

Vergaderjaar 2004–2005

29 686

Wijziging van enkele belastingwetten in verband met een herziening van de behandeling van de omzetting en kwijtschelding van afgewaardeerde vorderingen en een aanpassing van de regeling voor afwaarderingsverliezen van deelnemingen

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 15 september 2005

Allereerst wil ik de leden van de commissie danken voor hun inbreng bij het voorliggende wetsvoorstel. De door deze leden gestelde vragen bieden mij de gelegenheid om een aantal zaken nader te verduidelijken en toe te lichten.

1. Algemeen

De leden van de CDA-fractie hebben met belangstelling kennis genomen van het wetsvoorstel. Behalve dat zij prijs stellen op de behandeling van een aantal vragen die voor de uitvoering van deze wet van belang zijn, verzoeken zij om een nadere uitwerking van mijn uitspraak tijdens de behandeling in de Tweede Kamer dat het splitsen van het voorliggende wetsvoorstel een harde les was om dit soort complexe zaken niet op één hoop te gooien.

De in dit wetsvoorstel geregelde onderwerpen maakten aanvankelijk deel uit van het voorstel van wet dat heeft geleid tot de Wet van 4 november 2004 tot wijziging van de wet op de vennootschapsbelasting 1969 in verband met de invoering van een aftrekverbod voor de aankoopkosten van een deelneming (Stb. 2004, 581). Op aandrigen van de Vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer zijn de thans voorliggende onderwerpen daar destijds uitgelicht en in een afzonderlijk wetsvoorstel separaat opnieuw aan de Tweede Kamer voorgelegd. Ik trek daaruit de conclusie dat het in het algemeen niet verstandig is om verschillende complexe, niet louter technische, onderwerpen in één voorstel samen te voegen, tenzij daar duidelijke redenen voor zijn. Bij dit laatste valt te denken aan een duidelijke inhoudelijke of budgettaire samenhang.

Ook de leden van de fractie van de PvdA hebben met belangstelling kennis genomen van het onderhavige wetsvoorstel. Zij vragen of dit wetsvoorstel moet worden gezien als het herstel van een in 2001 gemaakte fout.

Met betrekking tot de wijze waarop tegen de problematiek van de omzetting van afgewaardeerde vorderingen kan worden aangekeken, staat, gelet op oude arresten van de Hoge Raad, buiten kijf dat een dergelijke omzetting zonder nadere regeling bij de crediteur noch bij de debiteur leidt tot winstneming¹. Tevens bestaat brede overeenstemming

¹ HR 25 juni 1969, nr. 16 104, BNB 1969/202 en HR 26 april 1978, nr. 18 402, BNB 1978/140.

dat dit gevolg niet zonder meer zou moeten worden aanvaard. Veel minder overeenstemming bestaat echter over de vraag welke aanpak vervolgens moet worden gevolgd. De Raad van State heeft in zijn advies van 5 april 2004 (No. W06.04.0132/IV) bij het onderhavige wetsvoorstel¹ in heldere bewoordingen uiteengezet dat er in dat verband twee mogelijkheden zijn, die afhankelijk van het gekozen uitgangspunt beide verdeelbaar zijn. Dit geldt zowel voor een aanpak aan de zijde van de crediteur als voor een aanpak aan de zijde van de debiteur. In zijn advies van 7 juni 2000 (No. W06.00.0186/IV)² ten aanzien van de invoering van artikel 12 Wet Vpb 1969 had de Raad aangegeven geen reden te zien voor een nieuwe discussie op dit punt, gegeven het destijds reeds bestaande artikel 13b van de wet.

Voor welke aanpak uiteindelijk wordt gekozen, hangt in de eerste plaats af van het met de maatregel beoogde doel. Indien men enkel wenst te voorkomen dat een aftrekbare afwaardering wordt gevolgd door een onbelaste waardeinstijging, ligt een aanpak aan de zijde van de crediteur meer voor de hand. Indien er tevens belang aan wordt gehecht om de vergelijkbare rechtsfiguren kwijtschelding en omzetting fiscaal gelijk te behandelen, moet de voorkeur worden gegeven aan een aanpak aan de zijde van de debiteur. Dit is een kwestie van het wegen van belangen en argumenten.

Tegen deze achtergrond kan de invoering van artikel 12, waarbij werd gekozen voor de tweede aanpak, niet worden aangemerkt als een fout en het huidige voorstel, dat aansluit op de eerste benadering, moeilijk als herstel van een fout. Dat neemt niet weg dat deze gang van zaken geen schoonheidsprijs verdient. Tijdens de plenaire behandeling van het voorliggende wetsvoorstel in de Tweede Kamer heb ik dan ook reeds opgemerkt dat één en ander gelet op het streven naar een stabiele fiscale regelgeving beter had gekund en gemoeten.

De leden van de fractie van de VVD zeggen met belangstelling kennis te hebben genomen van dit belangrijke wetsvoorstel. Wel riep het voorstel bij deze leden enkele vragen op die hieronder zullen worden besproken.

2. Inhoud wetsvoorstel

Onzakelijke kwijtschelding

De leden van de CDA-fractie vragen zich af hoe onder het nieuwe regime moet worden omgegaan met een onzakelijke kwijtschelding. Ter illustratie schetsen zij een casus waarbij BV M alle aandelen houdt in BV D en BV X. Laatstgenoemde heeft een schuldvordering van nominaal 1000 op BV D afgewaardeerd tot op een bedrag van 400. Vervolgens scheldt BV X de gehele schuldvordering kwijt.

Als in het geschetste geval de schuldvordering om onzakelijke redenen wordt prijsgegeven, dient BV X ingevolge het bepaalde in artikel 13ba een bedrag van 600 (de eerdere afwaardering) tot haar winst te rekenen.

Eenzelfde gevolg zou optreden bij een zakelijke kwijtschelding. Het bedrag van 600 kan zij toevoegen aan een opwaarderingsreserve. Zoals uit de parlementaire behandeling van artikel 12 zou kunnen worden afgeleid³, valt de casus mogelijk onder de omschrijving van artikel 13ba, tweede lid, onderdeel b, maar omdat de casus in ieder geval valt onder de omschrijving in artikel 13ba, tweede lid, onderdeel c, is dit slechts van theoretisch belang. Omdat een onzakelijke kwijtschelding bij de debiteur niet tot winst leidt, komt men in die situatie aan de uitzondering van artikel 13ba, vierde lid, niet toe, zodat het onderscheid tussen onderdeel b en c ook in zoverre niet van belang is.

