepalen en derhalve niet alleen betrekking heeft op rente.

De Orde is van mening dat dit criterium in de sfeer van de deelnemingsvrijstelling niet EU-proof is. Door de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG heeft Nederland feitelijk vrijwel geen ruimte meer om een onderscheid te maken tussen binnenlandse en buitenlandse situaties. Het materiële onderworpenheidsvereiste lijkt op het eerste gezicht niet strijdig met het EU-recht: het vereiste geldt immers met betrekking tot zowel in het binnenland als in het buitenland gevestigde dochtermaatschappijen.

Bij nader inzien valt echter op dat een in Nederland gevestigde vennootschap als gevolg van deze definitie vrijwel nooit als een laagbelaste beleggingsdeelneming zal worden aangemerkt. Een aandelenbelang in een in het buitenland gevestigde dochtermaatschappij zal daarentegen minder snel voldoen aan deze voorwaarde. Dit staat op gespannen voet met de wederzijdse erkenning van de belastingstelsels van de lidstaten die voortvloeit uit de notie dat lidstaten hun soevereiniteit op fiscaal gebied hebben behouden. Met de voorgestelde materiële onderworpenheidseis lijkt derhalve, ondanks de neutrale formulering ervan, een nieuwe belemmering te gaan ontstaan. De Orde is derhalve van mening dat de thans voorgestelde materiële onderworpenheidseis voor deelnemingen die zijn gevestigd in de EU waarschijnlijk niet EU-proof is, omdat de Nederlandse fiscale behandeling van EU-deelnemingen – Nederlandse en niet-Nederlandse - met exact dezelfde activiteiten dan zou afhangen van de effectieve belastingdruk over de winst uit deze activiteiten. Bovendien lijkt de voorgestelde regeling niet te voldoen aan de regeling die is neergelegd in de Moeder-dochterrichtlijn.

Om die redenen stelt de Orde voor om de voorgestelde materiële onderworpenheidseis voor deelnemingen in vennootschappen die gevestigd zijn in de EU te vervangen door de in de Moeder-dochterrichtlijn gestelde eis dat de deelneming in het land van vestiging moet zijn onderworpen aan een belastingheffing naar de winst en aldaar gevestigd dient te zijn in de zin van de fiscale wetgeving van die Staat (subjectieve onderworpenheidseis). Laatstgenoemde vestigingseis sluit volstrekt kunstmatige constructies uit en laat bonafide gevallen ongemoeid. De Orde verwijst in dit verband naar de conclusie van de Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie EG van 2 mei 2006 inzake Cadbury Schweppes (C-196/04) (**Aanbeveling 6**).

De Orde is bovendien van mening dat de toetsing op basis van ‘naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst’ voor de praktijk onwerkbaar zal blijken te zijn en aan het buitenland een bijna even slecht signaal afgeeft als de invoering van Controlled Foreign Company (CFC)-wetgeving.

Dit komt omdat bij twijfel of een dochtermaatschappij een "laagbelaste buitenlandse beleggingsdeelneming" is, steeds een 'proef-aangifte' vennootschapsbelasting naar Nederlandse maatstaven zou moeten worden gemaakt voor die buitenlandse dochtermaatschappij. Dit lijkt op het eerste gezicht vergezocht, maar is dit niet, omdat de vraag of de buitenlandse fiscale maatstaven in het specifieke geval vergelijkbaar zijn met de Nederlandse, vaak niet eenduidig te beantwoorden zal zijn. Voor deelnemingen in vennootschappen die buiten de EU zijn gevestigd doet de Orde daarom het voorstel om de verlangde effectieve belastingdruk van 10% te berekenen op basis van de fiscale winstbepalingsregels die gelden in het land waar deze deelneming is gevestigd, mits die winstbepalingsregels niet evident uit de pas lopen met wat gebruikelijk is binnen de OESO (**Aanbeveling 7**).

Het belang van dit punt neemt nog toe als men bedenkt dat er voortaan veel sneller sprake zal zijn van een beleggingsdeelneming. Dit komt omdat de vraag of er sprake is van een beleggingsdeelneming (versus een actieve deelneming) voortaan niet meer, zoals thans, wordt bepaald door een mix van criteria (werkzaamheden van het personeel, balanstest en winst- en verliesrekeningtest), doch uitsluitend door 1 criterium: de geconsolideerde bezittingentoets. De Orde constateert dat wat bedoeld is als een 'activiteitentoets' (term uit de Memorie van Toelichting), qua uitwerking dreigt uit te pakken als een een puur cijfermatige (mechanische) bezittingentoets. De Orde acht dit een ongewenst en wellicht ook onbedoeld resultaat en stelt voor om in de wettekst te verankeren dat ook de werkzaamheden van de deelneming in de weging moeten worden betrokken. Dit zou kunnen door aan art. 13 lid 10 een tweede volzin toe te voegen die als volgt zou kunnen luiden: 'Van een laagbelaste beleggingsdeelneming is geen sprake indien aannemelijk is dat de werkzaamheden van het lichaam waarin de belastingplichtige een deelneming heeft, grotendeels, onmiddellijk of middellijk, bestaan uit andere activiteiten dan louter beleggen' (**Aanbeveling 8**).

Voor deelnemingen in vennootschappen die buiten de EU zijn gevestigd doet de Orde het voorstel om de verlangde effectieve belastingdruk van 10% te berekenen op basis van de fiscale winstbepalingsregels die gelden in het land waar deze deelneming is gevestigd, mits die winstbepalingsregels niet evident uit de pas lopen met wat gebruikelijk is binnen de OESO (**Aanbeveling 9**).

Mocht de staatssecretaris onze aanbeveling om de materiële onderworpenheidseis voor deelnemingen in EU-vennootschappen te vervangen door een andere, minder vergaande eis, om hem moverende redenen, niet willen overnemen dan zou kunnen worden overwogen om aanbeveling 6 over te nemen en daar - in ieder geval voor deelnemingen in EU-vennootschappen - een tegenbewijsregeling aan toe te voegen, inhoudende dat de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat er geen sprake is van volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving te omzeilen (**Aanbeveling 10**).

De Orde constateert dat zowel in de wettekst als in de Memorie van Toelichting de toets of aan de materiële onderworpenheidseis wordt voldaan plaatvindt op het niveau van de rechtstreeks door Nederland gehouden deelneming. De Orde vindt dit een logische keus, maar vraagt wel aandacht voor de situatie van de rechtstreeks gehouden buitenlandse dochter die op "stand alone"-basis niet aan de onderworpenheidseis voldoet, maar zelf één of meer deelnemingen houdt die hieraan wél voldoen. De Orde vindt dat voor deze situatie een tegenbewijsregeling dient open te staan.

Als aan deze tegenbewijsregeling vorm zou worden gegeven door de onderworpenheidseis te stellen op geconsolideerd niveau, zou dit tot aanzienlijke administratieve lasten leiden à la CFC, met name indien deze buitenlandse dochter zelf dochters en kleindochters heeft. De Orde bepleit daarom een eenvoudige tegenbewijsregeling, inhoudende dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de deelneming in de buitenlandse dochter indien deze aannemelijk maakt dat de deelnemingen die zij op haar beurt bezit – gemeten naar de waarde van die deelnemingen volgens de bezittingentoets – voor meer dan 50% bestaan uit deelnemingen waarvoor de deelnemingsvrijstelling zou gelden als deze deelnemingen rechtstreeks zouden worden gehouden door haar Nederlandse moedervereniging (Aanbeveling 11).

De Orde constateert dat door het uitsluiten van de deelnemingsvrijstelling voor een aandelenbezit van minder dan 5% onder andere bedrijfsopvolgingen in en buiten de familiesfeer niet langer op een bedrijfseconomisch verantwoorde wijze kunnen worden vorm gegeven. De Orde doet een voorstel het laten vervallen van de oneigenlijke deelneming te heroverwegen, en om specifiek het probleem bij bedrijfsopvolgingen te ondervangen (Aanbeveling 12).

#### 5. *Dividendbelasting*

De Orde is verheugd over de voorgestelde verlaging van het tarief van de dividendbelasting naar 15%. Ter verdere verbetering van het vestigingsklimaat stelt de Orde voor een "opstap"-regeling in te voeren voor de situatie waarbij een buitenlandse vennootschap zich in Nederland vestigt (Aanbeveling 13). In het huidige systeem ontstaat een Nederlandse dividendbelastingclaim op reeds bestaande - en dus buiten de Nederlandse heffingsgrondslag ontstane - winstreserves waardoor veelal gecompliceerde herkapitalisaties voorafgaand aan de potentiële verhuizing naar Nederland noodzakelijk zijn. Daarnaast suggereert de Orde de mogelijkheid open te laten voor een inhoudingsplichtige op grond waarvan deze desgewenst dividendbelasting mag inhouden en afdragen naar het hogere tarief van 25% (Aanbeveling 14). Dit vermijdt mogelijke extra administratieve lasten voor in Nederland woonachtige aanmerkelijkbelanghouders, bij wie immers de dividendumkering onderworpen zijn aan inkomstenbelasting geheven naar een tarief van 25%.

#### 6. *EU-aspecten*

De Orde is verheugd dat een poging is gedaan om een aantal regelingen in lijn te brengen met Europese regelgeving en jurisprudentie, bijvoorbeeld de aanpassingen van art. 13g Wet Vpb.

Vanuit EU-rechtelijk perspectief springt in het oog dat op een aantal plaatsen de eis wordt geïntroduceerd dat sprake is van een compenserende heffing van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. In het kader van de deelnemingsvrijstelling is deze eis reeds besproken.

Hoewel deze eis op zich geen onderscheid lijkt te maken tussen Nederlandse en buitenlandse vennootschappen, geldt dit vereiste qua uitwerking (bijna) uitsluitend voor buitenlandse vennootschappen.

De Orde had wel verwacht dat in het wetsvoorstel meer aandacht was besteed aan het EU-bestendig maken van de Wet Vpb. De Orde is van mening dat de liquidatieverliesregeling zonder nadere wijziging nog steeds niet volledig EU-bestendig is, ook na het arrest Marks & Spencer. Dit klemt te meer nu de staatssecretaris heeft besloten om af te zien van het invoeren van de grensoverschrijdende fiscale eenheid. De Orde doet een concrete aanbeveling om de liquidatieverliesregeling op dit punt substantieel te verbeteren.

De Orde vraagt zich af of het overleg over de EU-rechtelijke aspecten van de groepsrentebox wel tijdig de gewenste zekerheid zal opleveren om het mobiele kapitaal voor Nederland te behouden.

#### 7. *De MKB-winstvrijstelling*

De tariefsverlaging in de vennootschapsbelasting brengt naar het oordeel van de Orde onmiskenbaar spanning tussen ondernemen in de inkomstenbelasting (IB-ondernemers) en ondernemen in de vennootschapsbelasting (directeuren-aandeelhouders). Het wetsvoorstel poogt deze spanning te verminderen door de introductie van een geheel nieuwe MKB-winstvrijstelling voor IB-ondernemers. Over deze nieuwe MKB-winstvrijstelling heeft de Orde een aantal opmerkingen.

De MKB-winstvrijstelling is gekoppeld aan het urencriterium van art. 3.6 Wet IB 2001. Dit betekent dat een aantal belastingplichtigen in de inkomstenbelasting geen gebruik kan maken van de MKB-winstvrijstelling. Voorbeelden zijn de medegerechtigde van art. 3.3, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 en de resultaatgenieters van afdeling 3.4 Wet IB 2001. Onder deze laatste categorie vallen ook en vooral de zogenoemde terbeschikkingstellers van art. 3.91 en art. 3.92 Wet IB 2001. Dit klemt te meer omdat laatstgenoemde personen als pseudo-ondernemers worden beschouwd en ook als zodanig in de Wet IB 2001 worden behandeld. In het bijzonder geldt dat voor de tbs-er van art. 3.92 Wet IB 2001, die bijvoorbeeld een pand ter beschikking stelt aan de BV waarin hij een aanmerkelijk belang heeft (art. 3.92 Wet IB 2001). De Orde vindt het onbegrijpelijk dat deze personen geen gebruik kunnen maken van de MKB-winstvrijstelling, aangezien zij blijkens de wetsgeschiedenis nadrukkelijk gelijk worden gesteld met IB-ondernemers van box 1. De Orde verzoekt de staatssecretaris op dit punt de reikwijdte van de MKB-winstvrijstelling te heroverwegen, anders volgt – voorziet de Orde - met name voor de resultaatgenieters een massale vlucht in de BV (**Aanbeveling 15**).

De koppeling van de MKB-winstvrijstelling aan het urencriterium heeft ook tot gevolg dat de zogenoemde ongebruikelijke samenwerkingsverbanden er geen gebruik van kunnen maken. Voor de zelfstandigenaftrek kan dit mogelijk nog worden gebillijkt, maar voor de MKB-winstvrijstelling naar de mening van de Orde niet, omdat dit een zuivere tariefsmaatregel is. Alle ondernemers in de IB behoren derhalve van deze tariefsverlaging te profiteren, waardoor voldoende tegenwicht wordt geboden tegen het louter om fiscale redenen overgaan naar de BV.

Koppeling aan het urencriterium kan ook tot gevolg hebben dat 'echte' ondernemers - ook al besteden ze minder dan 1225 uur aan hun onderneming(en) - geen gebruik kunnen maken van de winstvrijstelling. De Orde ziet niet in waarom dit het geval is. Waarom zou de 'incentive' voor ondernemingsactiviteiten (zie de Memorie van Toelichting, par. 2.3) aan dergelijke ondernemers worden onthouden?



Bovendien worden hierdoor vooral startende en stakende ondernemers in de desbetreffende jaren getroffen, aangezien zij moeilijker kunnen voldoen aan het benodigde aantal van ten minste 1225 uren. Het precieze stakings- of startmoment van de onderneming wordt dan zeer belangrijk.

Ook doet zich een mismatch voor als gedurende het bestaan van de onderneming wel wordt voldaan aan het uren criterium en de MKB-winstvrijstelling dus wordt toegepast na aftrek van de dotatie aan de oudedagsreserve, maar in het jaar van staking niet aan het uren criterium wordt voldaan en de vrijval van de oudedagsreserve dan wordt belast zonder toepassing van de MKB-winstvrijstelling.

De Orde pleit daarom voor een heroverweging van de koppeling van de MKB-winstvrijstelling aan het uren criterium voor de zelfstandigenaftrek (**Aanbeveling 16**).

#### 8. *Oproep tot overgangsrecht ter voorkoming van materiële terugwerkende kracht*

De Orde is een verklaard tegenstander van terugwerkende kracht van wetgeving die *belastend* is voor belastingplichtigen en vindt dat terugwerkende kracht – zowel in formele zin als in materiële zin - een onaanvaardbare inbreuk vormt op het rechtszekerheidsbeginsel. Terugwerkende kracht beïnvloedt de rechtsgevolgen van voorheen voorgevallen feiten. Het voorliggende wetsvoorstel treedt weliswaar op nagenoeg alle punten in per 1 januari 2007, doch meerdere van de voorgestelde wijzigingen bevatten materieel terugwerkende kracht. Als voorbeelden kunnen genoemd worden:

- de beperking van in het verleden opgeroepen verliezen die op dit moment onbeperkt verrekenbaar zijn (de voorgestelde wijziging ziet niet alleen op nieuwe verliezen maar beperkt ook de verrekening van oude verliezen);
- het aanscherpen van renteaftrekbeperkingen (rente met betrekking tot acquisities in het verleden, kan per 1 januari a.s. ineens niet meer aftrekbaar zijn); en
- de afschaffing van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op inkomsten uit op dit moment kwalificerende hybride leningen (welke een looptijd hebben van tenminste 10 jaar).

De Orde acht deze voorbeelden tot ongewenste situaties leiden en mist overgangsrecht terzake die de materiële terugwerkende kracht van deze maatregelen teniet doet.

De Orde wijst in dit kader op de brief van 25 juni 1997, waarin de toenmalige staatssecretaris kenbaar heeft gemaakt dat aan belastende fiscale maatregelen, behoudens in uitzonderlijke gevallen, geen terugwerkende kracht zal worden toegekend (zie Kamerstukken II 1996/97, 25212, nr. 2.). De huidige staatssecretaris heeft dit standpunt nog bevestigd in een brief aan de Tweede Kamer d.d. 2 juli 2003 (kenmerk AFP 2002-00862 U). De staatssecretaris merkt in deze brief het volgende op:

*Hierbij heeft mijn ambtsvoorganger eveneens benadrukt dat het beleid erop gericht is dergelijke uitzonderlijke gevallen te voorkomen. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een uitzonderlijk geval dienen de belangen die individuele belastingplichtigen hebben bij het voortbestaan van de rechtszekerheid te worden afgewogen tegen het belang van de samenleving als geheel. In dat kader zijn van belang de door de Raad van State geschetste bijzondere omstandigheden die (formele) terugwerkende kracht kunnen rechtvaardigen. De Raad van State noemt in dat verband aanmerkelijke aankondigingseffecten, een omvangrijk oneigenlijk gebruik of misbruik van een wettelijke voorziening.*

*Hier naast merkt de Raad van State op dat geen terugwerkende kracht kan worden gegeven aan maatregelen die voor de belastingplichtige vóór het tijdstip waarop het regime zal gaan gelden niet of niet voldoende kenbaar zijn.*

*De wetgever betracht terughoudendheid bij het gebruik van terugwerkende kracht. Een besluit daartoe geschiedt altijd gezamenlijk door de regering en de Staten Generaal. Mocht de wetgever terugwerkende kracht willen toepassen dan vindt bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een uitzonderlijk geval in de regel een zorgvuldige belangenafweging plaats aan de hand waarvan kan worden gezien of terugwerkende kracht is gerechtvaardigd.*

De Orde ziet niet in waarom onderscheid gemaakt zou moeten worden tussen formele en materiële terugwerkende kracht en meent dat zorgvuldige wetgeving gecombineerd met het rechtszekerheidsbeginsel, in casu binnen de parameters vallen die terugwerkende kracht niet rechtvaardigen en tot ruimhartige overgangsmaatregelen verplichten.

#### 9. *Vragen van de Orde*

Voor het overige heeft de Orde een groot aantal vragen over de gevolgen van het wetsvoorstel voor een aantal concrete situaties. De Orde verzoekt uw Commissie de staatssecretaris te vragen om op deze vragen in te gaan in de Nota naar aanleiding van het verslag. Daarnaast vestigt de Orde ook uw aandacht op de vragen en opmerkingen die de redactie van *VakstudieNieuws* opwerpt in haar becommentariëring van het wetsvoorstel, zie hiervoor *V-N* 2006/30.

Naar de mening van de Orde brengt de rechtszekerheid waarop de belastingplichtigen recht hebben met zich dat gedurende het wetgevingsproces zoveel mogelijk duidelijkheid ontstaat over de reikwijdte en concrete toepassing van de voorgestelde maatregelen. De Orde spreekt de hoop en verwachting uit dat een gedetailleerde en volledige beantwoording van de vragen welke bij de Orde leven hieraan kan bijdragen.

De Orde is desgewenst graag tot een nadere toelichting bereid.

## **Deel II**

### **1 MKB-winstvrijstelling**

#### **1.1 Koppeling aan het urencriterium**

Voor onze opmerkingen over de koppeling van de MKB-winstvrijstelling aan het urencriterium, verwijst de Orde naar het commentaar in deel I van deze brief.

#### **1.2 Achterwaartse verliesverrekening**

De Orde merkt op dat verliezen vanaf de inwerkingtreding van het wetsvoorstel onder de MKB-winstvrijstelling vallen. Deze komen dus tegen een lager bedrag in aanmerking voor verrekening. Dit is bepaald onevenwichtig bij een achterwaartse verrekening met winsten van vóór 2007. In de vennootschapsbelasting sfeer kan een verlies in 2007 immers nog worden vergolden tegen het hogere tarief 2006 bij verrekening met een winst van dat jaar. De Orde stelt een overgangsregeling voor waarbij vanaf 2007 geleden verliezen die in aanmerking komen voor een verrekening met winsten van vóór 2007, kunnen worden verrekend zonder toepassing van de MKB-winstvrijstelling.

### **2 Octrooibox**

#### **2.1 Algemeen**

Zoals opgemerkt in deel I is de Orde verheugd over het feit dat de regering alsnog heeft besloten een octrooibox in te voeren, en dat daarbij is gekozen voor een tarief van 10%.

Het wetsvoorstel voorziet in een aantal beperkingen, zowel ten aanzien van de activiteiten die voor de box kwalificeren (alleen voor verleende octrooien, er moet sprake zijn van voortbrengingskosten) als de inkomsten waarvoor het 10%-tarief zal gaan gelden (gemaximeerd tot vier maal de voortbrengingskosten). De Orde is van mening dat de huidige faciliteit te beperkt van opzet is om het beoogde doel – het behouden en aantrekken van kennis-intensieve bedrijven – te bereiken. De Orde verwijst naar deel I van deze brief voor een aantal concrete aanbevelingen. In dit deel van het commentaar doet de Orde een aantal nadere aanbevelingen die de toegankelijkheid en aantrekkelijkheid aanmerkelijk kunnen vergroten eveneens zonder de budgettaire afwegingen uit het oog te verliezen.

De Orde constateert dat de tekst van het voorgestelde artikel 12b Wet Vpb een aantal begrippen bevat dat nog nader (bij AMvB) moet worden uitgewerkt. Zoals in deel I al opgemerkt, spelen deze uit te werken begrippen een dusdanig belangrijke rol, dat een beoordeling door u van dit onderdeel van het wetsvoorstel pas met vrucht kan geschieden indien u kennis heeft kunnen nemen van de hoofdlijnen van de Uitvoeringsregeling die de staatssecretaris heeft aangekondigd. Hierna heeft de Orde een aantal vragen geformuleerd waarover de Uitvoeringsregeling uitsluitend zou moeten geven.