Wellicht ten overvloede zij overigens opgemerkt dat de vraag naar de volwaardigheid van een vordering en de vraag of een schuldvordering om zakelijke dan wel onzakelijke redenen wordt prijsgegeven, niet noodzake-

¹ Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 2003/04, 29 686, nr. 4, blz. 2.

² Advies Raad van State en nader rapport, Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. A, blz. 23–24.

³ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, blz. 30 en 51.

lijkerwijs met elkaar overeenkomen. Net zoals als het prijsgeven van een volwaardige vordering niet per definitie onzakelijk is, is evenmin het prijsgeven van een onvolwaardige vordering per definitie zakelijk.

Deelnemingsbegrip

De leden van de CDA-fractie vragen of de verwijzing naar het begrip «deelneming» in artikel 13b, vereist dat er een belastingplichtige is die een belang heeft dat kwalificeert voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

Met de verwijzing naar het begrip «deelneming» in artikel 13b van de wet is slechts beoogd aan te geven dat het verbonden lichaam een belang in de schuldenaar moet hebben dat voldoet aan de objectieve criteria zoals deze staan genoemd in artikel 13, tweede lid, van de wet. Niet vereist is dat het verbonden lichaam kan worden aangemerkt als een belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting. Dit zou namelijk betekenen dat voor toepassing van artikel 13b noodzakelijk zou zijn dat het in artikel 13b, eerste lid, bedoelde verbonden lichaam binnenlands of buitenlands belastingplichtig is. In dat verband zij tevens verwezen naar het antwoord opgenomen in het Besluit van 9 februari 2004, nr. CPP2003/2240M¹, onder 3.1.1.1. Bovenstaande uitleg geldt mutatis mutandis eveneens voor andere plaatsen in de wet waar de term «deelneming» op vergelijkbare wijze wordt gehanteerd, zoals in artikel 13ba, eerste en vijfde lid. In de door de leden geschetste casus waarbij een in België gevestigde BVBA M alle aandelen houdt in BV D en BV X (beide gevestigd in Nederland) en BV X een door haar afgewaardeerde schuldvordering op BV D vervreemdt aan BVBA M, is artikel 13b derhalve van toepassing. Daarbij is het niet van belang of M naar Nederlands of naar Belgisch recht is opgericht en evenmin of M in Nederland beschikt over een vaste inrichting.

Samenloop artikel 13ba, twaalfde lid (overeenkomstige toepassing) en reguliere toepassing

De leden van de CDA-fractie wijzen op een mogelijke samenloop tussen artikel 13ba, twaalfde lid, en de reguliere toepassing van artikel 13ba, eerste lid, in de situatie waarin de in Nederland gevestigde BV M alle aandelen houdt van de eveneens in Nederland gevestigde BV D, en BV D een 5% deelneming houdt in Ltd Z, gevestigd in de Verenigde Staten. Vervolgens geeft BV M een ten laste van haar winst afgewaardeerde schuldvordering op Ltd Z prijs.

In de geschetste casus is ten aanzien van BV M artikel 13ba, eerste lid, van toepassing. Zij heeft immers een ten laste van haar winst afgewaardeerde schuldvordering op een lichaam waarin een met haar verbonden lichaam (BV D) een deelneming houdt, en die schuldvordering geeft zij prijs (artikel 13ba, tweede lid, onderdeel c). Een bedrag ter grootte van de afwaardering wordt toegevoegd aan een opwaarderingsreserve en deze opwaarderingsreserve valt vrij ten laste van de winst naarmate de deelneming van BV D in Ltd Z in waarde stijgt (artikel 13ba, vijfde lid). Naar de letter van de wet valt de geschetste casus eveneens onder de omschrijving van artikel 13ba, twaalfde lid. Die bepaling moet echter worden gezien als een vangnetbepaling, een aanvulling op de hoofdregel van het eerste lid, voor situaties waarin weliswaar indirect een belang van 5% in de schuldenaar (Ltd Z) bestaat, maar de tussenhoudster (BV D) niet een met BV M verbonden lichaam is. Hiervan is sprake bij een belang van meer dan 5% maar minder dan een derde (artikel 10a, vierde lid). Omdat de door de leden van de CDA-fractie geschetste casus valt onder de omschrijving van het eerste lid, komt de toepassing van de vangnetbepaling van het twaalfde lid niet meer aan de orde.

¹ Onder andere gepubliceerd in BNB 2004/146.

De leden van de CDA-fractie vragen of de correctieregeling van artikel 13ba, zesde lid, die geldt bij de verkoop van een deelneming buiten concern kan worden omzeild door niet de deelneming zelf te vervreemden maar de tussenhoudster via welke de deelneming wordt gehouden (middellijke vervreemding). Ter illustratie wijzen zij op de situatie waarin BV X alle aandelen in BV Z en BV S houdt en tevens een opwaarderingsreserve heeft in verband met een omzetting van een afgewaardeerde schuldvordering op BV S. Vervolgens vervreemdt BV X 95% van haar aandelen in BV S aan BV Z. BV X houdt dan nog slechts een deelneming van 5% in BV S. Tenslotte vervreemdt BV X alle aandelen BV Z aan een derde.

Naar de letter wordt in deze situatie niet de deelneming in BV S zelf vervreemd aan een niet verbonden lichaam, maar het verbonden lichaam via hetwelk de deelneming wordt gehouden. Onder het begrip «deelneming» wordt voor de toepassing van artikel 13ba door de toerekeningsregel van het vijfde lid echter eveneens begrepen een indirecte deelneming. Daardoor is, gezien de samenhang tussen het vijfde en het zesde lid, in de geschetste situatie het zesde lid toch van toepassing. Dit is ook in overeenstemming met doel en strekking van dat lid.