## 2.2 Voortbrengingskosten

In het voorgestelde artikel 12b, eerste lid Wet Vpb wordt gesproken over een immaterieel activum dat de belastingplichtige heeft voortgebracht. Allereerst verneemt de Orde graag wat precies verstaan dient te worden onder het begrip “immaterieel activum”, aangezien dit begrip van groot belang is voor de reikwijdte van artikel 12b (**vraag 2.1**). Kan tevens worden aangegeven of het gehanteerde begrip ‘voortbrengingskosten’ mag worden opgevat in de zin van de voor artikel 3.30 Wet IB 2001 (voorheen artikel 10 Wet IB 1964) jo. artikel 8 Wet Vpb gewezen rechtspraak (**vraag 2.2**)? In de praktijk zal ook bij voortbrenging binnen de eigen onderneming sprake zijn van aanschaffingskosten (proefmateriaal, grondstoffen voor trials, etc.). De Orde ziet graag bevestigd – ook in het kader van de administratieve lasten die een andere benadering meebrengt – dat dergelijke kosten eveneens als voortbrengingskosten mogen worden aangemerkt (**vraag 2.3**).

De ontwikkeling van een uitvinding kent verschillende fasen, waarbij in iedere volgende fase de kans op een (succesvol) octrooi toeneemt. Kan de staatssecretaris bevestigen dat de aan het octrooi toe te rekenen kosten die zijn gemaakt in de verschillende ontwikkelingsfasen (waaronder begrepen het zogenoemde fundamentele onderzoek) onderdeel gaan vormen van de op grond van artikel 12b Wet Vpb te activeren voortbrengingskosten (**vraag 2.4**)?

Op grond van IAS 38 kunnen zelfontwikkelde *intangibles* geactiveerd worden als de Research & Developmentfase grotendeels doorlopen is en aan de overige eisen gesteld in IAS 38 voldaan wordt. Wordt bij activering van een *intangible* in de jaarrekening van belastingplichtige steeds geacht te zijn voldaan aan de voortbrengingseis, zoals geformuleerd in lid 1 van artikel 12b (**vraag 2.5**)?

De Orde verzoekt aan te geven hoe moet worden omgegaan met de overdracht van R&D tijdens de ontwikkelingsfase. Begrijpen wij de regeling aldus dat de tot overdracht gemaakte kosten bij geen van beide betrokken partijen in de box kunnen worden betrokken (**vraag 2.6**)? Kan worden bevestigd dat dit niet geldt als de belastingplichtige de betreffende rechten fiscaal gefacilieerd heeft verworven (bedrijfsfusie, splitsing, geruisloze inbreng en overdracht binnen fiscale eenheid) (**vraag 2.7**)? Maakt het daarbij nog uit of er civielrechtelijk sprake is van een overgang onder algemene titel (**vraag 2.8**)?

Ook wijst de Orde er op dat het in praktijk niet ongebruikelijk is dat een constructie van zogenaamde "Contract R&D" wordt gehanteerd, waarbij een belastingplichtige de uitvoering van haar eigen research & development uitbesteedt aan een andere entiteit tegen een bepaalde vergoeding. De Orde vraagt bevestiging dat ook de hiermee voor eigen rekening en risico ontwikkelde immateriële activa kwalificeren voor toepassing van het voorgestelde artikel 12b (**vraag 2.9**).

Artikel X bepaalt dat artikel 12b Wet Vpb niet van toepassing is op immateriële activa voor zover geactiveerd vóór 1 januari 2007. De Orde verzoekt te bevestigen – zoals ook uit het in de Memorie van Toelichting gegeven voorbeeld lijkt te volgen - dat vóór die datum gemaakte kosten die op basis van de huidige regeling niet tot activering hebben geleid voor de octrooibox in aanmerking komen als ná die datum activering plaatsvindt (**vraag 2.10**). Een andere lezing zou tot gevolg hebben dat de octrooibox eerst na vele jaren effect sorteert.

De Orde heeft – met het oog op discussies die over de activeringsplicht voor 2006 kunnen ontstaan – een sterke voorkeur voor het aanknopen bij octrooien waarvan marktintroductie na 31 december 2006 plaatsvindt. Dit alternatief leidt tot een duidelijker afbakening en voorkomt nodeloze discussies.

De mogelijkheid bestaat dat een herinvesteringsreserve wordt afgeboekt op een geactiveerd octrooi. De gevormde herinvesteringsreserve kan zowel zien op vervreemdingswinsten van binnen de octrooibox gebrachte bedrijfsmiddelen als op andere bedrijfsmiddelen. Kan worden aangegeven op welke wijze de afboeking in beide varianten verloopt (**vraag 2.11**)?

### **2.3 Begrip octrooi**

In het voorgestelde artikel 12b, eerste lid Wet Vpb wordt gesproken over een immaterieel activum ter zake waarvan een octrooi is verleend. In het vierde lid wordt aangegeven dat de regeling van het eerste lid niet van toepassing is op door de belastingplichtige voortgebrachte merken, logo's en daarmee vergelijkbare vermogensbestanddelen. Hierbij merkt de Orde op dat merken, logo's en soortgelijke rechten niet in aanmerking komen voor een octrooi. Hierbij signaleert de Orde dat in lid 4 wordt gesproken van "vermogensbestanddelen". De Orde suggereert ten behoeve van een consistente wettekst om deze term te vervangen door de term "immateriële activa".

In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat het bij een octrooi om een Nederlands octrooi kan gaan, maar dat ook buitenlandse patenten kwalificeren. Overigens wordt niet ingegaan op het gehanteerde begrip 'octrooi' zelf.

De praktijk kent een brede schakering aan immateriële rechten die gemeenschappelijk hebben dat zij producten van menselijk vernuft beschermen en de concurrentiestrijd ordenen. In dit kader kunnen onder meer worden genoemd auteursrechten (met inbegrip van hiervan afgeleide rechten als TV-formats en auteursrechten op software en dergelijke), gebruiksmodellen, siermodellen en kweekproducten. Naar de Orde meent kan ook in deze gevallen sprake zijn van innovatieve activiteiten die binnen het stimuleringsbeleid van de regering passen. Vallen dergelijke vormen van immateriële eigendom ook onder de regeling (**vraag 2.12**)? Indien dit niet het geval is, welke afweging is hierbij gemaakt (**vraag 2.13**)?

Ingeval bijvoorbeeld een rationalisatie van interne (productie)processen uitmondt in de voortbrenging van een immaterieel activum waarop een octrooi wordt verkregen, kan een deel van de opbrengsten uit het immateriële vaste activum worden toegerekend aan verlaagde (productie)kosten. Conform de economische interpretatie vallen dergelijke kostenvoordelen eveneens in de octrooibox. Kan deze zienswijze bevestigd worden (**vraag 2.14**)?

Het bovenstaande overziend: kan een nadere definitie van het begrip 'octrooi' worden gegeven (**vraag 2.15**)?

Kan worden aangegeven welk recht beslissend is voor de vraag of sprake is van een octrooi (**vraag 2.16**)? Wordt bij buitenlandse rechten aangesloten bij de lokale definitie en reikwijdte van het patent (**vraag 2.17**)?

## 2.4 Oorzaaktoets

In artikel 12b, derde lid Wet Vpb wordt aangegeven dat de Octrooibox slechts van toepassing is voor immateriële activa waarvan de te verwachten voordelen voor minstens 30% hun oorzaak vinden in aan de belastingplichtige verleende octrooien. Het is voor potentiële investeerders van essentieel belang om te weten hoe dit criterium concreet wordt ingevuld. De Orde vindt het dan ook belangrijk dat al tijdens de parlementaire behandeling voldoende duidelijkheid over dit begrip bestaat. Bij afwezigheid daarvan is een verantwoord oordeel over de regeling nauwelijks mogelijk. De Orde verzoekt dan ook nu al de contouren te schetsen van de regeling zoals die in de Algemene Maatregel van Bestuur wordt opgenomen en zo mogelijk de tekst hiervan in concept aan de Kamer voor te leggen. Daarbij zal in ieder geval aandacht moeten worden besteed aan de vragen op welke wijze de 30%-grens moet worden getoetst (**vraag 2.18**) en wanneer een voordeel wordt geacht zijn ‘oorzaak’ te vinden in een octrooi (**vraag 2.19**).

Een verdere vraag is wat in het derde lid onder “immateriële activa” moet worden volstaan (**vraag 2.20**). De Orde veronderstelt dat hierbij gedacht wordt aan een immaterieel actief dat kwalificeert als afzonderlijk bedrijfsmiddel. Als dit inderdaad zo is, wil de Orde erop wijzen dat dit tot arbitraire resultaten kan leiden. Immers het zal sterk branche afhankelijk zijn hoe “groot” het bedrijfsmiddel is waarin het octrooi toepassing vindt. De Orde zou er om die reden voor willen pleiten de 30%-toets achterwege te laten, nu de beperking tot octrooien reeds voldoende waarborgen biedt tegen misbruik. Indien dat niet wenselijk is, geeft de Orde in overweging de toets toe te passen op onderdelen van bedrijfsmiddelen, waarvan ook de voordelen van dit onderdeel in de Octrooibox worden betrokken.

Wanneer een immaterieel actief wordt ingezet in het eigen productieproces van de belastingplichtige zal moeten worden vastgesteld welke voordelen aan het octrooi zijn toe te rekenen. Moet bij “voordelen” worden gedacht aan de winst die behaald gaat worden met het uiteindelijke produkt of moet hiervan geabstraheerd worden door bijvoorbeeld een fictieve royalty aan het octrooi toe te rekenen?

De vraag welk deel van de inkomsten is toe te rekenen aan een octrooi is in internationaal verband niet nieuw. Onder belastingverdragen kan in het kader van betaalde vergoedingen discussie ontstaan over de vraag in hoeverre in een dergelijke betaling een (aan bronbelasting onderworpen) royaltybetaling voor het gebruik van een octrooi is begrepen. De aanvaardbaarheid en toegankelijkheid van de regeling zouden worden vergroot als zo veel mogelijk bij deze internationale inzichten wordt aangesloten – ook voor zover sprake is van eigen gebruik van het octrooi.

In de praktijk staat een octrooi zelden los van andere octrooien/immateriële eigendom. Zo worden veel producten continu verbeterd, waarbij voor iedere nieuwe verbetering/nieuwe versie een octrooi wordt aangevraagd. Hoe dient in een dergelijk geval te worden bepaald welk deel van de opbrengsten aan een specifiek octrooi kan worden toegerekend (**vraag 2.21**)? Het succes van een bepaald product is niet alleen afhankelijk van de kwaliteit of inventiviteit van de vinding, maar ook van de gepleegde marketinginspanningen. Kan worden aangegeven hoe deze inspanningen bij de oorzaaktoets worden meegewogen (**vraag 2.22**)? Een nieuw product kan uiteindelijk ook leiden tot een nieuw merk. Hoe dient in dat geval de waardetoerekening tussen octrooi en merk plaats te vinden (**vraag 2.23**)?

In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat de oorzaaktoets moet worden beoordeeld naar de toestand aan het einde van het jaar waarin de regeling voor het eerst van toepassing is. In de meeste gevallen zal dat het jaar zijn waarin marktintroductie plaatsvindt. Is de conclusie juist dat het hier een eenmalige toets betreft en dat verdere ontwikkelingen hierop geen invloed meer uitoefenen (**vraag 2.24**)?

## **2.5 Alsnog activeren ontwikkelingskosten**

Wanneer ten aanzien van een specifiek octrooi wordt gekozen voor de octrooibox moeten de voortbrengingskosten op grond van het voorgestelde artikel 12b, tweede lid Wet Vpb alsnog geactiveerd worden en moet hier tegen het normale vennootschapsbelastingtarief over worden afgerekend. Binnen de octrooibox kan het octrooi vervolgens worden afgeschreven tegen een effectief tarief van 10%. De Orde vreest dat deze afrekening vooraf – op een moment dat nog onvoldoende duidelijk is of dit nadeel wordt gecompenseerd door voldoende inkomsten – potentiële investeerders zal afschrikken en zodoende het beoogde doel – verbetering van het vestigingsklimaat voor innovatieve bedrijven – niet wordt bereikt. Daarbij moet worden opgemerkt dat ook het negatieve effect op de commerciële balans (acute belastingverplichting tegen hoog tarief en *deferred tax asset* van 10%), verlies- en winstrekening en cashflow niet moet worden onderschat.

Dit probleem zou kunnen worden vermeden door de voortbrengingskosten alsnog tegen het 25,5%-tarief in aftrek toe te laten. De Orde is zich er echter van bewust dat dit tot een groter budgettair beslag leidt. De Orde heeft daarom een sterke voorkeur voor een ingroeivariant waarbij het 10%-tarief eerst voor die netto-inkomsten geldt die het bedrag van de geactiveerde voortbrengingskosten overtreffen. Dit timingvoordeel voor belastingplichtigen zal een veel beperkter budgettair beslag hebben. Door de positieve invloed die deze wijziging heeft op de investeringsbeslissingen – die zich weer vertaalt in meeropbrengst – zou er per saldo geen budgettaire derving resulteren.

## **2.6 Plafond**

De inkomsten die tegen het verlaagde tarief kunnen worden belast zijn gemaximeerd op – kort gezegd – vier maal de geactiveerde ontwikkelingskosten. De Orde heeft inmiddels van verschillende kanten begrepen dat geïnteresseerde bedrijven de regeling door deze maximering als karig ervaren. Wanneer sprake is van een echte ‘blockbuster’ zullen de ontwikkelingskosten vele tientallen malen overtroffen kunnen worden. De Orde heeft er oog voor dat aan enige vorm van maximering uit het oogpunt van beperking van budgettaire risico’s niet valt te ontkomen. Om die reden pleit de Orde voor beduidend hogere limiet dan vier keer de geactiveerde ontwikkelingskosten. Daarmee wordt de optische aantrekkelijkheid van de regeling aanzienlijk vergroot zonder dat sprake is van substantiële budgettaire derving – zeker als deze keuze tot een groter aantal buitenlandse investeerders leidt.

De Orde constateert dat – nadat het plafond is overschreden – de netto inkomsten tegen het reguliere tarief van 25,5% zullen worden belast. Kan worden aangegeven hoe in deze situatie met eventuele latere verliezen wordt omgegaan (**vraag 2.25**)?

## **2.7 Voorkoming van dubbele belasting**

In artikel 12b, lid 8 Wet Vpb wordt aangegeven dat nadere regels zullen worden gesteld met betrekking tot de voorkoming van dubbele belasting. Blijkens de toelichting is daarbij met name gedacht aan de verrekening van buitenlandse bronbelasting op royaltystromen. De Orde acht het gewenst dat potentiële investeerders op korte termijn zicht krijgen op de wijze waarop verrekening van deze bronbelasting zal plaatsvinden, aangezien dit het effectieve tarief en daarmee de aantrekkelijkheid van de octrooibox zal beïnvloeden.

## **3 Groepsrentebox**

### **3.1 Gezamenlijk verzoek / formele aspecten**

Artikel 12c, lid 1 geeft aan dat alle in Nederland verbonden belastingplichtige lichamen gezamenlijk moeten verzoeken om toepassing van de groepsrentebox. De Orde werpt de vraag op of bij discussies tussen de belastingplichtige en de fiscus die later resulteren in een belastingplicht van een buitenlandse entiteit in Nederland – bijvoorbeeld geconstateerde binnenlandse woonplaats danwel vaste inrichting in Nederland - de toepassing van de groepsrentebox in eerdere jaren alsnog teniet wordt gedaan (**vraag 3.1**). Dit zou kunnen leiden tot rechtsonzekerheid. De Orde verzoekt de staatssecretaris om toe te zeggen dat in dergelijke gevallen alsnog de mogelijkheid zal worden geboden om met terugwerkende kracht een verzoek om toepassing van de groepsrentebox te doen (**vraag 3.2**).

De Orde verzoekt de staatssecretaris meer duidelijkheid te verschaffen over de formele procedure voor de keuze voor de groepsrentebox (**vraag 3.3**). Volgens lid 2 vangt de groepsrentebox aan met ingang van het jaar waarvoor het verzoek is gedaan. Het lijkt erop dat het verzoek kan worden gedaan gedurende het boekjaar. Dit is echter niet duidelijk. Aangezien de in aanmerking te nemen rente ook valutaresultaten behelst, meent de Orde dat duidelijker moet worden aangegeven of het verzoek dient te worden gedaan vóór aanvang van het boekjaar, gedurende het boekjaar, dan wel ten tijde van het indienen van de aangifte vennootschapsbelasting of zelfs nog gedurende de aanslagregeling. De Orde pleit ervoor te regelen dat het verzoek uiterlijk bij aangifte kan worden gedaan. Als echter het verzoek voor aanvang van het boekjaar moet worden ingediend pleit de Orde ervoor dat er voor startende ondernemingen een regeling komt conform de regeling die geldt voor een verzoek om toepassing van een functionele valuta. Verder wil de Orde meer duidelijkheid in situaties waarin verbondenheid ontstaat of wordt beëindigd. Eindigt bijvoorbeeld de toepassing van de groepsrentebox binnen de driejaarsperiode indien één van de betrokken lichamen op enig tijdstip binnen die periode niet meer voldoet aan het verbondenheidscriterium (**vraag 3.4**)?

De keuze voor de groepsrentebox geldt in beginsel voor drie jaar. Vanuit het oogpunt van flexibiliteit pleit de Orde er overigens voor dat elk jaar voor de box kan worden geopteerd (**Aanbeveling 17**).

### **3.2 Limitering**

De regeling wordt grofweg beperkt tot de aanwending van het gemiddeld uitstaande fiscale eigen vermogen, voor zover dit geschiedt door het uitzetten van gelden aan verbonden lichamen. Hiervoor is het in het laatste kwartaal van het boekjaar geldende heffingsrentepercentage gekozen als bepalende factor.



Het heffingsrentepercentage is echter een 'kortetermijnrente'. De Orde pleit ervoor de limitering te koppelen aan een rente die meer de duurzaamheid van het eigen vermogen reflecteert. Gedacht kan worden aan een koppeling met een vijf- of tienjarige staatsobligatie (met een risico-opslag van een aantal basispunten).

De Orde vraagt zich ook af of voor een belastingplichtige die heeft geopteerd voor een functionele valuta die anders luidt dan de euro koppeling met een rente voor die valuta niet meer op zijn plaats zou zijn (**vraag 3.5**).

De Orde constateert een asymmetrie in de regeling van de artikel 12c. Voor een positief groepsrentesaldo geldt een limiet terwijl een negatief groepsrentesaldo geen limiet kent en altijd integraal naar het effectieve tarief van 5% in aanmerking wordt genomen. Is de staatssecretaris voornemens deze onevenwichtigheid op te heffen (**vraag 3.6**)?

De Orde pleit overigens voor een inhaal- of stallingsregeling waarmee incidentele overschrijdingen van de limiet kunnen worden afgezet tegen ruimte in een eerder of later jaar.

Verder wijst de Orde er op dat de limiet er (in binnenlandse situaties) toe kan leiden dat bij een groepsmaatschappij rente aftrekbaar is tegen het effectieve tarief van 5%, terwijl dit bij de ontvanger belast is tegen effectief 25,5%. De Orde vraagt zich af of deze mismatch voorzien en wenselijk is (**vraag 3.7**).

### **3.3 Overnamekas**

Onder groepsrente wordt door de werking van lid 6 sub b mede verstaan de opbrengsten van kortlopende beleggingen – voor zover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat deze worden aangehouden met het oog op de verwerving van deelnemingen.

Moet het begrip ‘opbrengsten’ algebraïsch worden opgevat, zodat een mogelijk verlies uit kortlopende beleggingen eventueel ook binnen de rentebox valt (**vraag 3.8**)?

Op welke wijze dient de belastingplichtige het bestaan en de omvang van de overnamekas aannemelijk te maken? De Orde vraagt de staatssecretaris om te bevestigen dat de bewijslast met betrekking tot de overnamekas overeenkomt met de bewijslast voor toepassing van het oude artikel 15b Wet Vpb (marginale toets van intenties van het lichaam en kwantitatieve norm van 10%; zie artikel 2a, lid 3 Uitvoeringsbeschikking Wet Vpb) (**vraag 3.9**). Kunnen hiervoor in de Algemene Maatregel van Bestuur ‘safe harbor’- regels worden verwacht (**vraag 3.10**)?

### **3.4 Valutaresultaten**

Op basis van goed koopmansgebruik zullen valutaverliezen veelal eerder worden genomen dan op het realisatiemoment, en binnen de groepsrentebox tegen effectief 5% ten laste van winst komen. Valutawinsten zullen op basis van goed koopmansgebruik worden genomen als ze daadwerkelijk gerealiseerd worden, bijvoorbeeld door aflossing van de groepslening. Gevreesd moet worden dat in dergelijke gevallen het maximum van lid 4 ervoor zal zorgen dat een groot deel van de positieve valutaresultaten alsnog effectief tegen 25,5% in de heffing zal worden betrokken. Er ontstaat dan dus een mismatch tussen de behandeling van valutaverliezen en valutawinsten.

De Orde beveelt daarom om het maximum van lid 4 niet toe te passen voorzover een positief groepsrentesaldo bestaat uit een positief valutaresultaat op groepsleningen.

### **3.5 Nadere regels**

Lid 7 van de voorgestelde regelgeving voorziet in nadere regels voor de toepassing, die krachtens algemene maatregelen van bestuur kunnen worden uitgevaardigd. De Orde benadrukt de wenselijkheid om deze regels met het oog op de rechtszekerheid zo spoedig mogelijk te publiceren.

### **3.6 Uitsluiting geldleningen aan verbonden lichamen die direct of indirect verband houden met de vervreemding van activa, artikel 12c lid 6 onderdeel c**

Hoewel de Orde inziet dat met art. 12c, lid 6 onderdeel c wordt getracht misbruik door middel van gecreëerde rentestromen te voorkomen, zullen zonder tegenbewijsregeling ook bonafide gevallen door deze uitsluiting worden getroffen. Wij vragen ons af of er naar de mening van de staatssecretaris ook sprake is van misbruik als de verkrijger van het activum ook in Nederland belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting, en de rentelast daarom ook bij deze verkrijger in de groepsrentebox valt (**vraag 3.11**). Dit kan zich onder meer voordoen bij de verkoop van een onroerende zaak aan een verbonden lichaam, bij financial-leasetransacties met een verbonden lichaam en bijvoorbeeld ook bij goederenleveranties tussen verbonden lichamen binnen het kader van de normale bedrijfsuitoefening. Ook de verkoop van een deelneming aan een verbonden lichaam tegen een vordering behoort naar de mening van de Orde niet onder de werking van art. 12c lid 6 onderdeel c te vallen. De Orde pleit daarom voor de invoering van een tegenbewijsregeling voor bonafide gevallen.

## **4 Deelnemingsvrijstelling**

### **4.1 Inleiding**

Dit deel van het commentaar bevat een nadere onderbouwing van de aanbevelingen die de Orde doet in deel I van deze brief. Daarnaast bevat het een groot aantal vragen waarvan de beantwoording door de staatssecretaris van groot belang is voor het bedrijfsleven om te kunnen beoordelen wat de exacte reikwijdte van het wetsvoorstel is. De Orde brengt daarbij in herinnering dat de deelnemingsvrijstelling één van de fundamenten is van het Nederlandse vestigingsklimaat voor internationaal werkzame ondernemingen.

### **4.2 Materiële onderworpenheidseis**

#### **4.2.1 De nieuw materiële onderworpenheidseis / naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst**

Het wetsvoorstel maakt een inbreuk op het nu geldende deelnemingsvrijstellingsregime.

Citaat uit de Memorie van Toelichting:

“Voor een belang van 5% of meer in een dochtermaatschappij die grotendeels belegt of passief financiert, geldt de deelnemingsvrijstelling niet zonder meer, maar alleen indien deze dochtermaatschappij voldoet aan een nieuwe, meer effectieve, onderworpenheidseis.

Deze eis houdt in dat de winsten van de dochtermaatschappij vanuit Nederlandse optiek voldoende moeten worden belast. Als niet aan deze materiële onderworpenheidseis is voldaan, is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing. In dat geval geldt een verrekeningsstelsel. Dit betekent dat over (uitgedeelde) winsten van dergelijke beleggingsdochters wordt bijgeheven tot het tarief van de Nederlandse vennootschapsbelasting. Een verrekeningsstelsel voor laag belaste beleggingsdochtermaatschappijen is soepeler dan toepassing van de huidige onderworpenheidseis en niet als beleggingseis, maar is even effectief waar het gaat om het tegengaan van verplaatsing van mobiel kapitaal naar laagbelastende jurisdicties om fiscale redenen. Nadeel van een verrekeningsstelsel is, dat de toepassing ervan in vergelijking met de huidige onderworpenheidseis en niet als beleggingseis gecompliceerd is. Een verrekeningsstelsel lijkt echter de voorkeur te verdienen boven het alternatief van CFC-wetgeving, zeker omdat wordt voorgesteld de reikwijdte ervan via de nieuwe onderworpenheidseis te beperken tot de ongewenste situatie dat mobiel kapitaal naar laagbelastende jurisdicties wordt verplaatst". Einde citaat

In het voorgestelde artikel 13, lid 10 wordt deze materiële onderworpenheidseis als volgt uitgewerkt: "Van een laagbelaste beleggingsdeelneming is sprake indien de bezittingen van het lichaam waarin de belastingplichtige een deelneming heeft, grotendeels, onmiddellijk of middellijk, bestaan uit beleggingen en dat lichaam niet is onderworpen aan een belasting naar de winst die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over *een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst.*" (cursivering van de Orde).

De Orde begrijpt wat de staatssecretaris met de introductie van deze materiële onderworpenheidseis beoogt, maar is van mening dat met de uitwerking ervan in de voorgestelde wettekst een criterium wordt geïntroduceerd dat niet EU-proof is, voorspelbaar onwerkbaar is en dat door het bedrijfsleven als een even slecht signaal zal worden gezien als de invoering van CFC-wetgeving. De reden hiervoor is dat de materiële onderworpenheidseis het noodzakelijk maakt dat voor alle buitenlandse deelnemingen die mogelijk een beleggingsdeelneming zijn jaarlijks wordt vastgesteld of de effectieve belastingdruk 10% is van de buitenlandse winst indien deze *naar Nederlandse maatstaven* zou worden berekend. Nog afgezien van de administratieve last die dit voor het bedrijfsleven meebrengt, kan dit tot gevolg hebben dat beleggingsdeelnemingen in landen met een volkomen normaal belastingregime en een belastingtarief dat zelfs hoger is dan 10% niet aan het nieuwe criterium voldoen. Een voorbeeld verduidelijkt dit.

*Voorbeeld 1 Onroerende zaak dochtermaatschappij*

Een Nederlandse NV houdt alle aandelen van een buitenlandse dochtermaatschappij. Deze dochter bezit verhuurd onroerend goed dat gekocht is voor 1000. De wijze van exploitatie valt binnen de grenzen van normaal vermogensbeheer. De aankoopprijs is voor 600 gefinancierd met een banklening, voor 250 met een lening van een groepsmaatschappij en voor 150 uit eigen vermogen. De winst en verliesrekening luidt als volgt:

Huuropbrengst	70
Afschrijving	(16)
Rentekosten bank	(24)
Rentekosten groep	<u>(15)</u>

15

Belastingtarief stel 15%, te betalen belasting 2,25 (15% van 15).

Naar Nederlandse fiscale maatstaven berekend zou de fiscale winst echter uitkomen op 46, omdat er ten eerste geen afschrijving op het onroerend goed zou worden toegestaan, en ten tweede de rente op de groepslening vanwege de Nederlandse thin-capitalisation wetgeving evenmin aftrekbaar zou zijn. De praktische vraag doet zich hier dan ook voor hoe de WOZ-waarde van buitenlands vastgoed dient te worden bepaald voor toepassing van de onderworpenheidseis. En ook is er de vraag in hoeverre voor de berekening van de buitenlandse belastingdruk rekening mag worden gehouden met de – als gevolg van de afschrijvingen – in de toekomst hogere fiscale boekwinst bij verkoop.

Daarnaast zou de intercompanyrente volledig niet aftrekbaar zijn op grond van de Nederlandse thin capitalisationregels (de totale schuld mag immers niet hoger zijn dan  $3 \times 150 = 450$ ). Naar Nederlandse fiscale maatstaven berekend zou de buitenlandse belastingheffing derhalve uit moeten komen op ten minste 4,6 (10% van 46). Nu dit hier niet het geval is, zou de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zijn op deze beleggingsdochter. Dit terwijl het buitenlandse fiscale regime gelijk is aan het regime dat ook in Nederland tientallen jaren heeft gegolden.

Voor buitenlandse dochters met beleggingsvastgoed is naar de mening van de Orde ook het volgende van belang:

- Vastgoed leent zich er naar zijn aard niet voor om onder te brengen in een vennootschap gevestigd in een laagbelast land. Inkomen uit vastgoed zal doorgaans steeds onderworpen zijn aan belastingheffing in het bronland, ongeacht de plaats van vestiging van de eigenaar. Zo zal zich het gevaar dat inkomen uit Nederlands vastgoed aan de Nederlandse heffing wordt onttrokken door het structureren van het vastgoed in een laag belaste dochter niet voordoen. De buitenlandse dochter zal immers als buitenlands belastingplichtige aan Nederlandse vennootschapsbelasting zijn onderworpen.
- Als een Nederlands Vpb-plichtig lichaam rechtstreeks in buitenlands vastgoed belegt, zal deze belastingplichtige in de regel als gevolg van de werking van een belastingverdrag van Nederlandse vennootschapsbelasting zijn vrijgesteld. Op basis van de voorgestelde wettekst zou onderscheid ontstaan tussen rechtstreekse investeringen van Nederlandse vennootschappen en investeringen via buitenlandse deelnemingen.
- Voor Nederlandse professionele vastgoedbeleggers dient in de buitenlandse vastgoedmarkten een 'level playing field' te bestaan ten opzichte van lokale marktpartijen. Dit level playing field zou niet aanwezig zijn als een Nederlandse investeerder naast de lokale belastingheffing ook rekening zou moeten houden met Nederlandse belastingheffing over het buitenlandse resultaat uit vastgoed.

De voorgestelde onderworpenheidseis heeft overigens nog een ongewenst effect. Een volgend voorbeeld maakt dit duidelijk.

#### *Voorbeeld 2 Passieve financierings-vaste inrichting versus dochter*

Stel dat er sprake is van een in Nederland gevestigde vennootschap met een in een EU-lidstaat gevestigde vaste inrichting die zich bezig houdt met passieve groepsfinanciering en dat het tarief in het buitenland (ook) 5% bedraagt. Indien deze werkzaamheden in Nederland plaats zouden vinden zou de groepsrentebox van toepassing zijn en worden de rente-inkomsten belast tegen het voorgestelde tarief van 5%.

Wordt ter voorkoming van dubbele belasting de vrijstellingsmethode dan wel de verrekeningsmethode toegepast (bijvoorbeeld ingeval het toepasselijke belastingverdrag verwijst naar het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting) dan zal er in Nederland geen belasting worden bijgeheven. Bij toepassing van de vrijstellingsmethode is dit duidelijk: de buitenlandse winst wordt immers in Nederland vrijgesteld. Bij de verrekeningsmethode vindt ook geen bijheffing plaats in Nederland omdat de Nederlandse vennootschapsbelasting over de vaste inrichtingwinst ook 5% is.

Dit leidt tot de volgende conclusie. Winst uit een buitenlandse laag belaste vaste inrichting wordt gunstiger belast in vergelijking tot de winst van dezelfde onderneming die wordt uitgeoefend door middel van een buitenlandse dochtermaatschappij. Bij een buitenlandse dochtermaatschappij zal immers in Nederland worden bijgeheven tot 25,5% als de belastingdruk in het buitenland minder bedraagt dan 10%. Indien deze conclusie juist is dan moet worden geconstateerd dat zich bij het met succes claimen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid – waarbij onder de huidige wetgeving alleen sprake is van een liquiditeitsvoordeel – ook een mogelijk tariefsvoordeel kan voordoen: het voorkomen van de bijheffing in Nederland. In het licht van de uitspraken van het Hof van Justitie in de zaken Asscher (C-107/94), Royal Bank of Scotland (C-311/99) en CLT-UFA SA (C-253/03) zou Nederland met de introductie van de nieuwe onderworpenheidseis derhalve een groter risico lopen dat het niet toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in strijd zal worden bevonden met het EU-recht. Overigens treedt dit risico ook op bij *voorbeeld 1* door het effect dat ontstaat in vergelijking met de rechtstreekse belegging in buitenlands onroerend goed als aangeduid bij het tweede *bullet point*.

#### *Voorbeeld 3 Deelneming in groepsrentebox-dochter*

De Orde vraagt in dit verband verder de aandacht voor de volgende situatie. Een in Nederland gevestigde NV houdt alle aandelen van een eveneens in Nederland gevestigde BV. De BV heeft uit eigen vermogen een aantal leningen verstrekt; de BV drijft geen materiële onderneming en kan evenmin worden aangemerkt als een actieve financieringsmaatschappij. Alle tot het concern behorende vennootschappen die onderworpen zijn aan de heffing van de Nederlandse vennootschapsbelasting hebben gezamenlijk geopteerd voor de rentebox.

De BV is niet opgenomen in een fiscale eenheid met de NV. Door te opteren voor de rentebox is de effectieve belastingdruk op de rente-inkomsten die BV ontvangt ongeveer 5%. De vraag rijst of de NV aanspraak kan maken op toepassing van de deelnemingsvrijstelling (**vraag 4.1**). Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, rijst vervolgens de vraag of er dan geen sprake is van strijd met primair Europees recht (**vraag 4.2**). Deze zorg zou worden weggenomen als de materiële onderworpenheidseis voor deelnemingen zou worden vervangen op de wijze die de Orde in deel I van deze brief heeft aanbevolen.

Maar ook ingeval in deze situatie de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zou zijn kan er een probleem ontstaan. Bij een dividenduitkering aan de aandeelhouder (vpb-belastingplichtige) wordt de moedermaatschappij belast, maar deze kan de onderliggende belasting verrekenen. Indien een in het buitenland gevestigde vennootschap eveneens zou worden onderworpen aan een tarief van 5% zal bij een dividenduitkering aan een Nederlandse moedermaatschappij deze laatste ook worden belast, en kan onder dezelfde voorwaarden de onderliggende winstbelasting op de dividenduitkering worden verrekend. In zoverre is er geen onderscheid naar de vestigingsplaats van de laagbelaste beleggingsdeelneming.

Echter, een Nederlands concern kan ervoor kiezen om de financieringsactiviteiten over te hevelen naar de moedermaatschappij in plaats van via een in Nederland gevestigde laagbelaste beleggingsdeelneming te werken dan wel een fiscale eenheid aangaan met de laagbelaste Nederlandse maatschappij. Hierdoor blijft het resultaat binnen de rentebox belast tegen een tarief van 5%. Een concern met een in het buitenland gevestigde (onvoldoende actieve) financieringsdochtermaatschappij heeft deze mogelijkheid niet. Betwijfeld kan worden of dit in overeenstemming is met het EG-recht. Ook deze zorg kan worden weggenomen door de materiële onderworpenheidseis te vervangen door een van de mogelijkheden die de Orde heeft voorgesteld.

### **Aanbevelingen van de Orde**

De aanbevelingen van de Orde op basis van de bovenstaande analyse zijn opgenomen in deel I van deze brief, waarnaar wij kortheidshalve verwijzen.

#### **4.2.2 Materiële onderworpenheidseis/verliescompensatie**

In de Memorie van Toelichting wordt het volgende opgemerkt: “Voor een juist beeld wordt opgemerkt dat een dochtermaatschappij die belegt en normaal gesproken is onderworpen aan een belasting die resulteert in een heffing tegen een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde winst, doch in enig jaar een verlies lijdt waardoor over dat jaar geen belasting wordt betaald, ook met betrekking tot dat jaar niet als een ‘laagbelaste’ beleggingsdochter wordt aangemerkt”. De Orde vraagt om bevestiging door de staatssecretaris dat ook aan de onderworpenheidseis wordt voldaan indien de beleggingsdochter gedurende enige jaren geen belasting betaalt omdat zij gebruik maakt van de in het desbetreffende land geldende verliescompensatieregels (**vraag 4.3**).

#### **4.2.3 Materiële onderworpenheidseis / toepassing bij deelneming die onderdeel van een fiscale groep is**

De Orde vraagt aandacht voor de volgende situatie. Een in Nederland gevestigde BV houdt alle aandelen in een Australische Ltd, die een vordering heeft op een Nieuw-Zeelandse groepsmaatschappij. De Australische Ltd verricht momenteel geen activiteiten en bezit geen deelnemingen. De Ltd moet, nu haar vermogen uitsluitend bestaat uit een intercompany vordering, worden gezien als een beleggingsdeelneming in de zin van het voorgestelde artikel 13 lid 10. De rente die de Australische Ltd ontvangt is in Australië tegen 30% belast. De Australische Ltd maakt echter deel uit van het Australische equivalent van de Nederlandse fiscale eenheid. Op grond van Australisch recht is hiertoe geen directe aandeelhouderschap tussen de Ltd en de andere Australische groepsmaatschappijen vereist. Door deze “group relief” wordt de winst van Ltd gecompenseerd met de verliezen van de andere Australische groepsmaatschappijen, waardoor de Ltd effectief geen belasting verschuldigd is over de rente-inkomsten.

De Orde vraagt de staatssecretaris te bevestigen dat een deelneming als de bovengenoemde Ltd geacht zal worden te voldoen aan de materiële onderworpenheidseis indien er ten laste van de deelneming geen belasting wordt geheven als gevolg van verliescompensatie, of een soortgelijke aanspraak, door de toepassing van een “group relief regime” in het land waar de deelneming is gevestigd (**vraag 4.4**).

#### **4.2.4 Materiële onderworpenheidstoets / effectieve belastingdruk bij onverrekenende bronheffing**

De Orde wijst ook op de volgende situatie. Een in Nederland gevestigde BV houdt alle aandelen van een in buitenlandse vennootschap X. X heeft uit eigen vermogen leningen verstrekt aan groepsmaatschappijen; X kwalificeert als beleggingsdeelneming. X is onderworpen aan 7,0% federale belastingheffing naar de winst en (effectief) aan 2,4% lokale belastingheffing naar de winst. X verkrijgt 100 rente uit Mexico, waarover 15% bronbelasting is ingehouden ten laste X, 100 rente uit Rusland waarover 5% bronbelasting is ingehouden ten laste van X en 100 rente uit Zweden waarover geen bronbelasting is ingehouden. X kan de ten laste van haar ingehouden bronbelasting slechts gedeeltelijk verrekenen met de federale en lokale winstbelastingen in haar land. Na verrekening bedraagt de totale effectieve belastingdruk op de rente-inkomsten meer dan 10%.

De Orde vraagt om bevestiging door de staatssecretaris dat het in enig jaar niet verrekenbare deel van buitenlandse bronheffingen die drukken op het inkomen dat door de deelneming is genoten, meetelt bij het berekenen van de effectieve belastingdruk van de deelneming – zodat in het onderhavige geval aan de materiële onderworpenheidseis wordt voldaan (**vraag 4.5**).

#### **4.2.5 Materiële onderworpenheidstoets / Verdragstoepassing (art. 13 lid 10)**

In het kader van de onderworpenheidseis van artikel 13 lid 10 wordt verwezen naar een "naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst". Indien de winst van de buitenlandse deelneming wordt beïnvloed door een belastingverdrag dat het vestigingsland van de deelneming is overeengekomen met het land van waaruit de winst van de deelneming geheel dan wel gedeeltelijk afkomstig is (het bronland), is het goed denkbaar dat dit verdrag afwijkt van het verdrag dat Nederland met het betreffende land heeft gesloten. Elk verdrag is het resultaat van onderhandelingen en als zodanig inhoudelijk verschillend van enig ander verdrag. De Orde vraagt om bevestiging door de staatssecretaris dat bij toepassing van de onderworpenheidseis de verschillen tussen het desbetreffende buitenlandse belastingverdrag en het Nederlandse belastingverdrag met het bronland niet bij de beoordeling hoeven te worden betrokken (**vraag 4.6**).

### **4.3 De bezittingentoets**

#### **4.3.1 De bezittingentoets / marktwaarde benadering**

Op basis van het wetsvoorstel zal er sprake zijn van een beleggingsdeelneming "indien de bezittingen van het lichaam waarin de belastingplichtige een deelneming heeft, grotendeels, onmiddellijk of middellijk bestaan uit beleggingen" (artikel 13 lid 10). Het betreft hier derhalve een geconsolideerde bezittingentoets. Onder de huidige wet (artikel 13 lid 2) speelt een vergelijkbare toets, zij het dat daarvoor in beginsel de enkelvoudige balans van de direct door Nederland gehouden dochtermaatschappij van belang is. In de uitvoeringssfeer wordt daarbij uitgegaan van een "herleide balans", waarin alle vermogensbestanddelen worden opgenomen tegen hun werkelijke waarde. Dit inclusief vermogensbestanddelen die niet op de commerciële balans zijn opgenomen, zoals goodwill en overige immateriële activa. Een voorbeeld moge dit verduidelijken.

De commerciële balans van een rechtstreeks door Nederland gehouden werkmaatschappij ziet er als volgt uit.

Bedrijfsmiddelen	40	Eigen vermogen	100
Intercompany leningen	60		

De werkmaatschappij is zeer winstgevend; de waarde van haar goodwill en overige immateriële activa (merknamen en patenten in eigen gebruik) kunnen worden geschat op 200. Op de "herleide balans" voor de toepassing van artikel 13 lid 2 verschijnt derhalve een post goodwill c.q. immateriële activa groot 200. Dientengevolge maken de intercompanyleningen slechts 20% uit van de actiefzijde van de balans en is er geen sprake van werkzaamheden die voor meer dan 50% bestaan uit het direct of indirect financieren van verbonden lichamen.

De Orde vraagt om bevestiging door de staatssecretaris dat de bezittingentoets ook onder de nieuwe wet op deze wijze moet worden toegepast (**vraag 4.7**).

#### **4.3.2 Bezittingentoets / consolidatie**

De vraag rijst hoe de bezittingentoets moet worden toegepast als de werkmaatschappij uit het bovengenoemde voorbeeld wordt gehouden door een buitenlandse tussenhoudstermaatschappij. Onder de huidige wet en het daarop gebaseerde uitvoeringsbeleid zou de deelneming in de werkmaatschappij op de "herleide balans" van de tussenhoudster worden gewaardeerd op 300.

De Orde neemt aan dat de keuze voor een geconsolideerde bezittingentoets meebrengt dat nu – in plaats van de post deelneming ad 300 – op de geconsolideerde balans van de tussenhoudster de volgende bezittingen verschijnen:

Bedrijfsmiddelen	40
Intercompany leningen	60
Goodwill en overige immateriële activa	200

De Orde vraagt om bevestiging door de staatssecretaris dat dit de juiste uitleg is van de nieuwe bezittingentoets (**vraag 4.8**).

#### **4.3.3 Bezittingentoets / consolidatie vorderingen en schulden**

Een in Nederland gevestigde vennootschap houdt alle aandelen van een buitenlandse tussenholding die twee deelnemingen bezit, respectievelijk A en B. A heeft een lening verstrekt aan B, die dit geld nog niet heeft aangewend voor bedrijfsdoeleinden. Hier dreigt een dubbeltelling.

De Orde vraagt de staatssecretaris te bevestigen dat voor de toepassing van de bezittingentoets vorderingen en schulden van vennootschappen die voor de toepassing van deze toets worden geconsolideerd tegen elkaar kunnen worden weggestreept (**vraag 4.9**).



#### **4.3.4 Bezittingentoets / Deelnemingen van financiële instellingen**

De artikelsgewijze toelichting vermeldt het volgende over de bezittingeneis.

Citaat:

“De bezittingeneis houdt in dat moet worden gezien of de bezittingen van de dochtermaatschappij (onmiddellijk of middellijk) grotendeels (dus voor meer dan 50%) bestaan uit beleggingen. Onder andere rentedragende banktegoeden, uitstaande leningen, obligaties, onroerende zaken en aandelen kunnen beleggingen zijn.

Of daadwerkelijk sprake is van een belegging hangt af van de plaats die het vermogensbestanddeel inneemt in het vermogen van de dochtermaatschappij. Het betreft het trekken van een grens in het grijze gebied tussen ondernemen en beleggen.

Evenals op andere plekken in de belastingwetgeving zullen belastingplichtige en inspecteur (en zonodig de rechter) aan de hand van de feitelijke situatie moeten beoordelen of het desbetreffende vermogensbestanddeel moet worden aangemerkt als een belegging. Zo is het fabriekspand van een fietsenfabriek voor deze onderneming geen belegging, evenals een onder hypothecaire zekerheid verstrekte geldlening aan een particulier dat voor een financiële instelling is. In beide gevallen heeft het activum namelijk een rol in de normale ondernemingsuitoefening van de desbetreffende onderneming. Ingeval overtollige liquiditeiten bijvoorbeeld op een rentedragende bankrekening zijn gezet, is wel sprake van een belegging. In een dergelijk geval worden de liquiditeiten namelijk niet (direct) aangewend in de onderneming, maar renderen als belegging.”