In geval van een dergelijke indirecte vervreemding kan de correctieregeling in die zin worden genuanceerd dat de vermeerdering beperkt blijft tot de opbrengst van de verkoop van aandelen BV Z die toerekenbaar is aan de deelneming van BV Z in BV S. Hiermee wordt voorkomen dat een te grote correctie plaatsvindt in het nadeel van belastingplichtigen ingeval van een indirecte vervreemding. In de spiegelbeeldige situatie, de indirecte verkrijging van de deelneming, geldt dit eveneens. De vermindering van de actuele waarde in het economische verkeer van de deelneming met het voor de uitbreiding opgeofferde bedrag geldt slechts voor zover het opgeofferde bedrag toerekenbaar is aan de deelneming. Hiermee wordt voorkomen dat een te grote correctie plaatsvindt in het voordeel van belastingplichtigen ingeval van een indirecte verkrijging. Voor de volledigheid merk ik hier op dat de hiervoor gevolgde redenering ook van toepassing is voor artikel 3.98a, vijfde lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001. Indien in de door de leden van de CDA-fractie geschetste situatie BV X wordt vervangen door een resultaatgenieter, zou artikel 3.98a, vijfde lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001 van toepassing zijn. Van een vervreemding of verwerving van aandelen in de gewezen schuldenaar is derhalve ook sprake indien dit indirect gehouden aandelen betreft. De actuele waarde in het economische verkeer als bedoeld in het vierde lid, wordt alsdan gecorrigeerd met dat gedeelte van de verkoop- of verkrijgingsprijs dat kan worden toegerekend aan het belang in de gewezen schuldenaar.

Voeging artikel 13ba deelneming met een verbonden lichaam

De leden van de CDA-fractie vragen naar de gevolgen voor de afwikkeling van de opwaarderingsreserve als de schuldenaar deel gaat uitmaken van een fiscale eenheid met het verbonden lichaam dat de deelneming in de schuldenaar houdt. Zij wijzen daarbij op de situatie waarin BV M alle aandelen houdt in BV D en BV X en waarin BV D alle aandelen in BV S houdt. BV X houdt een opwaarderingsreserve aan in verband met een omzetting van een afgewaardeerde schuldvordering op BV S. Vervolgens gaan BV D en BV S een fiscale eenheid aan.

Zoals kan worden afgeleid¹ uit de parlementaire behandeling van het voorstel van wet dat heeft geleid tot de wet van 11 december 2002, Stb. 2002/518 (Herziening regime fiscale eenheid), heeft de fiscale eenheid tussen het verbonden lichaam dat de deelneming houdt (BV D) en de

¹ Kamerstukken I 2001/02, 26 854, nr. 45d, blz. 2-3.

schuldenaar (BV S) geen belang voor de toepassing van artikel 13ba bij de belastingplichtige (BV X). De fiscale eenheid tussen BV D en BV S heeft enkel betekenis in de directe relatie tussen respectievelijk BV D en BV S en de fiscus. Binnen de fiscale eenheid tussen BV D en BV S geldt dat BV D niet langer een deelneming houdt in BV S, maar die constatering heeft fiscaal slechts gevolgen in de relatie tussen die twee lichamen en de fiscus. Omdat de fiscale eenheid geen externe werking heeft, geldt voor de toepassing van artikel 13ba op BV X in de geschetste situatie nog steeds dat BV D een deelneming houdt in BV S, die op grond van artikel 13ba, vijfde lid, tweede volzin, wordt toegerekend aan BV X. Aan de toepassing van artikel 13ba, achtste lid – deze leden informeren daar naar – wordt in de geschetste situatie zodoende niet toegekomen. Ook is niet van belang of de aandelen in BV D en BV X worden gehouden door een lichaam (BV M) of door een natuurlijk persoon.

Schuldenaar maakt deel uit van een bestaande fiscale eenheid

Het antwoord op de vraag van de leden van de CDA-fractie, hoe het voorgestelde artikel 13ba moet worden toegepast als de schuldenaar ten tijde van de omzetting reeds als dochtermaatschappij deel uitmaakt van een fiscale eenheid met het verbonden lichaam, ligt in het verlengde van het hiervoor opgemerkte. Die fiscale eenheid heeft enkel betekenis in de directe relatie tussen het verbonden lichaam, de schuldenaar en de fiscus, maar niet ten aanzien van de toepassing van artikel 13ba op de belastingplichtige, die van die fiscale eenheid geen deel uitmaakt. Aan de toepassing van het twaalfde lid wordt zodoende niet toegekomen en het is niet van belang of de uiteindelijk aandeelhouder een lichaam is of een natuurlijk persoon.

Verdeling opwaarderingsreserve bij ontvoeging

De leden van de CDA-fractie wijzen erop dat geen regeling is opgenomen betreffende de toedeling van een bij een fiscale eenheid aanwezige opwaarderingsreserve, als die fiscale eenheid wordt verbroken. Zij vragen zich af of het niet noodzakelijk is een regeling op te nemen vergelijkbaar aan artikel 15aj, vierde lid, Wet Vpb 1969, betreffende de verdeling van een herinvesteringsreserve bij ontvoeging. In dat verband merk ik op dat artikel 15aj, vijfde lid, regels bevat betreffende de vraag in hoeverre fiscale omstandigheden, bij afwezigheid van bijzondere toerekeningsregels, overgaan op de ontvoegde dochtermaatschappij of achterblijven bij de moedermaatschappij/fiscale eenheid. Genoemde regeling bepaalt dat een ontvoegde dochtermaatschappij in de plaats treedt van de fiscale eenheid met betrekking tot al hetgeen zij na ontvoeging voortzet. Toegepast op de opwaarderingsreserve betekent dit dat een door de fiscale eenheid gevormde opwaarderingsreserve bij verbreking van de fiscale eenheid wordt toegerekend aan een ontvoegde dochtermaatschappij, voor zover die dochtermaatschappij ten tijde van de verbreking al dan niet via toerekening, de deelneming in de schuldenaar houdt. De schuldvordering zelf bestaat immers niet meer zodat daarbij niet langer kan worden aangesloten. Het bovenstaande is anders als sprake is van hybridisering en de schuldvordering ten tijde van de ontvoeging dus nog wel bestaat. In dat geval zal de opwaarderingsreserve bij ontvoeging worden toegerekend aan de maatschappij die de vordering houdt. Als een maatschappij op het voegingstijdstip reeds een opwaarderingsreserve aanhoudt, gaat deze bij ontvoeging van die maatschappij uiteraard weer met die maatschappij mee.

Vervreemding artikel 13ba-deelneming aan verbonden natuurlijk persoon in het kader van liquidatie

De leden van de fractie van het CDA schetsen de situatie waarin een natuurlijk persoon Y alle aandelen houdt in BV X, die op haar beurt alle aandelen houdt in BV S. Nadat BV X een opwaarderingsreserve heeft gevormd in verband met een omzetting van een afgewaardeerde vordering op BV S, wordt BV X geliquideerd.