Einde citaat

De aard van de activiteiten van bepaalde financiële instellingen brengt mee dat de kern ervan zich richt op het beheersen van de passivazijde van de balans. Voor het voldoen aan de verplichtingen die op de passivazijde van de balans opgenomen zijn, houdt de financiële instelling aan de activazijde van de balans beleggingen aan. Met name kan worden gedacht aan verzekeringsmaatschappijen, waarbij nagenoeg alle bezittingen (eigen ontwikkelde goodwill uitgezonderd) van het lichaam zullen bestaan uit beleggingen. Aangezien in de voorgestelde regeling voor de deelnemingsvrijstelling niet meer wordt aangesloten bij de activiteiten van het lichaam maar bij de bezittingen, lijken verzekeringsmaatschappijen in vrijwel alle gevallen als een beleggingsdeelneming te moeten worden aangemerkt.

Bij een deelneming in een buitenlandse verzekeringsmaatschappij zou dat er op neerkomen dat in alle gevallen moet worden gekeken of het lichaam is onderworpen aan een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Omdat de mogelijkheden tot het vormen van fiscale voorzieningen en daarmee de grondslagbepaling van verzekeringsmaatschappijen per land kunnen verschillen, voorziet de Orde hier een nadelig - en naar onze stellige mening onbedoeld - effect voor verzekeringsmaatschappijen.

De Orde zou graag bevestigd zien dat beleggingen voor (verzekerings)activiteiten die dienen ter dekking van verplichtingen die samenhangen met de kernactiviteiten van het bedrijf een dusdanige plaats in het vermogen innemen dat ze niet worden aangemerkt als “beleggingen” in de zin van artikel 13, lid 10 (**vraag 4.10**).

#### **4.3.5 Bezittingentoets / participatiemaatschappijen en buitenlandse bankdochters**

Ook wanneer de activiteiten van een financiële instelling zich niet primair richten op het beheersen van de passivazijde van de balans, doch zich richten op het beheersen van de activazijde van de balans, kunnen naar het oordeel van de Orde onwenselijke gevolgen ontstaan. Dit doet zich voor wanneer de activiteiten bestaan uit actieve werkzaamheden met betrekking tot belangen in andere lichamen. In dat geval wordt, door de geconsolideerde benadering, gekeken naar de bezittingen van die andere lichamen en naar de functie die deze bezittingen bij die lichamen hebben. De actieve werkzaamheden van de financiële instelling met betrekking tot de aandelen in die andere lichamen worden genegeerd.

De Orde geeft hiervan een voorbeeld. Een Nederlandse BV heeft alle aandelen in een buitenlandse participatiemaatschappij. Ook dan leidt de geconsolideerde benadering tot het negeren van de activiteiten van de participatiemaatschappij en wordt uitsluitend gekeken naar de bezittingen van de participaties. Dit is niet alleen onwenselijk, maar kan, mede afhankelijk van de aard en omvang van de portefeuille van de participatiemaatschappij, ook leiden tot administratieve onuitvoerbaarheid.

De Orde vraagt de staatssecretaris te bevestigen dat als de bezittingen van een (buitenlandse) deelneming bestaan uit belangen in andere lichamen die in het vermogen van de (buitenlandse) deelneming niet louter de functie van belegging hebben, de bezittingen van die lichamen niet zullen worden aangemerkt als beleggingen voor de toepassing van de bezittingentoets (**vraag 4.11**).

#### **4.3.6 Bezittingentoets / captive insurance companies**

De Orde vraagt ook de aandacht voor de positie van captive insurance companies: vennootschappen die binnen het concern centraal bepaalde risico's van groepsmaatschappijen verzekeren. Ook een *captive* dient doorgaans te kunnen beschikken over een bedrag aan kortlopende activa dat voldoende is om aan haar verzekeringverplichtingen te kunnen voldoen. Bovendien moet een captive normaliter een *equity*-buffer aanhouden om te voldoen aan de liquiditeits- en solvabiliteitseisen van de lokale verzekeringsautoriteiten. In dergelijke gevallen kan ook onder de huidige wet van de fiscus de bevestiging worden verkregen dat de kortlopende activa die door de *captive* worden aangehouden niet worden aangemerkt als een belegging, mits aan een aantal specifieke voorwaarden wordt voldaan. De Orde verzoekt de staatssecretaris te bevestigen dat voor het nu voorgestelde artikel 13 lid 10 eenzelfde uitleg – die oog heeft voor de functie van het desbetreffende vermogensbestanddeel – geldt (**vraag 4.12**).

#### **4.3.7 Bezittingentoets art. 13 lid 5 / meetrekregeling**

Op grond van artikel 13 lid 5 (meetrekregeling) wordt in een aantal situaties de deelnemingsvrijstelling toegekend op voorwaarde dat een met de belastingplichtige verbonden lichaam in de andere vennootschap een "deelneming heeft als bedoeld in het tweede of derde lid". De Orde vraagt zich af of dit de eis impliceert dat het betreffende verbonden lichaam een belastingplichtige is die een voor de deelnemingsvrijstelling kwalificerend aandelenpakket bezit, of dat alleen wordt verwezen naar de kwantitatieve eisen van art. 13 lid 2 en lid 3.

In andere woorden: kan een in Nederland gevestigde BV, die 1% van het nominaal gestorte kapitaal bezit in een buitenlandse vennootschap (geen verbonden lichaam), een beroep doen op het vijfde lid, onderdeel a, indien haar buitenlandse moedermaatschappij (niet buitenlands belastingplichtig voor de Nederlandse vennootschapsbelasting) 5% van het nominaal gestorte kapitaal van die buitenlandse vennootschap bezit? De Orde vraagt de staatssecretaris te bevestigen dat Nederlandse belastingplicht van het verbonden lichaam geen eis vormt voor toepassing van de "meetregel" (**vraag 4.13**).

#### **4.3.8 Bezittingentoets art. 13 lid 5 / meetregel natuurlijk persoon**

De Orde vraagt zich af waarom de in art. 13 lid 5 voorgestelde meetregel zich niet uitstrekt tot de situatie waarin een met de belastingplichtige verbonden natuurlijk persoon een aanmerkelijk belang heeft in de desbetreffende vennootschap. Ter illustratie: een natuurlijk persoon houdt alle aandelen in BV X en 97% van de aandelen BV Y. BV X houdt een 3%-aandelenpakket in BV Y. Waarom kwalificeert dit 3%-pakket niet als een deelneming (**vraag 4.14**)?

#### **4.3.9 Bezittingentoets art. 13 lid 5 en art. 13 lid 12**

Voorgesteld wordt om bij de beoordeling of een deelneming actief of passief is, een door de deelneming gehouden belang van minder dan 5% altijd als een belegging aan te merken. De achtergrond van deze wetsfictie is dat bij een rechtstreeks gehouden belang evenmin van een deelneming sprake zou zijn. Hoewel de Orde begrip heeft voor deze fictie zou de Orde willen bepleiten dat de meetregel van art. 13 lid 5 ook op het niveau van de deelneming zelf zou kunnen worden toegepast – als gevolg waarvan vanuit het concern wordt beoordeeld of het door de deelneming gehouden kleine belang als een belegging moet worden beschouwd. De Orde stelt dan ook voor om aan artikel 13 lid 12 toe te voegen dat, in afwijking van het bepaalde in de voorgaande volzin, de ten eerste en ten tweede genoemde belangen, alsmede het ten derde genoemde CV-aandeel niet als belegging worden aangemerkt indien daarvoor de deelnemingsvrijstelling zou gelden in het geval de belastingplichtige deze rechtstreeks zou hebben gehouden (**Aanbeveling 18**).

#### **4.4 Deelnemingsvrijstelling / oneigenlijke deelneming**

In het wetsvoorstel wordt voorgesteld om de zogeheten oneigenlijke deelneming te schrappen en te kiezen voor een grens van 5% om te beoordelen of sprake is van een deelneming. Deze formele toets zal ertoe leiden dat in veel situaties waarin er een groot aantal participanten een belang hebben in een vennootschap en er onmiskenbaar sprake is van het gezamenlijk drijven van een onderneming, de deelnemingsvrijstelling in strijd met de achtergrond van de bepaling geen toepassing meer zal vinden. De Orde wijst er op dat dit voor veel samenwerkingsverbanden vergaande gevolgen heeft. De Orde pleit dat er dan ook voor om het laten vervallen van de oneigenlijke deelneming te heroverwegen (**Aanbeveling 19**). Voorts zal de voorgestelde wijziging tot gevolg hebben dat bedrijfsopvolgingsstructuren waarbij de ouder een (groot) belang in preferente aandelen houdt, terwijl de beoogde bedrijfsopvolger (zoon/dochter of eventueel een niet-familielid) alle gewone aandelen (zijnde een belang van minder dan 5%) niet langer op een bedrijfseconomische verantwoorde wijze kan worden vormgegeven. Om dit probleem te ondervangen stelt de Orde voor om de beoogde bedrijfsopvolger de mogelijkheid te bieden een beroep te doen op de "meetregel" van artikel 13 lid 5 (**Aanbeveling 20**).

#### **4.5 Deelnemingsvrijstelling / 5% criterium bij open CV**

Met betrekking tot het voorgestelde 13 lid 2 letter d (5% criterium bij een open CV) signaleert de Orde dat wordt aangesloten bij het percentage van het door de CV behaalde *voordeel*, terwijl bij vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal (artikel 13 lid 2 letter a) wordt aangesloten bij het *nominaal gestorte kapitaal*. Om de bepaling van 13 lid 2 letter d hiermee meer in overeenstemming te brengen, suggereert de Orde om aan te sluiten bij de kapitaalrekening van de open CV. Ingeval deze aanbeveling niet wordt overgenomen, vraagt de Orde de staatssecretaris te bevestigen dat met "door die vennootschap behaald voordeel" wordt bedoeld de winst ná aftrek van het deel dat toekomt aan de beherend vennoten (zie artikel 9 lid 1 letter e Wet Vpb) (**vraag 4.15**). De Orde signaleert dat in de praktijk sprake kan zijn van een verschillende winstverdeling tussen enerzijds de commanditaire vennoten en anderzijds de beherend vennoten, bijvoorbeeld in de situatie waarin de beherend vennoot een relatief hoger aandeel krijgt in de winst als bepaalde doelstellingen worden gehaald. De Orde stelt voor de wettekst zo te verduidelijken dat het gaat om 5% van de winst van de open commanditaire vennootschap voor zover die toekomt aan de commanditaire vennoten (**Aanbeveling 21**).

#### **4.6 Artikel 13 lid 5 / deelnemerschapsleningen**

In het artikelsgewijze deel van de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat een vordering die de belastingplichtige heeft op een verbonden lichaam en welke vordering heeft te gelden als een verstrekking van eigen vermogen, deel uitmaakt van de deelneming. Vervolgens wordt dit begrip echter beperkt tot hybride leningen, ook wel aangeduid als "deelnemersleningen", "deelnemerschapsleningen" en "deelhebberschapsleningen". De Orde vraagt zich af of hetzelfde niet ook heeft te gelden voor de "bodemloze putlening" en de "schijnlening" (**vraag 4.16**). Immers, ook in deze gevallen is er volgens constante jurisprudentie van de Hoge Raad sprake van een lening die feitelijk functioneert als eigen vermogen van de belastingplichtige.

#### **4.7 Compartimentering**

Blijkens de Memorie van Toelichting is het de bedoeling dat alle sfeerovergangen met betrekking tot deelnemingen worden beheerst door de compartimenteringsleer. Dit zou niet alleen gelden voor vervreemdingswinsten en liquidatieverliezen, maar ook voor winstuitkeringen door de (voormalige) deelneming.

De Orde merkt op dat de laatste twee voorbeelden van de Memorie van Toelichting, algemene inleiding, par 4.4, blz 17, inzake compartimentering afwijken van de jurisprudentie. Op grond van het laatste voorbeeld ("Voorbeeld 4") moet, in geval van sfeerovergang van een niet vrijgestelde naar een wel vrijgestelde situatie over een waardestijging in de niet-vrijgestelde periode bij vervreemding in de latere wel vrijgestelde periode worden afgerekend, ook al is de waardestijging ten tijde van de vervreemding niet meer aanwezig. De Hoge Raad gaf in BNB 1997/101 de belastingplichtige de keus om bij sfeerovergang de deelneming te waarderen op de waarde in het economisch verkeer en achtte dit in overeenstemming met goedkoopmansgebruik. Blijkens het voorbeeld is daarentegen herwaardering bij sfeerovergang verplicht, waarbij deze herwaardering niet in de boekwaarde van de deelneming tot uitdrukking komt maar extracomptabel moet worden vastgelegd.

De herwaardering bij sfeerovergang van niet naar wel vrijgestelde situatie leidt dan – zo begrijpt de Orde het voorbeeld - niet acuut tot belastingheffing ten tijde van sfeerovergang. Maar het voorbeeld impliceert dat de herwaarderingswinst moet worden geconserveerd om pas bij vervreemding van de deelneming te worden belast. De Orde meent hier een dubbele afwijking ten opzichte van de jurisprudentie waar te nemen: (i) verplichte herwaardering ten opzichte van keuze, alsmede (ii) loskoppeling van goedkoopmansgebruik en in plaats daarvan een extracomptabele herwaardering met het karakter van geconserveerde winst die pas bij latere "realisatie" wordt belast – ook al is die winst als gevolg van latere waardedaling weer verdampt. De Orde heeft ernstige bedenkingen bij dit "systeem" en vraagt zich af of invoering daarvan mogelijk is zonder enige wettelijke basis. De Orde vraagt de staatssecretaris om een reactie op dit punt (**vraag 4.17**).

#### **4.8 Stemrecht criterium (art. 13 lid 3)**

In het voorgestelde artikel 13 lid 3 wordt – onder de aldaar vermelde omstandigheden – aangeknoopt bij het stemrecht criterium. Doen deze omstandigheden zich voor, dan komt dit stemrecht criterium in de plaats van het nominaal gestorte kapitaal-criterium. Op grond van de letterlijke tekst betekent dit dat een belang van 5% in het nominaal gestorte kapitaal van een vennootschap, in de omstandigheden vermeld in lid 3, niet kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling als niet voldaan is aan de in lid 3 opgenomen eis dat de belastingplichtige ten minste 5% van de stemrechten bezit. Het stemrecht criterium werkt in dat geval ten nadele van de belastingplichtige. De Orde vermoedt dat dit niet zo is bedoeld. In het huidige art.13g is de toepassing van het stemrecht criterium immers zo vormgegeven dat het juist niet ten nadele van de belastingplichtige werkt. De Orde stelt voor de wettekst op dit punt te verduidelijken (**Aanbeveling 22**).

#### **4.9 Deelnemingsvrijstelling / valutaresultaten**

Op bladzijde 57 van de Memorie van Toelichting wordt ingegaan op de uitbreiding van de deelnemingsvrijstelling met valutaresultaten die betrekking hebben op leningen voor de verwerving van een deelneming (het voorgestelde art. 13, zevende lid, Wet Vpb). De toepassing van de deelnemingsvrijstelling op valutaresultaten ter zake van leningen is nog maar enkele jaren geleden bij Belastingplan 2004 (in het kader van de reparatie van het arrest Bosal Holding) geschrapt. In de aanloop tot het voorbeeld staat te lezen: "Vlak voor de verwerving verzoekt BV M de inspecteur om het valutarisico dat wordt gelopen met betrekking tot de deelneming te mogen afdekken met de lening die is aangegaan om de deelneming te verwerven, door toepassing van de deelnemingsvrijstelling toe te staan op de valutaresultaten behaald met de hoofdsom. *De inspecteur staat dit toe, met dien verstande dat de deelnemingsvrijstelling niet wordt toegepast op valutaresultaten op de hoofdsom van de lening voor zover deze de waarde van de deelneming overstijgt.*" (Cursivering NOB).

Voor alle duidelijkheid zou de Orde graag door de staatssecretaris bevestigd zien dat het hier gaat om de waarde van de deelneming ten tijde van de verwerving en dat latere waardemutaties van de deelneming geen invloed hebben op het bedrag van de hoofdsom waarvan de valutaresultaten – na goedkeuring door de inspecteur – onder de deelnemingsvrijstelling vallen (**vraag 4.18**). Een andere lezing van de bovengeciteerde zin zou immers juist tot rechtsonzekerheid leiden in plaats van tot de rechtszekerheid die het wetsvoorstel op dit punt nu juist beoogt te bevorderen.

De Orde vraagt de staatssecretaris voorts om bevestiging dat het hierboven genoemde voorbeeld uit de Memorie van Toelichting louter illustratief is voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling en dat de wetgever niet tornt aan het voorzichtigheidsbeginsel, op grond waarvan het koersresultaat op de lening in beginsel nog niet tot uitdrukking komt (**vraag 4.19**).

#### **4.10 Deelnemingsvrijstelling / Natuurschoonwet-lichaam**

Kan de staatssecretaris aangeven of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is als een belastingplichtige een aandelenbelang heeft van ten minste 25% in een dochtervennootschap die kwalificeert als een van vennootschapsbelasting vrijgesteld Natuurschoonwet-lichaam (NSW-lichaam) in de zin van art. 5, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb (**vraag 4.20**)? Is een NSW-lichaam een beleggingsvennootschap in de zin van art. 13, tiende lid, Wet Vpb (**vraag 4.21**)? Indien de belastingplichtige in de voormelde structuur op grond van het voorgestelde art. 13a Wet Vpb jaarlijks het belang op de waarde in het economische verkeer dient op te waarderen, is dat gevolg dan in overeenstemming met de subjectieve vrijstelling voor NSW-lichamen (**vraag 4.22**)? Is dit mogelijke gevolg in maatschappelijk opzicht wenselijk (**vraag 4.23**)?

#### **4.11 Deelneming in het algemeen belang verworven**

De Orde constateert dat met het vervallen van de deelnemingsvrijstelling voor een “gelijkgestelde” deelneming ook de vrijstelling wordt geschrapt voor deelnemingen die in het kader van het algemeen belang zijn verworven. Is dit een beoogd gevolg van de voorgestelde nieuwe wettekst (**vraag 4.24**)? Zo ja, welke beweegreden ligt hieraan ten grondslag (**vraag 4.25**)?

#### **4.12 Art. 13b**

De Orde verzoekt de staatssecretaris te bevestigen dat ingeval sprake is van overdracht van een afgewaardeerde schuldvordering door een moeder van een fiscale eenheid aan een dochtervennootschap die eveneens in deze fiscale eenheid is opgenomen, de sanctie van het voorgestelde artikel 13b geen toepassing vindt (**vraag 4.26**). Dit omdat er door de werking van de fiscale eenheid geen sprake is van een vervreemding van de schuldvordering in de zin van artikel 13 lid 2 letter a. Immers, er wordt op grond van artikel 15 Wet Vpb belasting geheven alsof er één belastingplichtige is, in die zin dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij.

#### **4.13 Deelnemingsvrijstelling / 13b, derde lid**

De Orde heeft met enige verbazing kennis genomen van de argumentatie die de staatssecretaris hanteert bij het schappen van art. 13b, derde lid, Wet Vpb: dat er in de praktijk niet of nauwelijks gebruik wordt gemaakt van de bepaling. Nu het een gunstregeling voor de belastingplichtigen betreft, kan het geen kwaad om de bepaling te laten staan. Het schrappen van de bepaling kan er immers onder omstandigheden toe leiden dat een bedrijfseconomisch wenselijke financiële reorganisatie onnodig door fiscale belemmeringen wordt bemoeilijkt. De Orde verzoekt de staatssecretaris om dit punt te heroverwegen.

#### **4.14 Deelnemingsvrijstelling / 13ba lid 4**

In het vierde lid is opgenomen dat het eerste lid ter zake van een omstandigheid als bedoeld in het tweede lid, onderdeel c, niet van toepassing is voor zover de in dat lid bedoelde omstandigheid bij de schuldenaar leidt tot belastbare winst in Nederland of meebrengt dat een voordeel bij de schuldenaar wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Naar de mening van de Orde staat deze eis op gespannen voet met het EU-recht, omdat er in het geheel geen sprake is van een tegenbewijsregeling voor zakelijke transacties. Om die reden stelt de Orde voor om als extra tegenbewijsregeling op te nemen dat het eerste lid geen toepassing vindt indien belanghebbende aannemelijk maakt dat geen sprake is van volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving te omzeilen (**Aanbeveling 23**).

Verder is in het dertiende lid opgenomen dat de opwaarderingsreserve in de specifieke situatie van het dertiende lid vervalt zonder dat dit tot een toevoeging aan de winst leidt tot het bedrag van de waardeangroei van de vervreemde schuldvordering. Dit voor zover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat deze waardeangroei bij de verkrijger van de schuldvordering leidt tot belastbare winst in Nederland dan wel wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Hiervoor geldt mutatis mutandis hetgeen is opgemerkt bij het vierde lid. De Orde stelt dan ook voor om een extra tegenbewijsregeling op te nemen dat het de belastingvrije vrijval van de opwaarderingsreserve ook plaatsvindt indien belanghebbende aannemelijk maakt dat geen sprake is van volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving te omzeilen (**Aanbeveling 24**).

#### **4.15 Artikel 13d EU-aspecten**

De Orde waardeert de stappen die worden voorgenomen om de voorwaarden voor toepassing van de liquidatieverliesregeling op buitenlandse en binnenlandse deelnemingen gelijk te trekken, maar betwijfelt of deze ver genoeg gaan. In dit verband constateert de Orde dat de staatssecretaris geen nadere stappen overweegt op het gebied van grensoverschrijdende verliesverrekening, kennelijk gebaseerd op de veronderstelling dat de huidige liquidatieverliesregeling (met de voorgestelde wijzigingen) voldoet aan de eisen van het EG-recht. De Orde deelt deze visie van de staatssecretaris niet. De Orde is van mening dat aan deze eisen slechts volledig kan worden voldaan indien een grensoverschrijdende fiscale eenheid mogelijk wordt gemaakt. Alleen dan wordt bijvoorbeeld de overbrenging van vermogensbestanddelen naar een buitenlandse dochter zonder afrekening mogelijk gemaakt. Indien de liquidatieverliesregeling de enige mogelijkheid blijft om grensoverschrijdende verliezen te kunnen verrekenen, zou de Orde de volgende opmerkingen willen maken.

De Orde is er niet van overtuigd dat de huidige liquidatieverliesregeling voldoende mogelijkheden biedt om te voldoen aan de eisen die het Marks & Spencer-arrest stelt. De Orde wijst er hierbij onder meer op dat het verlies dat onder de liquidatieverliesregeling in aanmerking kan worden genomen lager kan zijn dan het daadwerkelijk geleden (eventueel naar Nederlandse maatstaven berekende) buitenlandse verlies.

Daarnaast is de liquidatieverliesregeling alleen van toepassing bij 'liquidatie', terwijl de mogelijkheid van verliesverrekening onder Marks & Spencer zich ook kan voordoen in situaties waarin sprake is van verliesverdamping bij de buitenlandse dochter (bijvoorbeeld omdat de termijn waarbinnen verliesverrekening mogelijk is is verlopen), terwijl de dochter niet wordt geliquideerd. De Orde doet de aanbeveling om in de liquidatieverliesregeling

i) de mogelijkheid van aansluiting bij het daadwerkelijke buitenlandse verlies (eventueel berekend naar Nederlandse maatstaven) mogelijk te maken in het geval dit verlies hoger is dan het huidige liquidatieverlies op grond van de liquidatieverliesregeling; en

ii) ook verrekening van buitenlandse verliezen mogelijk te maken in het geval geen sprake is van liquidatie, maar sprake is van een situatie waarin de niet-ingezeten dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput voor het belastingjaar waarvoor het verzoek om een belastingaftrek is ingediend, alsmede voor vroegere belastingjaren, en er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de dochtervennootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervennootschap aan een derde is verkocht (conform r.o. 55 uit Marks & Spencer).

Daarnaast merkt de Orde op dat het leerstuk van de compenserende heffing ook bij het voorgestelde zevende lid van artikel 13d Wet Vpb speelt. Aldaar is geregeld dat het opgeofferde bedrag niet hoeft te worden doorgeschoven voorzover de belastingplichtige aannemelijk maakt dat over het bedrag van de waardetoeename van de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid na het tijdstip van de verkrijging daarvan door het lichaam waarvan de belastingplichtige de aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid verkrijgt, belasting naar de winst is geheven die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Zoals aangegeven staat deze eis naar de mening van de Orde op gespannen voet met het EG-recht, omdat er geen sprake is van een tegenbewijsregeling voor zakelijke transacties. Om die reden stelt de Orde voor om als extra tegenbewijsregeling op te nemen dat het eerste lid geen toepassing vindt indien belanghebbende aannemelijk maakt dat geen sprake is van volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving te omzeilen (**Aanbeveling 25**).

## **5 Verlaging tarief van de dividendbelasting**

De Orde is verheugd over de voorgestelde verlaging van het tarief van de dividendbelasting naar 15%. Zoals de Memorie van Toelichting al aangeeft, heeft deze verlaging met name een (welkome) administratieve lastenverlichting tot gevolg in verdragssituaties. Voor buitenlandse aandeelhouders onderschrijft de Orde deze motivering. Voor binnenlands belastingplichtigen met een aanmerkelijk belang is dit echter niet het geval. Bij deze belastingplichtigen worden de dividendinkomsten uit hun aanmerkelijk belang immers belast in box 2 tegen een tarief van 25%. Op grond van het huidige systeem verloopt dit neutraal, aangezien de op het dividend ingehouden dividendbelasting even hoog is als de over het dividend verschuldigde inkomstenbelasting. In het voorstel zal de verlaging van het dividendbelastingtarief tot gevolg hebben dat in Nederland woonachtige aanmerkelijkbelanghouders in de inkomstenbelasting worden geconfronteerd met een additionele belastingheffing van 10%, die mogelijk onmiddellijk wordt geïnd door middel van een voorlopige aanslag. De Orde vraagt zich af of deze extra administratieve last voor in Nederland woonachtige aanmerkelijkbelanghouders wenselijk is en heeft hierbij een voorkeur voor een optioneel systeem op grond waarvan de inhoudingsplichtige – als hij dit wenst – dividendbelasting mag worden inhouden en afdragen naar het hogere tarief van 25%.



De Orde vraagt of een dergelijk optioneel systeem – algemeen tarief van 15% maar hoger als de inhoudingsplichtige dit wenst – op bezwaren stuit (**vraag 5.1**).

De Orde vraagt zich voorts af of de tariefsverlaging kan worden beschouwd als een eerste stap op weg naar de algehele afschaffing van de dividendbelasting. De staatssecretaris heeft bij de behandeling van het Belastingplan 2006 immers aangegeven op de lange termijn geen toekomst voor de dividendbelasting te zien.<sup>1</sup> Het beleid zou, volgens de staatssecretaris, moeten zijn gericht op de afbouw ervan. De Orde beschouwt deze tariefsverlaging als een stap in deze richting.

In afwachting van een eventuele afschaffing van de dividendbelasting had de Orde er de voorkeur aan gegeven dat de wetgever van de gelegenheid gebruik had gemaakt de gehele Wet op de dividendbelasting 1965 te herzien in het licht van recente Europese jurisprudentie. Diverse malen is gesignaleerd dat de Nederlandse dividendbelasting op een aantal punten mogelijk in strijd is met Europees recht. Dit kan grote gevolgen hebben voor de Nederlandse dividendbelasting en tot onaangename budgettaire verrassingen leiden.

In dit verband stelt de Orde, niet alleen met het oog op strijdigheid met het EU recht maar vooral ter verdere verbetering van het vestigingsklimaat, het volgende voor. Analoog aan de regeling als getroffen in het Besluit van 30 juni 2005, nr. DGB2005/3722M, dient een "opstap"-regeling getroffen te worden voor de gevallen waar een vennootschap, welke voorheen niet in Nederland gevestigd was, zich in Nederland vestigt. Het huidige systeem brengt immers met zich mee dat in een dergelijke situatie een dividendbelastingclaim ontstaat op (al dan niet gerealiseerde) winstreserves die zijn ontstaan gedurende de periode voorafgaand aan het moment van vestiging, en dus buiten het bereik van de Nederlandse dividendbelastinggrondslag. Een vergelijkbaar gevolg bij aandelenfusie wordt blijkens eerdergenoemd besluit ongewenst geacht. Het valt naar de mening van de Orde slecht in te zien waarom dit niet evenzeer dient te gelden bij verhuizing van buitenlandse vennootschappen naar Nederland. Om mogelijk misbruik van deze opstapmethode te bestrijden kan desgewenst aansluiting gezocht worden bij de regeling als opgenomen in eerdergenoemde besluit. Momenteel zijn buitenlandse vennootschappen veelal gedwongen gecompliceerde herkapitalisaties door te voeren voorafgaand aan de potentiële verhuizing naar Nederland. De aantrekkelijkheid van Nederland als nieuw vestigingsland zal verder verhoogd worden wanneer deze complicaties achterwege gelaten zouden kunnen worden.

## **6 Renteaftrek**

### **6.1 Stroomlijning en uitbreiding renteaftrekbeperkende regels**

De Orde deelt de mening van de staatssecretaris dat de regelgeving met betrekking tot de beperking van renteaftrek in de vennootschapsbelasting te ingewikkeld is geworden. Dat is schadelijk voor het vestigingsklimaat door de grote onzekerheden die daarvan het gevolg zijn. De Orde begrijpt dat de staatssecretaris pragmatisch te werk wil gaan en geen systeemwijzigingen in de behandeling van vreemd en eigen vermogen wil voorstellen. Deze aanpak valt te billijken omdat een ingrijpende systeemwijziging alleen succesvol kan zijn als deze in internationaal verband wordt ingevoerd.

---

<sup>1</sup> Belastingplan 2006 (30 306)/Wet Vpb pakket 2006 (30 307), Tweede Kamer, Handelingen 2005/2006, nr. 21 p. 1373.

Hoewel de Orde er veel aan gelegen zou zijn om art. 10a Wet Vpb te kunnen schrappen, begrijpt zij de afweging die op dit punt is gemaakt. Een aanscherping van de thincapregeling zou geen goed alternatief zijn. Extra middelen beschikbaar stellen om de afschaffing van art. 10a te kunnen financieren is eveneens moeilijk pleitbaar, aangezien 10a-situaties zich in beginsel afspelen in de misbruiksfeer. In dit perspectief heeft de Orde wel grote bezwaren met de uitbreiding van de reikwijdte van art. 10a met externe acquisities. Dergelijke transacties en de financiering daarvan hebben geen misbruikarakter. De Orde is dan ook van mening dat het een onjuiste koers is om deze situaties te gaan begrijpen onder art. 10a Wet Vpb. Dit is slechts mogelijk door een geforceerde interpretatie van het begrip "onzakelijkheid", waarbij de vraag rijst of de rechter een dergelijke interpretatie zal volgen.

De Orde is verheugd dat de zogenoemde rentetemporiseringsregelingen worden afgeschaft. Dit komt de vereenvoudiging van de regelgeving zeer ten goede.

## **6.2 Hybride geldleningen**

De Orde begrijpt dat zogenoemde deelnemerschapsleningen vallen onder het gehandhaafde art. 10, eerste lid, onderdeel d, eerste volzin (oud). Dit roept een aantal vragen op, bijvoorbeeld of onder bestaand recht deelnemerschapsleningen in de visie van de staatssecretaris ook al onder deze bepaling vallen. Wetsystematisch ligt het meer voor de hand dergelijke geldleningen te beschouwen als kapitaalstortingen. Kan de staatssecretaris aangeven wat in zijn visie onder huidig recht rechtens juist is (**vraag 6.1**)?

Voorts is de Orde van mening dat een deelnemerschapslening in de toekomst, evenals onder huidig recht, bij de debiteur wordt aangemerkt als fiscaal eigen vermogen voor de toepassing van art. 10d Wet Vpb. Dit zou eveneens het geval moeten zijn voor het voorgestelde art. 12c Wet Vpb. Kan de staatssecretaris de juistheid van deze visie bevestigen (**vraag 6.2**)?

Worden onder hybride leningen in de zin van art. 10, lid 1, sub d, Wet Vpb ook begrepen de zogenoemde "bodemlozeputlening" en de "schijnlening" (**vraag 6.3**)? Dit is van belang omdat in deze visie de regelingen van het voorgestelde art. 13, vierde lid, onderdeel b, en art. 13, vijfde lid, onderdeel b, Wet Vpb ook van toepassing zijn op dergelijke leningen. De Orde zou een onderscheid op dit punt niet gerechtvaardigd achten. Mocht de staatssecretaris van mening zijn dat genoemde leningsvormen niet vallen onder art. 10, eerste lid, onderdeel d, Wet Vpb dan bepleit de Orde op dit punt een aanpassing die tot gevolg heeft dat genoemde bepalingen ook op deze leningen van toepassing zijn.

De Orde signaleert dat in artikel 10 lid 1 letter d Wet Vpb de terminologie "vergoedingen op een geldlening" wordt gehanteerd, terwijl in andere bepalingen (artikel 10a, artikel 10d, het voorgestelde artikel 12c) wordt gesproken over "rente" ter zake van geldleningen. De Orde stelt voor om een consistente terminologie te hanteren.

## **6.3 Laagrentende/renteloze geldleningen**

Het bestaande art. 10, vierde lid, Wet Vpb blijft gehandhaafd, maar wordt verplaatst naar het vrijgekomen art. 10b Wet Vpb. Het doel van deze bepaling wordt echter anders geformuleerd: hij moet mismatches in internationaal verband bestrijden. Mag de Orde hieruit afleiden dat deze bepaling geen betekenis heeft in binnenlandse situaties (**vraag 6.4**)?

Voorts wil de Orde graag bevestigd zien dat het hardheidsclausulebeleid inzake hybride geldleningen onder toekomstig recht haar gelding blijft behouden (**vraag 6.5**). Dit betreft zowel de aftrekkant in internationale verhoudingen als de toepassing van de deelnemingsvrijstelling bij de crediteur in nationale en internationale verhoudingen.

#### **6.4 Afschaffen rentetemporiseringsmaatregelen (art. 15ad, art. 14a, achtste lid, en art. 14b, zesde lid)**

Kan de staatssecretaris bevestigen dat in het jaar dat deze wetwijziging van toepassing wordt een belastingplichtige die uit eerdere jaren doorgeschoven gestalde rente in één keer in aftrek kan brengen, zonder (eventueel hernieuwde) toetsing aan de overige renteaftrekbeperkende regelingen, zoals art. 10a en art. 10d Wet Vpb (**vraag 6.6**)? De Orde wijst er in dit verband op dat een vergelijkbare kwestie aan de orde is geweest bij de invoering van de thincapregeling. De staatssecretaris bleek destijds (Belastingplan 2004, Nota naar aanleiding van het nadere verslag) van mening te zijn dat toetsing aan de thincapregeling slechts aan de orde is in het jaar waarin de rentekosten op grond van goed koopmansgebruik in aanmerking kunnen worden genomen. Mocht de staatssecretaris een andere mening zijn toegedaan, dan is naar de mening van Orde op grond van deze wetgeschiedenis bij buitenlandse investeerders de indruk gewekt dat de getemporeerde rente uiteindelijk in aftrek kon worden gebracht. Een andere mening zou dan naar de mening van de Orde een schending van het vertrouwen betekenen die niet bevorderlijk is voor het investeringsklimaat. Op grond van deze overwegingen pleit de Orde ervoor om deze pre-2007 rente in dat jaar ineens ten laste van de winst te laten komen.

Kan de staatssecretaris uiteenzetten wat de fiscale gevolgen zijn van de volgende situatie? M BV en D BV zijn gevoegd in een fiscale eenheid. M BV betaalt rente die ingevolge art. 15ad Wet Vpb in aftrek is getemporeerd. M BV en D BV gaan vervolgens een juridische fusie aan, waarbij D BV de verdwijnende vennootschap is. Ingevolge art. 18, zesde lid, Besluit fiscale eenheid 2003 blijft de rente in aftrek beperkt en moet daartoe een beoordeling op basis van zelfstandige winstplitsing plaatsvinden. Wat is het lot van de renteaftrek indien art. 15ad Wet Vpb per 1 januari 2007 wordt geschrapt en het nu voorgestelde art. 10a, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb wordt ingevoerd (**vraag 6.7**)?

#### **6.5 Art. 10a Wet Vpb**

De toelichting op de wijzigingen van art. 10a Wet Vpb suggereert dat het bestaande art. 10a, tweede lid, onderdeel c, verdwijnt. Niets is echter minder waar. De toelichting is op dit punt verwarrend en het is nog maar de vraag of de voorgestelde redactie zoveel duidelijker is dan de bestaande. Daar komt bij dat naar de mening van de Orde sprake kan zijn van overkill in 10a, 2,c-situaties. Onder bestaand recht is deze bepaling alleen van toepassing als sprake is van een situatie waarin vermogen wordt onttrokken aan een in Nederland gevestigd lichaam. Onder het nieuwe recht zou de sanctiebepaling ook van toepassing kunnen zijn als vermogen wordt onttrokken aan een lichaam dat in Nederland is onderworpen aan vennootschapsbelasting, zeg een in het buitenland gevestigd lichaam met een vaste inrichting in Nederland. Naar de mening van de Orde brengen doel en strekking van deze regeling mee dat deze bepaling op dit punt alleen van toepassing behoort te zijn voor zover vermogen wordt onttrokken aan het vermogen van de vaste inrichting in Nederland. De Orde vraagt zich af of de staatssecretaris deze mening deelt (**vraag 6.8**). Bij een bevestigende beantwoording pleiten wij ervoor dat deze mogelijke overkill wordt geëlimineerd.

In de toelichting op het onderhavige artikel wordt gesteld dat het arrest HR BNB 2005/304, dat betrekking heeft op de toepassing van art. 10a, tweede lid, onderdeel c, Wet Vpb als gevolg van het voorgestelde art. 10a, tweede lid, Wet Vpb wordt gerepareerd. Dit tweede lid bepaalt dat art. 10a, eerste lid, Wet Vpb ook van toepassing kan zijn als eerst de bedoelde rechtshandeling heeft plaatsgevonden en daarna eerst de schuld is aangegaan. Volgens de Orde is deze volgorde nimmer een probleem geweest voor toepassing van art. 10a, tweede lid, onderdeel c, Wet Vpb. Ook in genoemd arrest stond deze volgorde er niet aan in de weg dat de sanctie van toepassing zou kunnen zijn. Toepassing strandde omdat het vereiste verband door de Hoge Raad niet aanwezig werd geacht vanwege het feit dat op het tijdstip van de kapitaalstorting nog geen investeringsvoornemen aanwezig was met een daaraan gekoppelde financieringsbehoefte. De Orde begrijpt niet dat het voorgestelde 10a, tweede lid, Wet Vpb dat verband wél creëert. De Orde hecht eraan dat dit punt wordt verduidelijkt, omdat het onwenselijk is dat de praktijk mogelijk semi-permanent te maken blijft houden met een tekst die de bedoeling van het artikel niet dekt (**vraag 6.9**).

Gebruikmaking van de term “schuld” in plaats van “geldlening” lijkt te zijn ingegeven door het feit dat het eerste en het tweede lid van het huidige art. 10a Wet Vpb bij deze wetswijziging worden samengevoegd. De vraag komt dan wel op of de term “schuld” een andere betekenis heeft dan “geldlening” als in art. 12c en art. 10d. Kan de staatssecretaris verduidelijken wat wordt beoogd met de wijziging van “geldlening” in “schuld” (**vraag 6.10**)?

De Orde begrijpt dat de uitbreiding van art. 10a Wet Vpb met, kort gezegd, externe acquisities dient als compensatie voor het vervallen van de rentetemporeringsmaatregelen. Anders dan de Orde op grond van HR 17 december 2004, 39.080, BNB 2005/169c\* van mening is, gaat de staatssecretaris kennelijk ervan uit dat deze uitbreiding géén lege huls is. Wat zijn de redenen dat de staatssecretaris van mening is dat een beroep een op de tegenbewijsregeling van art. 10a, derde lid, onderdeel a, Wet Vpb niet zou slagen indien het een externe acquisitie betreft (**vraag 6.11**)? In dit verband hecht de Orde eraan dat de staatssecretaris – zo hij van mening is dat hij daarvoor voldoende argumenten heeft – duidelijke criteria aanreikt waarmee de praktijk uit de voeten kan. Hoe moet de zakelijkheid van een lening ten behoeve van een externe acquisitie worden getoetst die is aangetrokken van een verbonden lichaam (**vraag 6.12**)? De Orde herinnert eraan dat de belangrijkste doelstelling van deze opschoningsactie het vereenvoudigen van de regelingen is. Als op dit punt onduidelijkheden blijven bestaan zou dat haaks staan op die doelstelling. Ten slotte vraag de Orde de staatssecretaris te bevestigen dat aan de tegenbewijsregeling is voldaan indien de belastingplichtige weliswaar heeft geleend van een verbonden lichaam, maar het verbonden lichaam vervolgens op haar beurt heeft ingeleend van een niet-verbonden derde partij, bijvoorbeeld een bank (**vraag 6.13**). In het verlengde hiervan: kan de staatssecretaris bevestigen dat onder het voorgestelde art. 10a Wet Vpb een beroep op de tegenbewijsregeling slaagt in de casus van het Besluit van 2 november 2001, nr. CPP2001/2359M, BNB 2002/59, onderdeel 7 (**vraag 6.14**)?

Daar komt nog het volgende bij. Deze (maar ook de overige) wijzigingen van art. 10a worden van toepassing op transacties die in het verleden hebben plaatsgevonden. Er is met andere woorden op dit punt geen eerbiedigende werking voorgesteld. Als gevolg daarvan zullen veel financieringsstructuren die vaak hun oorsprong vinden in een ver verleden opnieuw beoordeeld moeten worden. De Orde is van mening dat het bedrijfsleven onder omstandigheden met een onmogelijke bewijslast wordt geconfronteerd.

Als gevolg daarvan komt de rechtszekerheid te zeer in het geding. De Orde heeft principieel grote moeite met het feit dat hiermee materieel terugwerkende kracht wordt gegeven aan deze maatregel en pleit voor overgangsrecht voor bestaande situaties die nu alsnog geraakt worden door deze maatregel. De Orde verwijst naar paragraaf 8 'Oproep tot overgangsrecht ter voorkoming van materiële terugwerkende kracht' van Deel I van dit commentaar voor een nadere toelichting terzake. Concreet dringt de Orde erop aan het voorgestelde onderdeel c te laten vervallen en te accepteren dat de zogenoemde thincapregeling voldoende mogelijkheden biedt om renteaftrek in extreme situaties te schrappen (**Aanbeveling 26**). Deze voorgestelde uitbreiding is ook in strijd met het anti-misbruikarakter van art. 10a Wet Vpb.

Kan de staatssecretaris bevestigen dat sprake is van een compenserende heffing als de rentebaten bij de crediteur worden belast volgens de systematiek van het voorgestelde art. 12c Wet Vpb (**vraag 6.15**)?

Het in de wet vastleggen van wat naar Nederlandse maatstaven redelijk is, is op verschillende manieren uit te leggen. Kan de staatssecretaris bevestigen dat bijvoorbeeld het Belgische regime naar Nederlandse maatstaven redelijk is indien de omvang van de belastingheffing in België ten minste bedraagt 10% (tarief) maal circa 20% van de rentebaten, conform het voorgestelde art. 12c Wet Vpb (**vraag 6.16**)?

Kan de staatssecretaris bevestigen dat de bewijslast met betrekking tot het voorgestelde tweede lid bij de inspecteur ligt (**vraag 6.17**)?

De Orde constateert dat de tegenbewijsregeling in artikel 15ad niet is overgenomen in artikel 10a, derde lid. Kan de staatssecretaris bevestigen dat de wettelijke tegenbewijsregeling van artikel 15ad samen met het goedkeurende besluit (besluit van 23 december 2005) dat is verleend voor artikel 10a, worden toegestaan in het voorgestelde artikel 10a, derde lid (**vraag 6.18**)?