Liquidatie van BV X houdt doorgaans in dat de vennootschap wordt ontbonden door een besluit van de algemene vergadering als bedoeld in artikel 2:19, eerste lid, onderdeel a, BW. Zolang BV X nog alle aandelen in BV S houdt, betekent de ontbinding op zichzelf echter niet reeds het einde van de vennootschap. Deze blijft voortbestaan voorzover dit tot vereffening van haar vermogen nodig is. Het bestaan van de vennootschap eindigt pas op het tijdstip waarop de vereffening eindigt (artikel 2:19, vierde tot en met zesde lid, BW). Dat is het tijdstip waarop geen aan de vereffenaar bekende baten meer aanwezig zijn (artikel 2:23b, negende lid, BW). In het kader van die vereffening kan de vereffenaar van BV X de vermogensbestanddelen van BV X overdragen aan de aandeelhouders van BV X in verhouding tot ieders recht (artikel 2:23b, eerste lid, BW), in casu dus aan natuurlijk persoon Y. Deze vervreemding brengt mee dat de opwaarderingsreserve geheel wordt toegevoegd aan de winst op grond van het voorgestelde artikel 13ba, tiende lid, onderdeel b.

Vervreemding artikel 13ba-deelneming aan niet-verbonden lichamen en niet-verbonden natuurlijke personen in het kader van liquidatie

De leden van de fractie van het CDA schetsen tevens de situatie waarin de aandelen in BV X worden gehouden door de niet met elkaar verbonden BV A, BV B, natuurlijk persoon C en natuurlijk persoon D, elk voor 25%. Voorts houdt BV X alle aandelen in BV S. Nadat BV X een opwaarderingsreserve heeft gevormd in verband met een omzetting van een afgewaardeerde vordering op BV S, wordt BV X geliquideerd. Leidt dit tot een onbelaste vrijval van de opwaarderingsreserve bij BV X, zo vragen deze leden?

Het antwoord hierop luidt bevestigend. Omdat C en D geen met BV X verbonden natuurlijk persoon zijn, komt artikel 13ba, tiende lid, onderdeel b, in dit geval niet aan de orde. Omdat BV A en BV B geen met BV X verbonden lichaam zijn, is er na de overdracht in het kader van de vereffening ook geen sprake meer van een verbonden lichaam dat een deelneming houdt in de schuldenaar (BV S). Evenmin heeft «BV X in liquidatie» zelf nog een deelneming in BV S. De overdracht van de deelneming in BV S in het kader van de vereffening is dus een omstandigheid als bedoeld in het voorgestelde artikel 13ba, achtste lid, die onder de daar vermelde regels leidt tot een onbelaste vrijval van de opwaarderingsreserve.

Liquidatie opwaarderingsreservelichaam binnen concern

De leden van de CDA-fractie vragen of de opwaarderingsreserve eveneens op de voet van artikel 13ba, achtste lid, onbelast vrijvalt als BV M alle aandelen houdt in BV X, die alle aandelen houdt in BV S, waarbij BV X een opwaarderingsreserve heeft gevormd in verband met de omzetting van een vordering op BV S en vervolgens BV X wordt geliquideerd.

Dit is niet het geval. Anders dan in de hiervoor geschetste casus, is de aandeelhouder van BV X in dit geval wel een met BV X verbonden lichaam. De overdracht van de deelneming in BV S aan BV M in het kader van de vereffening is dus niet een omstandigheid als omschreven in het voorgestelde artikel 13ba, achtste lid, omdat na die overdracht BV M een deelneming houdt in BV S en BV M een met BV X verbonden lichaam is.

BV X houdt pas op te bestaan op het tijdstip waarop de vereffening eindigt en dat tijdstip kan alleen maar liggen na de overdracht in het kader van de vereffening. Bij het einde van het bestaan van BV X zal een nog resterende opwaarderingsreserve derhalve aan de winst worden toegevoegd op de voet van artikel 15d. Ten aanzien van BV M wordt het voor de deelneming in BV S opgeofferde bedrag op grond van de voorgestelde nieuwe derde volzin van artikel 13d, tweede lid, verhoogd met het bedrag van de vrijgevallen opwaarderingsreserve.

Zetelverplaatsing opwaarderingsreservelichaam (i)

De leden van de CDA-fractie verzoeken te bevestigen dat de opwaarderingsreserve op de voet van artikel 15c, eerste lid, onbelast vrijvalt in de volgende situatie. BV X houdt alle aandelen in BV S en rekent een opwaarderingsreserve tot haar vermogen in verband met de omzetting van een vordering op BV S. Vervolgens verplaatst BV X haar werkelijke leiding naar België zonder achterlating van een vaste inrichting in Nederland.

In de geschetste situatie is een onbelaste vrijval niet aan de orde. De in artikel 15c opgenomen fictie beoogt slechts te bereiken dat de meerwaarden die zijn begrepen in de vermogensbestanddelen van de emigrerende belastingplichtige voorafgaand aan de emigratie in de heffing worden betrokken. In dat verband is tijdens de parlementaire behandeling van artikel 15c aangegeven dat de eindafrekening van artikel 15c ruime werking heeft. De bepaling richt zich op bestanddelen van het vermogen die buiten het bereik van de Nederlandse belastingheffing vallen. Dit omvat niet alleen stille reserves begrepen in vermogensbestanddelen maar ook fiscale reserves¹. In de geschetste casus wordt de opwaarderingsreserve voorafgaand aan de zetelverplaatsing derhalve aan de winst toegevoegd op grond van artikel 15c. Overigens zou een toevoeging aan de winst anders plaatsvinden op grond van artikel 15d.

Zetelverplaatsing opwaarderingsreservelichaam (ii)

De leden van de CDA-fractie vragen vervolgens naar de afwikkeling van de opwaarderingsreserve in de volgende feiten constellatie. BV M houdt alle aandelen in BV D en BV X. Deze laatste vennootschap rekent een opwaarderingsreserve tot zijn vermogen in verband met de omzetting van een vordering op BV S in een deelneming. BV X vervreemdt die deelneming aan BV D en verplaatst vervolgens haar feitelijke leiding naar België, zonder achterlating van een vaste inrichting in Nederland. Deze zetelverplaatsing leidt tot een belaste vrijval van de opwaarderingsreserve op de voet van artikel 15c. Voor een nadere onderbouwing wordt verwezen naar het hiervoor gegeven antwoord. Naar welk recht BV X is opgericht – zo kan ik deze leden op hun desbetreffende vraag antwoorden – is in dit verband niet van belang. Ten aanzien van BV D wordt het voor de deelneming in BV S opgeofferde bedrag op grond van de voorgestelde derde volzin van artikel 13d, tweede lid, verhoogd met het bedrag van de vrijgevallen opwaarderingsreserve.