Een redelijke heffing is een heffing tegen een tarief van 10% over een grondslag die naar Nederlandse maatstaven redelijk is. De Orde ziet graag dat de staatssecretaris aangeeft op welk niveau de toets van compenserende heffing wordt geëffectueerd. Is dat op het niveau van de directe schuldeiser of op het niveau van de indirecte schuldeiser (bijvoorbeeld bij back-to-back situaties of ingeval een externe financiering wordt aangetrokken met een garantie van een verbonden lichaam) (**vraag 6.19**)? Is er sprake van een redelijke heffing zoals hiervoor bedoeld indien de corresponderende rentebaten pas op een later tijdstip in de heffing wordt betrokken (vooral van toepassing voor de US) (**vraag 6.20**)? Moet voor de toets van de redelijke heffing in situaties waarin de schuldeiser in het buitenland is gevestigd de buitenlandse winst worden herrekend naar Nederlandse maatstaven (**vraag 6.21**)?

Waarom wordt in het voorgestelde art. 10a, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb geen onderscheid gemaakt tussen aandelen die wel of niet kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling (**vraag 6.22**)? Indien de aandelen niet kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling, dan staat tegenover de rentelast ook een belaste activiteit. Waarom is in deze geen aansluiting gezocht bij de koop van reguliere activa en passiva (**vraag 6.23**)?

Kan de staatssecretaris bevestigen dat een door een dochtermaatschappij afgegeven garantie de leencapaciteit van de vennootschap niet vergroot, en dat derhalve een garantie door een dochtermaatschappij niet tot besmetting kan leiden (**vraag 6.24**)?

De Orde vraagt zich af of de situatie die aan de orde is gekomen tijdens de parlementaire behandeling van art. 10a, tweede lid, onderdeel c, Wet Vpb (NV, Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 5, blz. 31) valt onder het voorgestelde art. 10a, eerste lid (**vraag 6.25**). Het betreft een situatie waarin een belastingplichtige een Belgische tussenhoudster tussenschuift die kapitaal stort in een tax-havenvennootschap, waarna deze tax-havenvennootschap de gelden doorleent aan een Nederlands concernonderdeel.

De Orde vraagt zich af of de situatie die aan de orde is gekomen tijdens de parlementaire behandeling van art. 10a, tweede lid, onderdeel c, Wet Vpb (NV, Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 5, blz. 37) valt onder het voorgestelde art. 10a, eerste lid (**vraag 6.26**). Het betreft een situatie waarin een in Nederland gevestigd lichaam de aandelen koopt in een financieringsmaatschappij, terwijl deze maatschappij gaat lenen aan een in Nederland gevestigd lichaam dat is verbonden met de koper van de aandelen.

In de voorgestelde tekst van artikel 10a derde lid, Wet Vpb wordt een iets aangepaste tegenbewijsregeling geïntroduceerd. Artikel 10a vindt geen toepassing indien ofwel

- a) aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen; ofwel
- b) over de rente per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst.

Op basis van de vaste jurisprudentie van het HvJ EG kan worden geconcludeerd dat een fiscaal voordeel – zoals het niet belasten of een aftrek geven – dat in binnenlandse situaties wordt verleend, in buitenlandse situaties niet louter afhankelijk mag worden gesteld van de belastingheffing over die transactie bij een andere belastingplichtige in een andere lidstaat. Er moet ten minste sprake zijn van een reële tegenbewijsregeling, zodat de sanctie alleen speelt als sprake is van een echte misbruiksituatie volgens de definitie van het HvJ EG, dat wil zeggen: een situatie waarin het gaat om volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving te omzeilen. De Orde neemt aan dat de staatssecretaris van mening is dat het huidige artikel 10a, lid 3, letter a – dat tegenbewijs toelaat indien zowel de transactie als de financiering daarvan ‘zakelijk’ zijn – reeds invulling geeft aan deze tegenbewijsregeling.

## **6.6 Thin capitalisation**

De praktijk wordt geconfronteerd met een aantal knelpunten met betrekking tot art. 10d Wet Vpb. In het bijzonder zijn hier te noemen:

- In house banks: toepassing netting regel (10d, vierde lid Wet Vpb)/belegging van tijdelijk overtollige kasmiddelen in geldmarkt fondsen. Wanneer de treasury/groepsvennootschap het haar toevertrouwde vermogen belegt in een money market fund zal zij bij de bepaling van de vreemd/eigen vermogen-test haar verschuldigde geldleningen (artikel 10d, vierde lid, Wet Vpb) niet eerst kunnen verminderen met het bedrag van de geldmarktbelegging.

- Aanbieders (alle grote netwerkbanken) en afnemers van zogenoemde notional pooling/rente compensatie producten worden geconfronteerd met de vraag of rente betaald op een bankschuld bij rentecompensatie gekwalificeerd moet worden als rente die indirect betaald wordt aan een verbonden lichaam. Hierover bestaat grote onzekerheid.

Kan de staatssecretaris toezeggen dat voor dergelijke problemen oplossingen worden gezocht in de uitvoeringsfeer (**vraag 6.27**)?

De verwijzing in art. 10d, zevende lid, Wet Vpb naar art. 15ad Wet Vpb kan in verband met het vervallen van die bepaling worden geschrapt.

## **7 Verliesverrekening**

### **7.1 Grensoverschrijdende verliesverrekening**

In de nota “Werken aan winst” was een voorstel opgenomen om een grensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan. Kort na het verschijnen van het arrest van het Europese Hof van Justitie in de zaak Marks & Spencer heeft de staatssecretaris te kennen gegeven dat dit arrest, gewezen voor het Engelse *group relief*-regime, zijns inziens in de Nederlandse situatie niet dwingt tot het integraal opnemen van buitenlandse dochtermaatschappijen in de fiscale eenheid. De Orde betreurt dit. Het EU-conform maken van de Nederlandse vennootschapsbelasting was weliswaar een van de doelstellingen van het voorliggende wetsvoorstel, maar een andere doelstelling – die uiteindelijk het meeste gewicht heeft gekregen – is het verbeteren van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat. De Orde vraagt zich dan ook af waarom ter verbetering van het vestigingsklimaat niet is gekozen voor het openstellen van de mogelijkheid van grensoverschrijdende verliesverrekening (**vraag 7.1**). Nederland zou zich op dat vlak immers in de kopgroep kunnen plaatsen. Is hier niet sprake van een gemiste kans?

### **7.2 Ad Artikel I, onderdelen I (art. 3.150 IB), K (art. 4.49 IB), L (art. 4.53 IB), ad Artikel II, onderdelen PP (art. 20 Vpb) en QQ (art. 20a Vpb)**

Het onderhavige voorstel leidt ertoe dat in de inkomstenbelasting verliezen in box 1 nog drie jaar kunnen worden teruggewenteld (carry back) en negen jaar vooruit (carry forward), in box 2 nog maar één jaar kunnen worden teruggewenteld en negen jaar vooruit en dat verliezen in de vennootschapsbelasting verliezen eveneens maar één jaar kunnen worden teruggewenteld en negen jaar vooruit. Over dit voorstel heeft de Orde – die overigens de opmerkingen van de Raad van State op dit punt onderschrijft, maar deze hier niet zal herhalen – de volgende opmerkingen.

#### **a. Aanmerkelijk belang ("AB")**

De positie van AB-verliezen is met de invoering van het boxensysteem in 2001 aanzienlijk verslechterd. De scheiding tussen de boxen leidt ertoe dat AB-verliezen in de praktijk in veel gevallen niet meer kunnen worden gecompenseerd, omdat gerekend vanaf het verliesjaar lange tijd geen box 2-inkomen wordt genoten, terwijl in box 1 nog wel sprake zou zijn van positief inkomen ter verrekening van verliezen, onder meer als gevolg van de gebruikelijkloonregeling (art. 12a LB) en de bijtelling van inkomen op grond van het terbeschikkingstellingsregime (art. 3.92 IB).

Met andere woorden: de belastingplichtige betaalt wel belasting over box-1 inkomen, gerelateerd aan het feit dat hij een aanmerkelijk belang heeft, terwijl het AB-verlies zelf niet kan worden verrekend. De beperkte verrekening van het AB-verlies wordt slechts opgeheven indien uiteindelijk geen aanmerkelijk belang meer aanwezig is (art. 4.53 IB) – in welk geval het verlies als tax credit verrekenbaar is met de belasting op overig inkomen. Met deze systematiek bevinden AB-verliezen zich derhalve in een veel nadeliger positie dan box-1 verliezen. De inperking van de onbeperkte carry forward termijn tot negen jaar zal dit nadeel nog versterken. De Orde meent dan ook dat deze inperking noopt tot het toestaan van boxoverschrijdende verliesverrekening binnen deze negen jaarstermijn (**Aanbeveling 27**).

**b. Aanloopverliezen**

In feite wordt met het wetsvoorstel weer teruggekeerd naar de beperkte termijn van carry forward die tot 1995 werd gehanteerd, met dien verstande dat nu een termijn van negen in plaats van acht jaar zal gelden. Onder het oude regime (vóór 1995) werd echter als gevolg van de beperkte carry forward termijn de noodzaak gevoeld om voor aanloopverliezen een uitzondering te maken: verliezen gedurende de eerste zes jaar van de onderneming waren onbeperkt verrekenbaar. Ondernemingen in de aanloopfase zullen immers niet zo snel in de positie verkeren dat zij hun aanloopverliezen binnen de beperkte termijn hebben gecompenseerd. De Orde vraagt zich af of anno 2007 niet hetzelfde moet gelden: dwingt de inperking van de carry forward termijn tot negen jaar ook nu niet tot een uitzondering ten gunste van aanloopverliezen, zowel in de inkomsten- als in de vennootschapsbelasting (**vraag 7.2**)?

**c. Carry back**

Als een onderneming in enig jaar verlies maakt wordt dit in veel gevallen voorafgegaan door een dalende winstgevendheid in voorgaande jaren. Het ligt in de rede te veronderstellen dat – buiten het geval van aanloopverliezen – doorgaans in het jaar direct voorafgaand aan het verliesjaar minder winst zal zijn gemaakt dan in het derde jaar voorafgaand aan het verliesjaar. De beperking van de carry back termijn tot één jaar is derhalve niet alleen een inkrimping van de faciliteit van drie naar één jaar, maar waarschijnlijk in veel gevallen ook een veel verdergaande inkrimping als gevolg van het feit dat er in het voorafgaande jaar relatief weinig winst aanwezig is om het verlies mee te verrekenen. De Orde stelt dan ook voor – gegeven de wens van de staatssecretaris om de carry back slechts voor één jaar toe te staan – de belastingplichtige de keuze te bieden met welk van de drie voorafgaande jaren hij het verlies wil verrekenen (**Aanbeveling 28**).

**d. Carry forward**

De inperking van de carry forward termijn tot negen jaar dwingt belastingplichtigen die niet binnen deze termijn op een natuurlijke wijze hun verlies kunnen verrekenen tot het anderszins realiseren van winst om alsnog het verlies te kunnen benutten. Het is de vraag of deze stimulans die van de voorgestelde inperking uitgaat wenselijk is. De Raad van State heeft hier in zijn advies reeds aandacht voor gevraagd (par. 3.2.2. "Verliesverjonging").

Een ander nadeel van de inperking van de carry forward-termijn is dat de waarde van bestaande carry forward-verliezen in de jaarrekening veel meer dan nu het geval is afhankelijk zal worden van de reële mogelijkheid om het verlies te benutten. Invoering van deze maatregel zal een aantal ondernemingen nopen tot een lagere waardering van deze post in de jaarrekening. Beide nadelen zouden kunnen worden voorkomen indien het Duitse systeem van verliesverrekening zou worden ingevoerd.



Dit systeem kent voor wat betreft carry forward geen beperking in de tijd, maar slechts een beperking in de omvang van de winst van latere jaren die beschikbaar is voor verrekening van verliezen in voorgaande jaren.

Het Duitse systeem leidt ertoe dat in winstjaren meteen weer belasting wordt betaald over een aanzienlijk deel van de winst, dus ook in de winstjaren weer een bijdrage wordt geleverd aan de financiering van de collectieve voorzieningen waarvan ook deze bedrijven gebruik maken (zie par. 3.2.1 van het advies van de Raad van State en het Nader rapport).

Ook nodigt het Duitse systeem, wanneer dit in Nederland zou worden ingevoerd, uit tot het aantrekken of vergroten van winstgenererende activiteiten in Nederland, omdat in het Duitse systeem ca. 50% meer winst nodig is om het bestaande verlies te gelde te maken dan het bedrag van het verlies zelf. Voor een toelichting op het Duitse systeem zij verwezen naar een artikel van prof. mr. J.W. Bellingwout in WFR 2005/1518 ("Een win-win alternatief voor verliescompensatie"). Groot voordeel van het Duitse systeem is dat het niet meer dwingt tot constructies om verliesverdamping in jaar negen tegen te gaan en dat het de negatieve invloed van het voorliggende voorstel op de waardering van verliezen in de jaarrekening voorkomt.

Gaarne verneemt de Orde waarom niet is gekozen voor dit systeem, dat in Duitsland toch is ingevoerd om budgettaire opbrengst te genereren (**vraag 7.3**).

#### e. Belastingkortingsregeling

De verkorting van de voorwaartse verliesverrekeningstermijn tot negen jaar geldt ook voor de belastingkortingsregeling van art. 4.53 Wet IB 2001. Deze regeling kent nu geen mogelijkheid tot achterwaartse verliesverrekening. Omdat de achterwaartse verliesverrekeningstermijn voor aanmerkelijkbelanghouders wordt verkort tot één jaar, rijst bij de Orde de vraag of deze achterwaartse verliesverrekening ook niet kan worden geïntroduceerd voor de belastingkortingsregeling voor aanmerkelijkbelanghouders (**vraag 7.4**). Dat zou de onderlinge consistentie van de belastingwetgeving ten goede komen.

#### f. Verliesverrekening bij aanmerkelijkbelanghouder bij ontbinding van de verkoopovereenkomst

De beperking van de verliesverrekeningstermijnen, in het bijzonder van de achterwaartse verliesverrekeningstermijn, heeft met name voor aanmerkelijkbelanghouders een aantal negatieve consequenties. Nu is het zo dat er – wanneer een overeenkomst tot verkoop van aanmerkelijkbelangaandelen wordt ontbonden – ingevolge jurisprudentie van de Hoge Raad (onder andere HR 12 september 1990, BNB 1991/251) in het jaar van ontbinding van de overeenkomst voor de oorspronkelijke verkoper van de aandelen een zogenoemd verlies uit aanmerkelijk belang ontstaat dat hij dan kan terugwentelen naar eerdere jaren. Door de verkorting van de achterwaartse verliesverrekeningstermijn tot één jaar is het voorstelbaar dat deze terugwentelingsmogelijkheid een wassen neus wordt. Hij zal het derhalve moeten hebben van de voorwaartse verliesverrekening en uiteindelijk van de belastingkortingsregeling van art. 4.53 Wet IB 2001, waarvan het maar de vraag is of dat effectief zal blijken. De aanmerkelijkbelangheffing in het jaar van verkoop blijft echter ongewijzigd. De Orde vraagt zich af of aan situaties als deze voldoende is gedacht bij de voorgestelde verkorting van de achterwaartse verliesverrekeningstermijn tot één jaar, en meent dat voor deze situaties een bijzondere maatregel op zijn plaats is (**Aanbeveling 29**). Iets soortgelijks geldt voor de zogenoemde “earn out”-regelingen en aanpassingen van de overdrachtsprijs, waarvoor art. 4.28 en art. 4.29 Wet IB 2001 bijzondere regelingen bevat.

#### g. Anti-verliesnemingsbepaling

Tot slot wijst de Orde op de huidige bepaling van art. 4.24 Wet IB 2001 en vraagt de staatssecretaris of er nog een zinnige reden is voor deze bijzondere anti-verliesnemingsbepaling (**vraag 7.5**). Dit te meer daar in de tbs-regeling reeds geldt dat een eventueel verlies op een schuldvordering eenvoudig kan worden genomen door de schuldvordering af te waarden op de werkelijke waarde. In het aanmerkelijk belang geldt dit niet en is realisatie van het latente verlies noodzakelijk. Als daarbij het belang voor ten minste 90% blijft behouden, kan het aldus tot uitdrukking komende aanmerkelijkbelangverlies niet worden genomen. De Orde constateert hier een verrassend verschil tussen de financiering van de vennootschap met vreemd vermogen en met eigen vermogen en constateert een bevoordeling van de vreemdvermogensfinanciering. De Orde meent dat er voor een bepaling als art. 4.24 Wet IB 2001 geen goede argumenten meer zijn sinds de invoering van de Wet IB 2001.

### **7.3 Ad Artikel VIII (overgangsrecht)**

In artikel VIII lid 6 dient – naar de Orde veronderstelt – de verwijzing naar het vierde lid ("In afwijking van het vierde lid ...") te worden vervangen door een verwijzing naar het vijfde lid (**Aanbeveling 30**).

De Orde heeft principieel grote moeite met het feit dat de verrekening van oude verliezen onder de verrekeningsbeperking vallen, waarmee het wetsvoorstel materieel terugwerkende kracht krijgt. De Orde pleit dan ook voor ruimhartiger overgangsrecht dan thans is voorgesteld voor bestaande situaties die nu alsnog geraakt worden door deze maatregel (**Aanbeveling 31**). De Orde verwijst naar paragraaf 8 'Oproep tot overgangsrecht ter voorkoming van materiële terugwerkende kracht' van Deel I van dit commentaar voor een nadere toelichting terzake.

### **7.4 Besluit voorkoming dubbele belasting (Bvdb)**

De Orde vraagt zich af of de voorgenomen inperking van de carry forward termijn tot negen jaar ertoe zal leiden dat ook in het Bvdb termijnen van doorschuifregeling (niet benutte vrijstelling ter zake van buitenlandse winst), inhaalregeling (terugnemen van afgetrokken buitenlands verlies) en voortwenteling (niet gebruikte tax credits) zullen worden aangepast (**vraag 7.6**). Zo ja, dan ligt het in de rede deze aanpassingen – die in veel gevallen tot een belastingverzwaring zullen leiden – kenbaar te maken, zodat de Tweede Kamer ze mee kan wegen bij de beoordeling van het voorstel om in de inkomsten- en vennootschapsbelasting de carry forward termijn te beperken tot negen jaar. Dergelijke aanpassingen van het Bvdb kunnen ook een rol spelen bij een eventuele keuze tussen de voorgestelde inperking van de carry forward termijn en het Duitse systeem, waarbij – zo veronderstelt de Orde – wijziging van de genoemde regelingen in het Bvdb immers niet aan de orde zal zijn.

## **8 Beperking afschrijving gebouwen (art. 3.30a Wet IB 2001)**

De Orde twijfelt aan de effectiviteit van het voorstel om de afschrijvingslast ter zake van gebouwen te beperken. Het is aannemelijk dat zakelijk handelende verhuurders hun als gevolg van dit voorstel toegenomen kosten zullen doorberekenen aan de huurders. Voor zover dit zakelijke huurders zijn, leidt het voorstel bij deze groep tot een equivalente verhoging van de aftrekbare huurlast.

Voorts merkt de Orde op dat de voorgestelde regeling een naar de mening van de Orde onwenselijk fiscaal onderscheid oproept tussen ondernemers die een (bedrijfs)gebouw in eigen gebruik hebben (afschrijvingslasten beperkt aftrekbaar) en ondernemers die een (bedrijfs)gebouw huren (afschrijvingslasten in de vorm van huur integraal en direct aftrekbaar).

De Orde heeft moeite met het voorstel om in elke situatie de WOZ-waarde als maatstaf voor de bepaling van de bodemwaarde te hanteren. Zoals de staatssecretaris ook in de Memorie van Toelichting expliciet opmerkt, hanteert de Wet WOZ de fictie dat de belastingplichtige van de betreffende onroerende zaak de volle en onbezwaarde eigendom heeft in vrij opleverbare staat. Dat betekent dat de WOZ-waarde in voorkomende gevallen kan afwijken van de in het kader van de totaalwinstbepaling gebruikelijke maatstaf van waarde in het economische verkeer.

De Orde heeft begrip voor de wens van de staatssecretaris om uitvoeringsproblemen zo veel mogelijk te voorkomen en ziet ook in dat het bestaande WOZ-kader hiertoe een oplossing zou kunnen bieden. Wij vinden echter wel (met de redactie van Vakstudienieuws, zie de aantekening in V-N 2006/30.3, blz. 76) dat de WOZ-waarde als eenduidige maatstaf een zeer grove methode is. De Orde verzoekt de staatssecretaris om te overwegen aan de belastingplichtige de mogelijkheid te bieden om de winstbepaling nauwkeuriger te laten aansluiten op de realiteit door het bieden van tegenbewijs indien de waarde in economische verkeer lager is dan de WOZ-waarde (**Aanbeveling 32**). Ter voorkoming van jaarlijks terugkerende waarderingsdiscussies zou men daarbij kunnen denken aan efficiencydrempel, bijvoorbeeld een voorwaarde waarbij de waarde in het economische verkeer alleen als maatstaf kan worden gehanteerd als de waarde in het economische verkeer meer dan 10% lager is dan de WOZ-waarde.

De Orde voorziet ook grote uitvoeringsproblemen bij de toepassing van de WOZ-waarde voor (incourant) vastgoed in eigen gebruik. Voor deze categorie vastgoed bestaat een grote discrepantie tussen de grondslag voor de WOZ-waarde en de grondslag voor de bodemwaarde. Installaties in de open lucht zijn begrepen in de WOZ-waarde, terwijl deze bij de bepaling van de bodemwaarde buiten beschouwing moeten worden gelaten. Anderzijds zou het zo kunnen zijn dat onderdelen van gebouwen wel dienen te worden meegenomen in de bodemwaarde maar voor de WOZ zijn vrijgesteld onder de zogenaamde werktuigenvrijstelling. De Orde voorziet talloze discussies over de waardering en allocatie van waarde aan de diverse bestanddelen, met als gevolg een significante administratieve lastenverzwaring voor het Nederlandse bedrijfsleven. De Orde verneemt graag de reactie van de staatssecretaris op dit punt (**vraag 8.1**).

De Orde heeft grote moeite met het feit dat de toepassing van de arresten HR 26 juni 1963, nr 14 909 (BNB 1963/266A) en HR 16 juni 1963, nr 14 991 (BNB 1963/266B) vervalst. Met name voor aan een bepaalde locatie gebonden ondernemers die periodiek de opstal vervangen door een nieuwe, betekent dit een aanzienlijke lastenverzwaring. Deze ondernemers zullen zich geconfronteerd zien met het feit dat zij als gevolg van de lage boekwaarde van de ondergrond niet kunnen afschrijven op het nieuwe bedrijfsgebouw. Dit betekent dat deze categorie ondernemers een belangrijke bedrijfslast niet meer in mindering kunnen brengen op het resultaat, terwijl de opbrengsten die met dit nieuwe pand worden behaald wel integraal worden belast.

In genoemde jurisprudentie besliste de Hoge Raad dat onder deze omstandigheden met de gestegen grondwaarde geen rekening hoeft te worden gehouden bij de afschrijving op het nieuwe pand. Deze beslissing is alleszins redelijk gezien het feit dat de meerwaarde in de ondergrond niet door de ondernemer wordt gerealiseerd zolang hij zijn onderneming voortzet. De Orde is benieuwd naar de visie van de staatssecretaris op dit punt (**vraag 8.2**).

De Orde constateert dat in het voorgestelde art. 3.30a, Wet IB 2001 de WOZ-waardebeschikking die de gemeente verleent van betekenis kan zijn voor de jaarlijkse winstbepaling. Een belastingplichtige die het niet eens is met een hem opgelegde WOZ-waardebeschikking kan hiertegen bezwaar indienen en daarna tegen een eventuele afwijzende uitspraak beroep aantekenen. Parallel daaraan loopt het aanslagtraject over het betreffende belastingjaar. De Orde verzoekt de staatssecretaris te bevestigen dat een over dat jaar vaststaande aanslag dienovereenkomstig wordt verminderd indien de belastingplichtige in rechte in verweer is gekomen tegen een WOZ-beschikking en bij onherroepelijke uitspraak de WOZ-waarde op een lager bedrag is vastgesteld (**vraag 8.3**).

De Orde vraagt de staatssecretaris voorts om de reikwijdte van de voorgestelde ‘samentelregel’ in art. 3.30a, tweede lid, Wet IB 2001 te verduidelijken (**vraag 8.4**). Uit de plaats van deze bepaling lijkt te volgen dat het voorschrift alleen van belang is voor de toepassing de afschrijvingsbeperking van art. 3.30a Wet IB 2001, welke na de bepaling van de op grond van goed koopmansgebruik vastgestelde afschrijvingslast moet worden toegepast. In de artikelsgewijze toelichting op art. 3.30a, tweede lid, Wet IB 2001 wordt echter opgemerkt dat met dit voorschrift “is beoogd dat met betrekking tot het geheel één boekwaarde wordt vastgesteld, op basis van artikel 3.30 één jaarlijks afschrijvingsbedrag wordt bepaald, en met betrekking tot het geheel artikel 3.30a toepassing vindt”. Voorts wordt in de toelichting hierover opgemerkt dat de ‘componentenbenadering’ (welke voortvloeit uit de bestaande jaarwinstbepalingsregels) niet meer mogelijk is (kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 3, blz. 25). Ook de voorgestelde letterlijke wettekst (“Voor de afschrijving” in plaats van “Voor de bepaling van de bodemwaarde”) lijkt erop te duiden dat de samentelregeling een ingreep in goed koopmansgebruik zelf betreft, en derhalve wetstechnisch beter in art. 3.30 Wet IB 2001 zou kunnen worden ondergebracht. De Orde wijst de staatssecretaris in dit verband op een tweetal belangrijke consequenties van toepassing van de samentelregel als correctie op de jaarwinstbepaling, en vraagt de staatssecretaris of hij deze gevolgen erkent (**vraag 8.5**):

1. Indien de samentelregeling moet worden gezien als een directe ingreep in goed koopmansgebruik, betekent dit dat onderdelen van een gebouw die voldoende zelfstandigheid bezitten en een afwijkende levensduur hebben niet langer afzonderlijk kunnen worden afgeschreven (zoals werd toegestaan in onder andere Hoge Raad 19 maart 1997, nr. 31.911, BNB 1997/162). Naar de mening van de Orde heeft invoering van de regel van art. 3.30a, tweede lid, als logisch en onvermijdelijk gevolg dat de kosten van vervanging van onderdelen van een gebouw die voorheen afzonderlijk konden worden afgeschreven voortaan – voor zover zij niet als kosten van verbetering moeten worden aangemerkt – dienen te worden behandeld als onderhoudskosten die ineens ten laste van de winst worden gebracht. Met andere woorden, vóór de invoering van de regel van art. 3.30a, tweede lid, dienden de kosten van vervanging van de pui van een gebouw die voor de afschrijving als afzonderlijk onderdeel van dat gebouw werd aangemerkt te worden geactiveerd en afgeschreven,

maar na de invoering van deze regel kunnen deze kosten ineens als onderhoudskosten ten laste van de winst worden gebracht.

2. Omdat de vervanging van een onderdeel van een gebouw als onderhoud moet worden gezien, is het mogelijk om voorafgaand aan deze vervanging een kostenequalisatiereserve of voorziening te vormen. Omdat de samentelregel, behoudens de op grond van art. 10a.3, derde lid, Wet IB 2001 voorgestelde beperkte termijn van eerbiedigende werking, onmiddellijke werking heeft, kan een belastingplichtige in beginsel ook in de jaren vóór de inwerkingtreding van de nieuwe regeling een kostenequalisatiereserve vormen voor de kosten die verband houden met de vervanging van een onderdeel van een gebouw, althans voor zover die kosten naar verwachting na ommekomst van de termijn van art. 10a.3, derde lid, Wet IB 2001, zullen worden gemaakt.

De Orde vraagt de staatssecretaris om een nadere toelichting te geven op de praktische toepassing van art. 3.30a, tweede lid, Wet IB 2001, de definitie van het begrip "gebouw" en de definitie van het begrip "aanhorigheid" (**vraag 8.6**). Indien een productielijn aard en nagelvast is verbonden met de ondergrond van een opstal, welke opstal op zichzelf is aan te merken als een gebouw, mag dan nog zonder beperkingen afzonderlijk worden afgeschreven op de productielijn? Geldt dit ook voor een gebouw met een bowlingbaan of een indoor-skibaan? Valt een relatief klein gebouw dat gelegen is op een omvangrijk terrein met technische installaties (bijvoorbeeld het complex van een groot chemisch concern) onder de aftrekbeperking? Is een opstal met muren en een dak dat alléén dient voor de huisvesting van een machine of installatie en anders dan voor onderhoud niet toegankelijk is voor personen (bijvoorbeeld een transformatorhuis) een gebouw in de zin van art. 3.30a Wet IB 2001? Kan een (technische) installatie een aanhorigheid bij een gebouw zijn?

Het wetsvoorstel bevat in art. 3.30a, vijfde lid, Wet IB 2001 een bepaling op grond waarvan in geval van mede-eigendom van een gebouw de WOZ-waarde van dat gebouw naar rato over de mede-eigenaren wordt verdeeld. De werking van deze bepaling in een situatie waarin de mede-eigendom van een gebouw berust op een maatschapsovereenkomst (hierna: personenvennootschap) wordt in de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II, 30 572, nr. 3, blz. 41) aan de hand van een voorbeeld geïllustreerd. In dit voorbeeld gaat de staatssecretaris ervan uit dat de verdeelsleutel wordt gevormd door het relatieve winstaandeel van de firmanten. In de beschreven situatie betreft het kennelijk een personenvennootschap met een eenvoudige winstverdelingsregeling. In de praktijk komen zeer complexe winstverdelingsbepalingen voor. De Orde verzoekt de staatssecretaris aan de hand van voorbeelden in te gaan op de verdeling van de WOZ-waarde bij meer ingewikkelde situaties (**vraag 8.7**). Bijvoorbeeld rijst de vraag welke betekenis er voor de verdeling van de WOZ-waarde moet worden toegekend aan een voorafgaande winstverdeling als arbeidsbeloning of beloning voor de kapitaalbreng. Hoe moet de WOZ-waarde worden toegerekend aan de firmanten als het betreffende gebouw door één van de vennoten is ingebracht in de maatschap met een voorbehoud voor alle op het inbrengmoment reeds bestaande stille reserves? Is in die situatie de winstverdeling ook van belang, of is dan van belang in welke mate de firmanten gerechtigd zijn tot de stille reserves in het pand?

Meer in zijn algemeenheid vraagt de Orde zich af of de winstverdeling een passende maatstaf is in situaties waarin deze winstverdeling kennelijk afwijkt van de mede-eigendom, hetgeen in de praktijk veelal het geval is (**vraag 8.8**).

De Orde vraagt dit, omdat het voorbeeld in de toelichting niet voldoende duidelijk maakt of de winstverdeling of het kapitaalaandeel van de vennoten doorslaggevend is voor de toerekening van de WOZ-waarde. In het voorbeeld zijn kapitaalaandeel en het winstaandeel van de vennoten aan elkaar gelijk. Wellicht ten overvloede wijst de Orde op de publicatie van J. Doornebal, Het verantwoorden van belangen in en resultaten uit personenvennootschappen, NTFR 2 maart 2006, nr. 9, blz. 1-4. In dit verband verzoekt de Orde de staatssecretaris om tevens in te gaan op het door de redactie van Vakstudienieuws (zie V-N 2006/30.3, blz. 74) gesignaleerde effect dat de kwalificatie van een gebouw tot beleggingsvastgoed in de zin van art. 3.30a, derde lid, onderdeel a, Wet IB 2001, afhankelijk kan zijn van het aantal vennoten dat in de personenvennootschap participeert (**vraag 8.9**).

De Orde merkt op dat er in de voorgestelde regeling een scherp onderscheid wordt gemaakt tussen een gebouw dat bestemd is om, kort gezegd, aan derden ter beschikking te stellen en een gebouw dat voor eigen gebruik bestemd is. Uit de toelichting blijkt dat het de bedoeling is om de bodemwaarde voor een gebouw dat ter belegging wordt aangehouden op 100% van de WOZ-waarde wordt vastgesteld. In dit verband merkt de Orde op dat er in de praktijk tal van situaties zijn waarin het verhuren van onroerende zake aan derden in materiële zin geen belegging zal vormen. Kan de staatssecretaris bevestigen dat ondernemingen die in het kader van hun bedrijfsuitoefening huizen of kamers ter beschikking stellen, hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan organisaties die vakantiehuisjes verhuren en hotels, niet te maken krijgen met de hogere bodemwaarde voor beleggingsvastgoed (**vraag 8.10**)?

In het voorgestelde art. 3.30a, zevende lid, Wet IB 2001 wordt bepaald dat, indien verbonden personen en/of lichamen investeringen verrichten in één gebouw, de afschrijving van dat gebouw wordt berekend alsof deze investeringen door één persoon zijn verricht en dat vervolgens de aldus berekende afschrijving wordt toegerekend aan deze verbonden personen en/of lichamen. Met betrekking tot deze bepaling signaleert de Orde twee vraagpunten.

- In par. 7.2.1 van het algemene gedeelte van de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat ook onder het voorgestelde afschrijvingssysteem afwaardering tot de lagere bedrijfswaarde mogelijk blijft. De Orde vraagt zich af of het juist is dat de ‘samentelbepaling’ die is opgenomen in art. 3.30a, zevende lid, wel geldt voor de afschrijving van de investeringen van verbonden personen en/of lichamen in één gebouw, maar niet voor de afwaardering tot de lagere bedrijfswaarde van de investeringen van deze personen en/of lichamen in dat gebouw. De afwaardering van een (onderdeel van een) gebouw tot de lagere bedrijfswaarde vloeit immers niet voort uit art. 3.30, noch uit art. 3.30a, maar uit het goede koopmansgebruik van art. 3.25 (**vraag 8.11**).
- De Orde vraagt zich af of het juist is dat de ‘samentelbepaling’ die is opgenomen in art. 3.30a, zevende lid, ertoe kan leiden dat sprake is van samentelling van investeringen van verbonden personen en/of lichamen die niet onder dezelfde wet vallen en/of niet allen de status van ondernemer hebben (**vraag 8.12**). Deze vraag kan worden toegelicht met het volgende voorbeeld. De directeur en enig aandeelhouder van een BV koopt van derden een perceel grond met daarop het casco van een winkelpand. Hij gaat dit pand met ondergrond verhuren aan zijn BV die zorgt voor de afbouw en inrichting van het pand. Het pand gaat bij de directeuraandeelhouder op grond van het bepaalde in art. 3.92 Wet IB 2001 behoren tot het vermogen van een werkzaamheid en bij de BV worden de investeringen in het huurrecht geactiveerd als bedrijfsmiddel/economisch goed.

In dit geval vallen de directeuraandeelhouder en de BV niet alleen onder verschillende wetten, maar mist de directeuraandeelhouder bovendien de ondernemersstatus die de BV wel heeft. Is het juist dat ook in dergelijke gevallen samentelling dient plaats te vinden?

Tot het vermogen van een belastingplichtige kunnen in het buitenland gelegen onroerende zaken behoren. Met betrekking tot de afschrijvingsbeperking ten aanzien van deze zaken rijzen onder andere de volgende vragen:

- Geldt ook voor buitenlandse onroerende zaken dat (50% van) de WOZ-waarde als bodemwaarde fungeert (**vraag 8.13**)? Dient de belastingplichtige deze WOZ-waarde zelf vast te stellen (zie de artikelsgewijze toelichting op art. 3.30a, vierde lid, Wet IB 2001) (**vraag 8.14**)? Zo ja, op welke wijze gaat de Belastingdienst dan toetsen of de door de belastingplichtige bepaalde WOZ-waarde juist is (**vraag 8.15**)?
- Indien de buitenlandse onroerende zaken tot het vermogen van een vaste inrichting behoren kan het voorkomen dat de boekwaarde van een onroerende zaak op de fiscale balans ten behoeve van de generale winstberekening lager is (bijvoorbeeld door de afboeking van een herinvesteringsreserve) dan de boekwaarde van die onroerende zaak op de fiscale balans ten behoeve van de winstberekening van de vaste inrichting. Is het juist dat de afschrijvingsbeperking van art. 3.30a Wet IB 2001 in deze situatie eerder aan de orde komt bij de berekening van de generale winst dan bij de berekening van de winst van de vaste inrichting? Met andere woorden, kan het voorkomen dat bij de berekening van de generale winst reeds sprake is van beperking van de afschrijving van een buitenlandse onroerende zaak, terwijl tegelijkertijd bij de berekening van de winst van de vaste inrichting nog geen sprake is van beperking van de afschrijving van diezelfde buitenlandse onroerende zaak (**vraag 8.16**)?

Tot slot merkt de Orde op dat door de voorgestelde wijze van afschrijving de fiscale regels afwijken van het jaarrekeningenrecht. Zelfs de IFRS-regels, die het meest moderne inzicht in de accountancy weergeven, kennen een dergelijk waarderingssysteem niet. Alleen voor beleggingsvastgoed geldt een waarderingssysteem dat enigszins in de buurt komt van de nu voorgestelde afschrijvingsbeperkingsmaatregel voor gebouwen, maar dat is zelfs niet verplicht maar optioneel. Volgens IFRS mag beleggingsvastgoed worden gewaardeerd op de werkelijke waarde in plaats van op de kostprijs verminderd met afschrijvingen. De Orde acht het verder uiteenlopen van het jaarrekeningenrecht en het fiscale recht niet wenselijk.

## **9 Beperking afschrijvingen goodwill en andere bedrijfsmiddelen (art. 3.30, tweede lid, Wet IB 2001)**

De Orde merkt op dat de staatssecretaris twee argumenten aanvoert voor de voorgestelde beperking in de afschrijving ter zake van goodwill:

- a. (voorkoming van) lastige discussies in de praktijk en
- b. het feit dat de meeste andere EU-lidstaten een langere afschrijvingstermijn hanteren dan de gebruikelijke vijf jaren.

De Orde vindt dit een zwakke motivering en betwijfelt of het vaststellen van de afschrijvingstermijn ter zake van goodwill in de praktijk tot uitvoeringsproblemen leidt. In het merendeel van de gevallen is er wel overeenstemming over de in aanmerking te nemen afschrijvingsperiode – of wordt deze alsnog bereikt. Indien de inspecteur geconfronteerd wordt met een naar zijn opvatting te hoge afschrijvingslast kan hij deze altijd ter discussie stellen.

Nu er voor belastinggeschillen na de bezwaarfase twee feitelijke instanties zijn, is niet te verwachten dat de discussie in rechte over de afschrijvingstermijn van goodwill en overige activa onvoldoende uit de verf komt.

Dat andere EU-lidstaten mogelijk een langere afschrijvingstermijn voor goodwill zouden kennen is naar de mening van de Orde geen sterk argument. Er zijn wel meer verschillen tussen de EU-lidstaten als het aankomt op de bepaling van de belastinggrondslag voor winstbelastingen. Dat is nu eenmaal een gevolg van het ontbreken van aan (volledige) harmonisatie ten aanzien van de winstbelastingen in Europees verband. De Orde is van mening dat elke ingreep door de wetgever in ons systeem van goed koopmansgebruik door een overtuigende motivering dient te worden gedragen.

Het vorenstaande geldt volgens de Orde ook voor de motivering van de staatssecretaris voor de voorgestelde ingreep in de afschrijvingsregel voor overige bedrijfsmiddelen (Kamerstukken II, vergaderjaar 2005–2006, 30 572, nr. 3, blz. 27): “In de praktijk blijkt dat bij bedrijfsmiddelen waarop pleegt te worden afgeschreven de werkelijke gebruiksduur vaak langer is dan de geschatte gebruiksduur.” De Orde merkt hierover op dat het bij de bepaling van de afschrijvingslast niet aankomt op de werkelijke gebruiksduur, maar op de economische levensduur van een bedrijfsmiddel. Dat bedrijfsmiddelen na ommekomst van hun economische levensduur nog een zekere functie vervullen binnen de onderneming is niet voldoende om daaruit te concluderen dat de afschrijvingslast te hoog zou zijn.

De Orde is van mening dat er geen noodzaak is voor een wettelijke ingreep, nu de Belastingdienst over adequate mogelijkheden beschikt om de gepresenteerde afschrijvingsduur ter discussie te stellen indien deze niet in overeenstemming zou zijn met de economische levensduur.

De Orde vindt verder dat de voorgestelde minimale afschrijvingsduur voor overige bedrijfsmiddelen in het in de toelichting genoemde specifieke geval van computers juist wél in strijd is met de realiteit. De ontwikkelingen op hardware- en softwaregebied gaan zo snel dat computers over een steeds kortere economische levensduur beschikken. Innovatieve ondernemingen moeten vaak voortdurend de beschikking hebben over hoogwaardige informatietechnologie, gekoppeld aan een hoge processorcapaciteit. Te denken valt aan DTP en CAD/CAM-achtige toepassingen in de grafische industrie en ontwerpsector. De voorgestelde minimale afschrijvingsduur van vijf jaren houdt naar de mening van de Orde juist voor computers te weinig rekening met de werkelijkheid. Uiteraard zijn er voorbeelden denkbaar waarin een computer die slechts voor eenvoudige tekstverwerking- en e-mailtoepassingen wordt ingezet over een langere termijn kan worden afgeschreven dan drie jaar, maar dit kan naar de mening van de Orde geen maatstaf vormen voor alle andere situaties. Dit te meer niet omdat bij de investering in een computer veelal rekening wordt gehouden met de capaciteit van een computer in relatie tot zijn functie voor de onderneming.

De Orde is ten slotte van mening dat dit onderdeel van het wetsvoorstel haaks staat op het voornemen om hoogwaardige technologische ontwikkeling in Nederland zo veel mogelijk te stimuleren.

De Orde verwacht financieringsproblemen welke worden veroorzaakt door het gebrek aan eerbiedigende werking bij de beperking van de afschrijving van goodwill ter zake van reeds vóór de inwerkingtreding van het onderhavige wetsvoorstel aangekochte goodwill.



Goodwillinvesteringen roepen in de praktijk vaak een grote behoefte aan vreemdvermogenfinanciering op. De financiering wordt dan veelal afgestemd op de gebruikelijke afschrijvingsperiode ter zake van goodwill. De onaangekondigde beperking van de afschrijvingstermijn zonder eerbiedigende werking voor bestaande goodwillinvesteringen zal naar de opvatting van de Orde in veel situaties tot een additionele financieringsbehoefte en daarmee gepaard gaande extra lasten leiden in een fase waarin de financiële toestand van de onderneming toch al onder druk staat. De Orde is mede om die reden van mening dat de ingreep in de afschrijvingsmogelijkheden ter zake van goodwill alleen voor goodwillinvesteringen na de inwerkingtreding van de nieuwe regeling zou moeten gelden.

De Orde constateert dat de Memorie van Toelichting op een aantal punten afwijkt van de voorgestelde letterlijke wettekst en verzoekt de staatssecretaris om duidelijkheid te verschaffen. Het gaat om de volgende punten.

1. In de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II, 2005-2006, 30 572, nr. 3, blz. 45) geeft de staatssecretaris een voorbeeld (zie het eerstgenoemde voorbeeld) van de toepassing van de nieuwe afschrijvingsbeperking voor op de datum van inwerkingtreding van de Wet reeds gedane, maar nog niet afgeschreven, investeringen. Uit dit voorbeeld blijkt dat de belastingplichtige de resterende boekwaarde moet verdelen over de nog resterende minimale afschrijvingsperiode. Dit voorbeeld strookt echter niet met de tekst van het voorgestelde art. 3.30, tweede lid, Wet IB 2001. Die betreft immers een beperking tot een bepaald percentage van de aanschaffings- of voortbrengingskosten en houdt geen verband met de boekwaarde op het moment van inwerkingtreding van de wet. Evenmin is een daartoe strekkende overgangsmaatregel opgenomen. Op grond van de letterlijke wettekst zou de in aanmerking te nemen afschrijving vanaf 2007 naar de opvatting van de Orde maximaal 20% van de aanschaffings- of voortbrengingskosten ad € 12.000 bedragen, zijnde € 2.400. Volgens de toelichting bedraagt de maximale afschrijving echter € 4.000 gedeeld door drie is € 1.333 per jaar (**vraag 9.1**).
2. In de Memorie van Toelichting worden de voorgestelde ingrepen in de afschrijving ter zake van goodwill en andere bedrijfsmiddelen op een aantal plaatsen toegelicht als zijnde een voorschrift voor de minimaal in acht te nemen afschrijvingstermijn (van tien jaren c.q. vijf jaren). Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II, 2005-2006, nr. 30 572, blz. 3 (“Voorgesteld wordt de afschrijving meer in overeenstemming te brengen met de werkelijke gebruiksduur door voor alle bedrijfsmiddelen een minimale afschrijvingsduur van vijf jaar voor te schrijven”) en Kamerstukken II, 2005-2006, nr. 30 572, blz. 34 (“In het nieuwe tweede lid is geregeld dat de afschrijvingstermijn voor bedrijfsmiddelen op ten minste vijf jaar wordt gesteld en dat de afschrijvingstermijn voor goodwill op minimaal 10 jaar wordt gesteld”). In zijn algemeenheid bevat de tekst van het voorgestelde art. 3.30, tweede lid, Wet IB 2001, anders dan de toelichting doet vermoeden, in het geheel geen beperking ten aanzien van de afschrijvingstermijn, maar een maximaal in aanmerking te nemen percentage van de aanschaffings- of voortbrengingskosten. Op grond van de wettekst is het zeker mogelijk dat ‘andere bedrijfsmiddelen’ in minder dan vijf jaren kunnen worden afgeschreven. Bij de formulering van het maximum is immers geen rekening gehouden met de restwaarde van het bedrijfsmiddel. In dit kader verzoekt de Orde de staatssecretaris in te gaan op het navolgende voorbeeld. Indien een ‘ander’ bedrijfsmiddel ter waarde van 800 met een restwaarde van 200 gewoonlijk (op basis van goed koopmansgebruik, zonder rekening te houden met de voorgestelde beperking) in vier jaren kan worden afgeschreven, bedraagt de gewone afschrijving 600 gedeeld door vier is 150 per jaar. Het met inachtneming van art. 3.30, tweede lid, Wet IB 2001 vastgestelde maximum bedraagt in deze situatie 20% van 800 is 160.