Overlijden natuurlijk persoon die tot zijn werkzaamheidsvermogen een opwaarderingsreserve rekent

Kan de regering bevestigen dat aan de eindafrekening ex artikel 3.95 juncto artikel 3.61 Wet IB 2001 in onderstaande casus niet wordt toegekomen omdat de opwaarderingsreserve reeds uit hoofde van het voorgestelde artikel 3.98a, zesde lid, Wet IB 2001 in beginsel onbelast vrijvalt, zo vragen deze leden vervolgens. Natuurlijk persoon X houdt alle aandelen in BV H. X rekent tot zijn werkzaamheidsvermogen een

¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, blz. 32.

opwaarderingsreserve in verband een in het verleden omgezette schuldvordering op BV H. X overlijdt.

Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. Het zesde lid van artikel 3.98a van de Wet inkomstenbelasting 2001 is op het overlijden van de belastingplichtige niet van toepassing. Dit lid ziet bijvoorbeeld op de verwatering van een aanmerkelijk belang of de vervreemding van aandelen aan een ander dan een met de belastingplichtige verbonden persoon waardoor de belastingplichtige geen aanmerkelijk belang in de gewezen schuldenaar meer bezit. Niet gezegd kan worden dat de belastingplichtige op het moment van zijn overlijden geen aanmerkelijk belang meer heeft als bedoeld in het zesde lid. Bij het overlijden van de belastingplichtige, dient de opwaarderingsreserve derhalve op grond van artikel 3.95 juncto 3.61 van de Wet inkomstenbelasting 2001 aan het resultaat te worden toegevoegd. Het ontmoet van mijn kant geen bezwaar om in die situatie de verkrijgingsprijs van de (te vererven) aandelen van de belastingplichtige te verhogen met de tot het resultaat uit een werkzaamheid gerekende vrijval van de opwaarderingsreserve.

Emigratie verbonden natuurlijk persoon met ab-pakket

De leden van de CDA-fractie vragen de regering te bevestigen dat de opwaarderingsreserve in onderstaande situatie in beginsel onbelast vrijvalt op de voet van het voorgestelde artikel 3.98a, zesde lid, Wet IB 2001. Een met een natuurlijk persoon X verbonden natuurlijk persoon Y houdt alle aandelen in een feitelijk in België gevestigde BVBA. X en Y wonen in Nederland. X rekent tot zijn werkzaamheidsvermogen een opwaarderingsreserve in verband met een in het verleden omgezette schuldvordering op de BVBA. Y emigreert naar België.

Het antwoord van deze vraag van de leden van de CDA-fractie is afhankelijk van het «verleden» van de vennootschap BVBA. Indien deze vennootschap in de afgelopen tien jaar niet in Nederland gevestigd is geweest, heeft in de geschetste situatie na de emigratie van Y noch de belastingplichtige noch een met de belastingplichtige verbonden persoon een aanmerkelijk belang (in de zin van de nationale wetgeving) in de gewezen schuldenaar. De opwaarderingsreserve valt dan in de gegeven situatie op grond van artikel 3.98a, zesde lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001 onbelast vrij. Indien de vennootschap ten minste vijf jaar wel in Nederland gevestigd is geweest, wordt de vennootschap gedurende tien jaar na verplaatsing van de werkelijke leiding van de vennootschap nog geacht in Nederland te zijn gevestigd. De emigratie van Y binnen de genoemde tien jaar brengt dan niet mee dat Y geen aanmerkelijk belang meer heeft in de BVBA. Voor X verandert er in die situatie door de emigratie van Y derhalve niets; er is nog steeds een met hem verbonden persoon die een aanmerkelijk belang heeft in de gewezen schuldenaar. Hierbij zij wel opgemerkt dat de geschetste situaties zich vermoedelijk niet veelvuldig voor zullen doen. De in de casus genoemde persoon Y is om als verbonden persoon te kwalificeren, immers de partner van belastingplichtige (of een daarmee gelijkgesteld persoon) dan wel een minderjarig kind van de belastingplichtige of zijn partner. Emigratie van X zelf zou op grond van artikel 3.95 juncto 3.61 van de Wet inkomstenbelasting 2001 afrekening over de opwaarderingsreserve meebrengen.

Tegemoetkoming artikel 12

In artikel VI is een tegemoetkoming opgenomen voor situaties waarin de toepassing van artikel 12, dat met inwerkingtreding van het wetsvoorstel vervalt, tot een daadwerkelijke afdracht van vennootschapsbelasting heeft geleid. Daarbij wordt rekening gehouden met het feit dat een afwaarderingsverlies op een deelneming voortvloeiend uit de toepassing van artikel 13ca slechts tijdelijk in aftrek komt. De leden van de CDA-fractie

vragen of niet ook voor andere verliezen met een tijdelijk karakter een voorziening moet worden getroffen.

De speciale regeling in artikel VI ingeval een afwaarderingsverlies uit hoofde van artikel 13ca in aftrek is gebracht, berust op de gedachte dat men in die situatie wordt gekort op de tegemoetkoming, door gebruik te maken van de faciliteit van artikel 13ca, terwijl op voorhand zeker is dat het bedrag van het artikel 13ca verlies binnen afzienbare tijd weer bij de winst zal moeten worden opgeteld. Het verschijnsel dat een verlies in latere jaren wordt gevolgd door een winst doet zich ook in andere situaties voor. De leden van de CDA-fractie noemen in dat verband een verlies uit buitenlandse vaste inrichting en een afgewaardeerde concernvordering. Algemeen geldt inderdaad dat een verlies door vermogensbestanddelen die in waarde dalen weer tot winst leidt als deze later in waarde stijgen. In die gevallen is echter niet op voorhand duidelijk dat het verlies zal worden gevolgd door een latere winst. Bovendien zal in geval van een latere winst sprake zijn van een daadwerkelijke waardestijging en niet een fictieve winstneming ongeacht de vraag of er daadwerkelijk winst wordt gemaakt, zoals dat is geregeld in artikel 13ca, derde en vierde lid. Het is de zekerheid dat de aftrekpost binnen afzienbare tijd zal worden teruggenomen ongeacht de ontwikkeling van de resultaten, die een bijzondere behandeling van artikel 13ca-verliezen in het kader van de tegemoetkoming rechtvaardigt. Dit element ontbreekt bij de door de leden van de CDA-fractie genoemde verliezen.