Omdat de ingevolge het voorgestelde art. 3.30, tweede lid, Wet IB 2001 ten hoogste in aanmerking te nemen afschrijvingsbedrag lager is dan het op basis van de normale jaarwinstregels in aanmerking te nemen afschrijvingsbedrag, kan het betreffende bedrijfsmiddel volgens de Orde in vier jaar worden afgeschreven tot de restwaarde (**vraag 9.2**).

De Orde is voorts van mening dat de werking van de voorgestelde afschrijvingsbeperking in art. 3.30, tweede lid, Wet IB 2001 bij een stelsel van degressieve afschrijvingen (afschrijving over de boekwaarde) niet geheel duidelijk is. Een degressief afschrijvingsstelsel kan ertoe leiden dat er in het begin van de afschrijvingsperiode een hoger percentage van 20 over de aanschaffings- en voortbrengingskosten in aanmerking wordt genomen en later een lager percentage dan 20. Ingevolge de voorgestelde beperking in art. 3.30, tweede lid, Wet IB 2001 zal een deel van de afschrijvingslast aan het begin van de afschrijvingsduur niet in aanmerking kunnen worden genomen. Mag de belastingplichtige zich in het volgende jaar bij de bepaling van het in beginsel af te schrijven bedrag baseren op de per aanvang van het boekjaar met inachtneming van de voorgestelde aftrekbeperkingen vastgestelde boekwaarde (**vraag 9.3**)? Zo niet, mag hij dan het niet in aanmerking genomen deel van de afschrijvingslast uit het eerste jaar (het excedent) in het tweede jaar in aanmerking nemen, mits uiteraard in het tweede jaar per saldo niet meer dan 20% wordt afgeschreven (**vraag 9.4**)? De Orde verzoekt de staatssecretaris om de werking van de voorgestelde beperkingen in de afschrijving bij een stelsel van degressieve afschrijving te verduidelijken.

Ten slotte vraagt de Orde zich af waarom het in art. 3.30, derde lid, opgenomen afschrijvingsvoorschrift voor immateriële activa beperkt is tot voortbrengingskosten (**vraag 9.5**). Bij de voortbrenging van een immaterieel actief worden vrijwel altijd ook aanschaffingskosten en/of verbeteringskosten gemaakt. Mede omdat het administratief zeer bewerkelijk is aanschaffings- en verbeteringskosten te splitsen van de voortbrengingskosten, acht de Orde het onwenselijk dat voor de verschillende kostensoorten verschillende afschrijvingsregimes gaan gelden. De Orde adviseert daarom om de voorgestelde regeling ook van toepassing te verklaren op aanschaffings- en verbeteringskosten (**Aanbeveling 33**).

## **10 Waardering onderhanden werk**

In het voorgestelde art. 3.29b Wet IB 2001 wordt bepaald dat de waardering van onderhanden werk wordt gesteld op het gedeelte van de overeengekomen vergoeding voor het aangenomen werk, dat is toe te rekenen aan dat onderhanden werk. De Orde wijst erop dit voorschrift aanzienlijk verder gaat dan de op dit terrein geldende regels in het jaarrekeningenrecht. In het jaarrekeningenrecht is deze waarderingsregel immers alleen toegestaan als is voldaan aan de voorwaarde dat de winst op de reeds verrichte prestaties in het kader van het werk op een verantwoorde wijze kan worden bepaald (RJ 221.202). Daarvan is onder andere geen sprake als belangrijke onzekerheden bestaan met betrekking tot de totale omvang van het contract of de ontvangst van de overeengekomen opbrengsten of als de kosten om het project af te maken of de mate waarin het project is gerealiseerd op balansdatum niet op verantwoorde wijze kunnen worden bepaald (RJ 221.204). De Orde is van mening dat het niet verantwoord is om de in art. 3.29b voorgestelde regel ook van toepassing te verklaren op gevallen waarin het jaarrekeningenrecht geen winstneming op onderhanden werk naar rato van de verrichte prestaties toestaat.

In de eerste plaats is het in die gevallen niet mogelijk om op verantwoorde wijze te bepalen welk deel van de overeengekomen vergoeding is toe te rekenen aan het onderhanden werk, terwijl in de tweede plaats de nog aanwezige risico's dusdanig van omvang zijn dat elke vorm van winstneming prematuur moet worden geacht. De Orde bepleit dan ook om – als er al enige vorm van winstneming op onderhanden werk naar rato van de verrichte prestaties moet plaatsvinden – de regel van art. 3.29b te beperken tot gevallen waarin de winst op de reeds verrichte prestaties in het kader van het onderhanden werk op een verantwoorde wijze kan worden bepaald. Aldus wordt tegelijkertijd bereikt dat voor de fiscale winstberekening kan worden aangesloten bij de commerciële jaarrekening waardoor extra administratieve lasten voor de betrokken ondernemers worden voorkomen (**Aanbeveling 34**).

De Orde constateert dat, bij gebrek aan een specifieke overgangsbepaling, belastingplichtigen per ultimo 2007 winst moeten nemen over hun nog niet voltooide onderhanden werk. De Orde is van oordeel dat het ontbreken van redelijk overgangsrecht tot financieringsproblemen zal leiden in verband met de verschuldigde vennootschapsbelasting. Dit is bijvoorbeeld het geval bij bouwbedrijven die grote langlopende projecten moeten voorfinancieren. De Orde is van mening dat de voorgestelde regeling er niet mag toe leiden dat bedrijven in financiële problemen zouden kunnen komen en verzoekt de staatssecretaris in dit kader om tot een passende overgangsmaatregel te komen voor bestaande projecten.

Meer in zijn algemeenheid is de Orde de mening toegedaan dat de wetgever terughoudendheid dient te betrachten bij ingrepen in goed koopmansgebruik. De voorgestelde maatregel leidt tot een niet gerechtvaardigde uitholling van het voorzichtigheidsbeginsel voor een beperkte groep belastingplichtigen. Dit klemt te meer omdat de hier aan de orde zijnde ingreep in goed koopmansgebruik voor de schatkist slechts een éénmalig voordeel op kasbasis oplevert. De Orde bepleit dan ook het bepaalde in art. 3.29b Wet IB 2001 uitsluitend toe te passen op projecten die contractueel vanaf 1 januari 2007 tot stand komen, zodat alle op dat tijdstip lopende contracten volledig geëerbiedigd worden en bij nadien tot stand gekomen contracten met het bepaalde in art. 3.29b Wet IB 2001 rekening kan worden gehouden.

De voorgestelde waarderingsregel voor onderhanden werk houdt in dat er activering dient plaats te vinden op het gedeelte van de vergoeding dat is toe te rekenen aan het onderhanden werk. De Orde vraagt de staatssecretaris om het begrip “vergoeding” nader toe te lichten (**vraag 10.1**). Er komen immers tal van situaties voor waarin de tegenprestatie deels afhankelijk is van de vervulling van een aantal voorwaarden, waarvan het onzeker is of eraan zal worden voldaan. Mag de belastingplichtige bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding rekening houden met deze onzekere voorwaarden of moet hij hiervoor een voorziening te vormen (**vraag 10.2**)?

De Orde verzoekt de staatssecretaris ten slotte in te gaan op de opmerking van de redactie van Vakstudienieuws (V-N 2006/30.3, blz. 67), inhoudende dat het door dit wetsvoorstel in het leven geroepen onderscheid tussen de waardering van onderhanden werk en voorraad niet is te rechtvaardigen (**vraag 10.3**).

## **11 Afschrijving immateriële activa**

De Orde is verheugd over het voorstel om belastingplichtigen de mogelijkheid te bieden om voortbrengingskosten ter zake van immateriële activa in het kalenderjaar van voortbrenging ten laste van de winst te brengen. Dergelijke faciliteiten stimuleren innovatief ondernemerschap in Nederland. Deze mogelijkheid staat naar de tekst van de wet slechts open voor voortbrengingskosten en niet voor aanschaffingskosten van immateriële activa. De Orde verzoekt de staatssecretaris te beargumenteren waarom dit onderscheid moet worden gemaakt, aangezien een toelichting hierop ontbreekt (**vraag 11.1**). Voorts vraagt de Orde of een belastingplichtig die aanschaffingskosten maakt ter zake van een immaterieel activum en vervolgens zelf kosten maakt om dit immaterieel activum te verbeteren, de verbeteringskosten wel in het kalenderjaar waarin de kosten worden gemaakt ineens ten laste van de winst mag brengen (**vraag 11.2**).

## **12 Optierechten op eigen aandelen**

De Orde betreurt de voorgestelde afschaffing van artikel 9 lid 1 letter h en het invoegen van een nieuw eerste lid letter j van artikel 10 Wet Vpb. Deze aftrekbeperking is naar onze mening een willekeurig gekozen grondslagverbredende maatregel.

De Orde merkt allereerst op dat de voorgestelde wettekst van art. 10 lid 2 letter j onvolledig is en zou moeten luiden als volgt: "bij een vennootschap met een geheel of ten dele in aandelen verdeeld kapitaal: bij uitreiking of toekenning van aandelen in dat kapitaal of in dat van een met die vennootschap verbonden lichaam, van winstbewijzen in de vennootschap of in een met die vennootschap verbonden lichaam, alsmede bij toekenning van rechten om aandelen in dat kapitaal of winstbewijzen in de vennootschap of een daarmee verbonden lichaam te verwerven of daarmee gelijk te stellen rechten, de waarde daarvan". (de onderstreepte woorden completeren de tekst). De Orde adviseert de wettekst hiermee aan te passen (**Aanbeveling 35**).

Blijkens de toelichting wordt hiermee beoogd terug te keren naar de situatie zoals die bestond onder het arrest Hoge Raad 20 juni 1956, nr. 12 790, BNB 1956/244. In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat het niet bedingen van agio ter zake van aan een werknemer uitgegeven aandelen "de winst en verliesrekening van de vennootschap niet raakt". Ter motivatie van de afschaffing van deze aftrekmogelijkheid voert de wetgever aan dat de vennootschap door de verstrekking van de optierechten niet armer wordt, maar dat de deelgerechtigdheid tot het vermogen (potentieel, als de opties worden uitgeoefend) over meer aandelen wordt verdeeld.

Deze argumentatie is naar de mening van de Orde onjuist. Zoals de Raad van State terecht in haar advies opmerkt, geldt dat de beloningen van werknemers uit hun aard bedrijfskosten zijn. De motivering dat de vennootschap door de verstrekking van de optierechten (of aandelen) niet armer wordt, wordt dan ook niet ondersteund door de ontwikkelingen in het jaarrekeningenrecht als gevolg waarvan onder IFRS en US GAAP de kosten van optierechten (of aandelen) wél ten laste van de winst- en verliesrekening van de vennootschap gebracht dienen te worden. Dit onderdeel van de wetsvoorstel loopt derhalve uit de pas met de maatschappelijke ontwikkelingen. Dit is opmerkelijk omdat eerder wordt opgemerkt dat een te lang achterlopen van de fiscale winstbepaling bij maatschappelijke ontwikkelingen ongewenst is.

Bovendien miskent de argumentatie dat "wordt teruggekeerd naar de situatie onder het arrest BNB 1956/244" dat de reikwijdte van het wetsvoorstel beperkt is tot de situatie waarbij indien een belastingplichtige nieuwe aandelen uitgeeft aan werknemers ter voldoening van haar verplichtingen uit hoofde van een werknemersparticipatieplan. Ook andere situaties, waarin de belastingplichtige wel degelijk verarmt, vallen onder het voorgestelde artikel, waaronder de inkoop van eigen aandelen door de belastingplichtige om aan haar verplichtingen te voldoen.

Het huidige wettelijke systeem is in de afgelopen jaren – mede naar aanleiding van jurisprudentie van de Hoge Raad – uitgekristalliseerd. Daarbij is rekening gehouden met de samenhang tussen hetgeen bij de werknemer als loon in aanmerking wordt genomen en de aftrekbare loonkosten voor de werkgever. De wetgever gaat nu wel erg gemakkelijk voorbij aan haar standpunt van de afgelopen 13 jaar<sup>2</sup> en aan de overwegingen die aan de beslissingen van de Hoge Raad in BNB 1997/47 ten grondslag lagen. In BNB 1997/47 heeft de Hoge Raad bepaald dat de waarde van aan werknemers toegekende vergoedingen, in welke vorm ook, als ondernemingskosten dient te worden aangemerkt. Met de invoering van de aftrekbepanking laat de wetgever de door hem zelf beoogde samenhang tussen hetgeen bij de werknemer als loon in aanmerking wordt genomen en de aftrekbare loonkosten voor de werkgever geheel los.

De Orde merkt op dat de invoering van deze aftrekbepanking haaks staat op de doelstelling van het kabinet om buitenlandse investeerders naar Nederland te trekken. Hierbij verwijst de Orde naar door de staatssecretaris in het Nader Rapport<sup>3</sup> gemaakte opmerkingen dat de belastingplichtige, om de gevolgen van het arrest BNB 1956/244 (en derhalve ook dit wetsvoorstel) te vermijden, de transactie "maar via de kas moet laten lopen". Immers, juist de in het buitenland gevestigde multinationals dienen als gevolg van dit wetsvoorstel hun wereldwijde werknemersparticipatie-plannen aan te passen als de Nederlandse groepsmaatschappij ook aandelen(opties) toekent aan haar werknemers. Dit terwijl de "Nederlandse" ondernemingen eventuele werknemersparticipatieplannen zodanig zullen inrichten dat de nadelige gevolgen van het wetsvoorstel vermeden worden.

Om elke mogelijke onzekerheid op dit punt te vermijden, vraagt de Orde de staatssecretaris te bevestigen dat zolang een belastingplichtige niet aandelen, opties of winstbewijzen toekent aan een werknemer, maar kiest voor een beloningsvorm die in de vorm van geld wordt uitbetaald, het voorgestelde artikel 9 lid 1 letter j nimmer de aftrek voor deze beloning "via de kas" beperkt, ook al hangt de *omvang* van deze geldelijke beloning af van het koersverloop van de aandelen in de belastingplichtige dan wel een met de belastingplichtige verbonden lichaam (**vraag 12.1**).

Op grond van het bovenstaande is de Orde van mening dat geen sprake is van een grondslagverbredende maatregel die voldoet aan de door de wetgever geformuleerde reden: dat er ook los van het budgettaire aspect duidelijke argumenten voor de maatregel bestaan.<sup>4</sup> De Orde sluit zich aan bij de mening van de Raad van State dat het de voorkeur verdient dit onderdeel van het wetsvoorstel te schrappen (**Aanbeveling 36**).

---

<sup>2</sup> Per 1 januari 1994 is bij de Wet bevordering werknemersparticipaties en winstdelings- en spaarregelingen voor werknemers artikel 9 lid 1 letter i Wet VPB ingevoerd, op grond waarvan de belastingplichtige ingeval van toekenning van opties een bedrag in aftrek mocht brengen dat bij de werknemer als loon in aanmerking moest worden genomen

<sup>3</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 572, nr. 4, pagina 17.

<sup>4</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 572, nr. 3, pagina 21.

Indien de staatssecretaris desondanks van mening is dat deze aftrekbeperking moet worden doorgevoerd, dient naar de mening van de Orde in ieder geval overgangsrecht te worden opgenomen voor zover de toekenning van aandelen, winstbewijzen en/of rechten om aandelen te verwerven (of daarmee gelijk te stellen rechten) in het kapitaal van de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam heeft plaatsgevonden vóór 1 januari 2007. Immers, ingeval dergelijke rechten op of na 1 januari 2007 onvoorwaardelijk worden ("vesting"), worden ook deze rechten getroffen door de voorgestelde aftrekbeperking. Naar de mening van de Orde is het onredelijk dat een belastingplichtige achteraf met een aftrekbeperking – dus extra kosten – wordt geconfronteerd terwijl hij niet meer in de gelegenheid is deze extra kosten te beperken (omdat de rechten al toegekend zijn) (**Aanbeveling 37**).

### **13 Verkoopkosten deelneming**

De Orde is verbaasd over het gemak waarmee de verkoopkosten van een deelneming onder de deelnemingsvrijstelling worden gebracht. Blijkens het Nader Rapport<sup>5</sup> wordt de lijn die is ingezet door het van aftrek uitsluiten van aankoopkosten van een deelneming nu doorgetrokken naar de verkoopkosten van een deelneming. De opbrengst van deze maatregel wordt ingezet ter financiering van de tariefsverlaging.

Hoewel de Memorie van Toelichting bevestigt dat de deelnemingsvrijstelling een bruto-vrijstelling is, krijgt de deelnemingsvrijstelling door dit aspect van het wetsvoorstel steeds meer het karakter van een netto-vrijstelling. De Orde maakt zich zorgen dat het principe van de bruto-vrijstelling wordt verlaten. Hierbij wordt verwezen naar onze eerdere opmerking dat de deelnemingsvrijstelling één van de belangrijkste pijlers van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat voor multinationalaal werkzame ondernemingen is. De ontwikkeling baart te meer zorg omdat deze inperking louter is ingegeven door budgettaire overwegingen.

De aftrekbeperking van aankoopkosten is in de wet opgenomen in het kader van de reparatie van het arrest HR 22 mei 2002, nr. 37 021, BNB 2002/262c\*. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad zeer verrassend dat de aankoopkosten van een deelneming in het jaar waarin zij worden gemaakt bij de moedermaatschappij in aftrek mochten worden gebracht. Tot dat moment was aftrek niet mogelijk omdat – volgens de toen geldende jurisprudentie – dergelijke kosten moesten worden geactiveerd.<sup>6</sup> Met terugwerkende kracht zijn de aankoopkosten expliciet van aftrek uitgesloten<sup>7</sup> en is de werking van het arrest BNB 2002/262c\* gerepareerd. Met uitzondering van een beroep op de budgettaire derving is de toelichting op dit wetsvoorstel zeer summier. Er is dan ook van diverse kanten kritiek geuit op deze aanpassing van de deelnemingsvrijstelling<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 572, nr. 4, pagina 16.

<sup>6</sup> Vergelijk Hoge Raad 2 maart 1994, BNB 1994/164 en Hoge Raad 8 juli 1996, BNB 1996/367 en BNB 1996/368.

<sup>7</sup> Wet van 4 november 2004 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Stb. 2004, 581, in verband met de invoering van een aftrekverbod voor de aankoopkosten van een deelneming.

<sup>8</sup> Zie o.a. Prof. dr. R.P.C.W.M. Brandsma "Het wetsvoorstel Aftrekverbod inzake aankoopkosten deelnemingen; een baksteen of een rimpeling in de deelnemingsvijver?", WFR 2004/673 alsmede het NOB Commentaar op het Wetsvoorstel nr. 29 381 d.d. 24 februari 2004.

Nu wordt de aftrek van verkoopkosten beargumenteerd met de bestaande aftrekbepanking van de aankoopkosten van een deelneming. Dit komt de Orde onjuist voor. Allereerst is het zo dat een eerdere –hevig bekritiseerde – wettelijke bepaling in afwijking van het destijds geldend recht een onvoldoende motivering is voor de voorgestelde aftrekbepanking voor verkoopkosten. Daarbij geldt dat de aftrekbepanking in de wet is gekomen als reparatiemaatregel om een onverwachte, grootscheepse budgettaire derving te voorkomen. Van dergelijke onvoorziene budgettaire derving is nu geen sprake.

Als gevolg van de voorgestelde aftrekbepanking komen daadwerkelijk gemaakte kosten nergens in aftrek. Dit geldt niet zonder meer voor aankoopkosten, waarvoor in beginsel geldt dat zij kunnen worden geactiveerd als onderdeel van de kostprijs en daarmee het opgeofferd bedrag verhogen. Door middel van de liquidatieverliesregeling van artikel 13d Wet VPB kunnen deze aankoopkosten potentieel in aftrek komen.

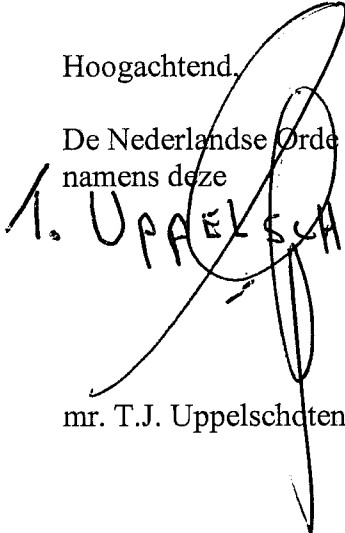
De Orde sluit zich aan bij het advies van de Raad van State om – mede gezien de gebrekkige onderbouwing van deze inbreuk op de bruto deelnemingsvrijstelling – dit onderdeel te schrappen (**Aanbeveling 38**).

#### 14 Tot slot

Een kopie van deze brief heeft de Orde 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

  
T. UPPELSCHOTEN

mr. T.J. Uppelschoten