Vrijval opwaarderingreserve

De leden van de VVD-fractie verzoeken aan te geven welke wijzen van waardering geoorloofd zijn bij de jaarlijkse waardering van de deelneming in de schuldenaar. Voorts vragen zij of het niet meer voor de hand zou liggen om uit te gaan van de in de commerciële jaarrekening veelal gehanteerde netto-vermogenswaarde.

Aan dit punt is naar aanleiding van het commentaar van de Nederlandse orde van belastingadviseurs aandacht besteed in de Nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer, Kamerstukken II 2004/05, 29 686, nr. 6. Op blz. 16 is opgemerkt dat het begrip «waarde in het economische verkeer» anders dan het begrip «netto-vermogenswaarde» als zodanig is uitgekristalliseerd in het belastingrecht. Daar komt bij dat de waarde in het economische verkeer beter aansluit bij de toets of de voormalige vordering zonder omzetting zou moeten worden opgewaarderd. Met de invoering van de opwaarderingreserve wordt beoogd daarbij aan te sluiten. Tevens is aangegeven dat een toe- of afname van de netto vermogenswaarde zoals deze voorkomt in de commerciële stukken, een indicatie kan geven ten aanzien van het verloop van de waarde in het economische verkeer. Van een jaarlijks terugkerend gekrakeel tussen belastingplichtige en inspecteur ben ik anders dan de leden van de VVD-fractie niet bevreesd, juist vanwege het door die leden genoemde feit dat het slechts gaat om de vraag wanneer de opwaarderingreserve vrijvalt.

De leden van de VVD-fractie verzoeken een nadere motivering te geven van een in de nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer gemaakte opmerking, dat een pro-rata parte vrijval niet in overeenstemming is met de bedoeling van de regeling, ingeval de deelneming in de schuldenaar gedeeltelijk wordt vervreemd buiten concern.

De voorgestelde regeling beoogt te voorkomen dat een aftrekbaar afwaarderingsverlies op een vordering na omzetting of kwijtschelding door toepassing van de deelnemingsvrijstelling onbelast wordt goed gemaakt door een latere waardestijging. Die situatie kan zich bij een 100% deelneming evenzeer voordoen als bij een 50% deelneming. De omvang van de deelneming ten tijde van de omzetting of kwijtschelding is daarom

niet van belang. Om dezelfde reden hebben tussentijdse toe- of afnames in de omvang van de deelneming geen invloed op de stand van de opwaarderingsreserve. Wel hebben zij invloed op de mate waarin het herstel van de schuldenaar zich vertaalt in een waardestijging van de deelneming. Bij een 100% deelneming zal het herstel van de schuldenaar zich één op één vertalen in een waardestijging, bij een 10% deelneming zal het herstel slechts voor een tiende tot uitdrukking komen in een waardestijging van de deelneming. De omvang van de deelneming heeft dan ook slechts invloed op de snelheid waarmee de opwaarderingsreserve vrijvalt, waarbij de opwaarderingsreserve minder snel zal vrijvallen als een deel van de deelneming wordt vervreemd. Een afname van de omvang van de deelneming is echter geen reden om een deel van het afwaarderingsverlies definitief in aftrek toe te laten.

De leden van de VVD-fractie van de Tweede Kamer hebben vragen gesteld hoe de regeling werkt indien de schuldeiser niet of niet langer in Nederland woont of is gevestigd. Hoe moet de vrijval in het kader van door Nederland gesloten belastingverdragen worden geduid en hoe kan een en ander tot heffing ingevolge de Wet inkomstenbelasting 2001 leiden. Het daarop gegeven antwoord is volgens de leden van de VVD-fractie niet duidelijk genoeg. Deze leden verzoeken om een nadere toelichting.

Voor een belastingplichtige natuurlijk persoon die resultaat uit een werkzaamheid geniet, geldt zoals eerder in deze memorie van antwoord is aangegeven, dat emigratie van de belastingplichtige een afrekening op grond van artikel 3.95 juncto 3.91 van de Wet inkomstenbelasting 2001 met zich brengt.

Op de schuldeiser/natuurlijk persoon die van meet af aan niet in Nederland woonachtig was, is artikel 7.2, tweede lid, onderdeel c, van de Wet inkomstenbelasting 2001 van toepassing. Daarin is bepaald dat het resultaat uit overige werkzaamheden in Nederland tot het Nederlands inkomen uit werk en woning behoort. Indien een buitenlandse belastingplichtige een resultaat uit overige werkzaamheden geniet en Nederland is met de woonstaat van de belastingplichtige een belastingverdrag overeengekomen dan zullen deze resultaten onder het desbetreffende belastingverdrag moeten worden gekwalificeerd. In de belastingverdragen zijn echter geen specifieke bepalingen opgenomen die zien op het resultaat uit overige werkzaamheden. Inkomsten die naar nationaal recht onder het resultaat uit overige werkzaamheden vallen, worden al naar gelang hun aard onder de werking van het belastingverdrag gekwalificeerd als interest, vermogenswinsten, inkomen uit onroerende zaken of restinkomen. De vrijval van de opwaarderingsreserve zal als restinkomen kwalificeren en daardoor zal aan Nederland veelal geen heffingsbevoegdheid toekomen.

Op de situatie dat de belastingplichtige niet langer in Nederland is gevestigd, de leden van de VVD-fractie informeren ook daarnaar, is reeds eerder in deze memorie van antwoord ingegaan. In aanvulling daarop geldt dat een belaste vrijval van de opwaarderingsreserve niet aan de orde is als de belastingplichtige een vaste inrichting blijft aanhouden in Nederland en de opwaarderingsreserve aan het vermogen van de Nederlandse vaste inrichting kan worden toegerekend. In dat geval voorziet artikel 15c in een partiële eindafrekening en komt de toepassing van artikel 15d niet aan de orde. De vestigingsplaatsfictie, zo kan ik deze leden antwoorden, is voor de toepassing van artikel 15d niet van belang. Als een lichaam op grond van een bilateraal verdrag ter voorkoming van dubbele belasting wordt geacht in een ander land te zijn gevestigd en het lichaam ook overigens geen aan Nederland toegewezen bronnen van inkomen aanhoudt, houdt de belastingplichtige voor de toepassing van artikel 15d op in Nederland belastbare winst te genieten.

In de nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer, Kamerstukken II 2004/05, 29 686, nr. 6, blz. 17 is aangegeven dat het begrip «gedeelte van een onderneming» zoals onder andere gebruikt in het voorgestelde artikel 13ba, tiende lid, onderdeel a, niet iedere overdracht van een vermogensbestanddeel, hoe gering ook, omvat. Daarbij is aangegeven dat bepalend is of winstcapaciteit wordt overgeheveld. De leden van de VVD-fractie vragen om een nadere afbakening van de grenzen van toepassing van de sanctie.

In dat verband merk ik op dat deze grens, evenals in artikel 13b, vierde lid, bewust niet scherp is getrokken. Reden daarvoor is dat een scherpe grens altijd tot over- ofwel underkill leidt. Beide zijn onwenselijk. De uitleg van termen waarvoor een meerduidige interpretatie mogelijk is, dient in overeenstemming de bedoeling van de regeling te geschieden. De onderhavige regeling beoogt te voorkomen dat een latere vrijval van de opwaarderingsreserve wordt gefrustreerd of aanzienlijk wordt belemmerd, door een overdracht van potentieel winstgevend activiteiten of vermogensbestanddelen binnen concern. Daarbij is niet alleen de absolute omvang van de overdracht van belang, maar ook de omvang in verhouding tot de gehele onderneming van de schuldenaar. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zal moeten worden beoordeeld of – gelet op de hiervoor vermelde ratio – na overdracht toepassing van de sanctie passend is.

De leden van de fractie van de VVD vragen om nogmaals te motiveren waarom aan het onder andere door de redactie van Vakstudie Nieuws gesignaleerde lek van artikel 13b niets wordt gedaan?

Het huidige wetsvoorstel heeft alleen betrekking op de problematiek van omzetting van afgewaardeerde vorderingen. Eventuele andere problemen met betrekking tot afgewaardeerde vorderingen kunnen bij een andere gelegenheid aan de orde komen.

De leden van de VVD-fractie wijzen op een discussie die tijdens het Wetgevingsoverleg met de vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer heeft plaatsgevonden over de vraag of een omzetting van een schuld in aandelen overeenkomt met een kwijtschelding. Deze leden merken terecht op dat de omzetting van een onvolwaardige vordering in aandelenkapitaal volgens de fiscale theorie niet betekent dat de schuldenaar zijn schuld krijgt kwijtgescholden. De Hoge Raad heeft dit eind jaren zestig al beslist (BNB 1969/202). Als dit anders was geweest dan zou een bepaling als artikel 12 van de wet overigens ook niet nodig zijn geweest. In feite ging de discussie dus over de vraag of een omzetting ten aanzien van de schuldenaar voldoende gelijkenis vertoont met een kwijtschelding om – in afwijking van de fiscale theorie – wettelijk te regelen dat de fiscale gevolgen gelijk zijn. In zijn advies van 5 april 2004 (No.W06.04.0132/IV) bij het onderhavige voorstel acht de Raad van State een dergelijke analogie in beginsel verdedigbaar. De kritiek van de Raad van State richtte zich op andere elementen van het wetsvoorstel.

Artikel 13b

Het is de leden van de VVD-fractie niet duidelijk op welk moment de verbondenheid van artikel 13b dient te bestaan, op het moment van afwaardering of het moment van omzetting.

Genoemde bepaling regelt dat bij vervreemding van een afgewaardeerde vordering de eerdere afwaardering tot de winst wordt gerekend, als de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam een deelneming heeft in de schuldenaar. In geval van omzetting van een afgewaardeerde vordering is mogelijk artikel 13ba van toepassing. Omdat de wettekst in de tegenwoordige tijd is gesteld (een deelneming heeft), zal op het moment van vervreemding sprake moeten zijn van verbondenheid. Niet

van belang is of de belastingplichtige of een verbonden lichaam ten tijde van de afwaardering al een deelneming hield in de schuldenaar.

Artikel 13ba

De leden van de VVD-fractie vragen zich af of de keuze om de uit artikel 13ba, eerste lid, voortvloeiende winst toe te voegen aan een opwaarderingsreserve kan worden herzien tot het moment waarop de keuze onherroepelijke heffingsgevolgen heeft gehad. Het antwoord daarop luidt bevestigend. Zolang de aanslag over het jaar waarin zich de omstandigheid als bedoeld in artikel 13ba, tweede lid, heeft voorgedaan nog niet vaststaat, staat het de belastingplichtige vrij op zijn keuze terug te komen. Dit is in overeenstemming met hetgeen in HR 8 juli 1996, nr. 30 959, BNB 1996/266, is beslist met betrekking tot de vorming van een vervangingsreserve. Wellicht ten overvloede kan worden opgemerkt dat het niet mogelijk is de omzettingwinst slechts gedeeltelijk toe te voegen aan een reserve.

De leden van de VVD-fractie schetsen een situatie waarin na de vorming van een opwaarderingsreserve niet langer een deelneming wordt gehouden in de schuldenaar. Daarna vervreemdt de schuldenaar zijn onderneming aan een ander lichaam en vervolgens verkrijgt de belastingplichtige een deelneming in dat nieuwe lichaam. Naar de mening van deze leden kan de anti-misbruikbepaling van artikel 13ba, negende lid, hierop geen toepassing vinden, omdat na de onbelaste vrijval niet opnieuw een deelneming in de schuldenaar wordt verkregen. Wat er ook zij van het realiteitsgehalte van de geschetste constructie, voorop staat dat de hoofdregel van de anti-misbruik regeling van artikel 13ba, negende lid, is opgenomen in de eerste volzin van het betreffende lid: een onbelaste vrijval van de reserve komt niet aan de orde als kunstmatig een situatie wordt gecreëerd die enkel is gericht op het realiseren van een onbelaste vrijval van de opwaarderingsreserve. De tweede volzin geeft slechts een bewijsvermoeden en sluit geenszins uit dat er andere situaties denkbaar zijn waarin ondanks verdwijnen van de deelnemingsrelatie toch een belaste vrijval volgt. In de geschetste casus lijkt het zonder nadere informatie omtrent de zakelijke redenen van de constructie waarschijnlijk, dat de opwaarderingsreserve op grond van artikel 13ba, negende lid, eerste volzin, belast vrijvalt.

Artikel 13ca

De leden van de VVD-fractie vragen of artikel 20a, vierde lid, van belang is voor de beoordeling of de werkzaamheden voor de toepassing van artikel 13ca, tweede lid, derde volzin, grotendeels bestaan uit nieuwe activiteiten. Genoemde volzin bepaalt dat de regeling voor afwaarderingsverliezen in de tijd is beperkt bij verkrijging van een deelneming van ten minste 25% in een vennootschap, als de werkzaamheden van die vennootschap al voor de verkrijging grotendeels middellijk of onmiddellijk binnen het concern werden uitgeoefend. De term grotendeels geeft aan dat een beperking niet aan de orde is zolang de werkzaamheden van de af te waarden deelneming middellijk of onmiddellijk voor 50% of meer bestaan uit werkzaamheden die nieuw zijn voor het concern. De nieuwe activiteiten moeten in verhouding tot de bestaande activiteiten dus relatief betekenisvol zijn. Voor de beoordeling of voor meer dan 50% sprake is van nieuwe werkzaamheden, is in de nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer reeds opgemerkt dat van geval tot geval naar een geschikte grootheid moet worden gezocht, bijvoorbeeld omzet, geïnvesteerd vermogen of de loonsom. De regeling van artikel 20a, vierde lid, vertoont hiermee weliswaar gelijkenis, maar kent een iets andere invalshoek. Daarbij is van belang of de oude werkzaamheden zijn

afgenomen tot 30% van de oorspronkelijke werkzaamheden. Voor de toepassing van artikel 13ca, tweede lid, derde volzin, gaat het er om dat het 13ca-lichaam vanuit het concern gezien nieuwe werkzaamheden uitoefent.

Diversen

De leden van de CDA-fractie verzoeken om nader in te gaan op de technische vragen die Van Eijdsden stelt over de overgangsregeling van artikel VI in zijn artikel «De omzetting van onvolwaardige vorderingen in aandelenkapitaal: het zuur is eruit» uit het Weekblad voor Fiscaal Recht van 30 juni 2005. Ook de leden van de VVD-fractie vernemen graag een reactie op de in dat artikel opgeworpen vragen, geponeerde stellingen en voorstellen tot verbetering.

In zijn artikel signaleert Van Eijdsden dat het wetsvoorstel in de literatuur positief is ontvangen. Dat via de derde nota van wijziging alsnog een regeling is opgenomen die voorziet in een tegemoetkoming voor de periode tussen 2001 en de datum van inwerkingtreding van het wetsvoorstel, noemt Van Eijdsden zeer prijzenswaardig. Naast een bespreking van de technische uitwerking van deze overgangsregeling, werpt Van Eijdsden een aantal vragen en opmerkingen op.

Van Eijdsden constateert terecht dat de overgangsregeling er de facto toe leidt dat voor de toepassing van artikel 12 de kwijtscheldingswinstvrijstelling alsnog wordt ingevoerd. Voor een schuldenaar die is geconfronteerd met de toepassing van artikel 12 geldt als voorwaarde om voor deze overgangsmaatregel in aanmerking te komen echter, dat de corresponderende vordering niet mag zijn afgewaardeerd ten laste van de Nederlandse winst. Omdat deze voorwaarde niet wordt gesteld bij de kwijtscheldingswinstvrijstelling, pleit Van Eijdsden ervoor deze voorwaarde te schrappen.

Achtergrond van deze voorwaarde is het duale karakter van artikel 12. Die bepaling beoogt immers niet alleen de rechtsfiguren omzetting en kwijtschelding voor de schuldenaar gelijk te behandelen, maar beoogt tevens te voorkomen dat verliezen tweemaal in aftrek komen op de Nederlandse winst, terwijl latere winsten slechts eenmaal in de heffing worden betrokken. Dit laatste wordt breed gesteund in de Tweede Kamer en door VNO/NCW getuige haar commentaar van 17 januari 2005. Omdat deze laatste doelstelling ontbreekt in de kwijtscheldingswinstvrijstelling, wekt het geen verbazing dat bedoelde voorwaarde in dat verband niet wordt gesteld.

In artikel VI, tweede lid, wordt onder meer geregeld dat een latere 13ca bijtelling niet in aanmerking wordt genomen, doch ten hoogste tot het bedrag waarmee het belastbare bedrag meer zou zijn verminderd ingeval geen of minder afwaarderingsverlies in aanmerking zou zijn genomen. Van Eijdsden vraagt zich af wat in dat verband wordt bedoeld met de zinsnede «of minder».

De toevoeging «of minder» leidt daar niet tot een beperking van de betekenis van de tekst, maar zij voegt er evenmin iets aan toe. De toevoeging had bij nadere bestudering daarom evengoed achterwege kunnen blijven.

Van Eijdsden wijst erop dat de regeling van artikel VI, die erop neerkomt dat in bepaalde omstandigheden een verplichte opwaardering van een artikel 13ca-deelneming niet tot de winst wordt gerekend, onder omstandigheden niet het gewenste effect kan hebben. Dit is het geval als een artikel 13ca-opwaardering reeds tot belastingheffing heeft geleid voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze wet. Van Eijdsden kan zich voorstellen dat de aanslag in dergelijke gevallen alsnog ambtshalve wordt

verminderd. Een dergelijke handelwijze ontmoet van mijn kant geen bezwaar.

Van Eijnsden onderschrijft de strekking van de regeling die is opgenomen in artikel VI, derde lid. Dat lid geeft een tegemoetkoming ingeval de winst van het jaar waarin artikel 12 toepassing heeft gevonden is verrekend met een verlies uit daaraan voorafgaande jaren, waarbij dit verlies (deels) voortvloeit uit de toepassing van artikel 13ca. Daardoor bestaat mogelijk recht op een geringere tegemoetkoming dan zonder toepassing van artikel 13ca zou hebben bestaan. In dat geval bepaalt artikel VI, derde lid, dat in zoverre een toekomstige artikel 13ca bijtelling niet tot de winst wordt gerekend. Van Eijnsden toont echter aan dat de regeling door de gekozen redactie niet in alle gevallen zijn doel bereikt. Door de voorwaarde dat «met betrekking tot de aanslag van dat jaar een herziening volgens het eerste lid toepassing heeft gevonden» geldt de tegemoetkoming slechts als door de toepassing van artikel 13ca recht bestaat op een lagere tegemoetkoming, maar niet als daardoor in het geheel geen recht meer bestaat op een tegemoetkoming, terwijl hierop wel recht had bestaan zonder toepassing van artikel 13ca.

De regeling schiet op dit punt inderdaad tekort. Door het betrekkelijk korte tijdsbestek waarin de complexe overgangsregeling tot stand is moeten komen, komt de bedoeling van de regeling in het geschetste geval niet goed uit de verf. Het ontmoet bij mij geen bezwaar dat de voorwaarde dat «met betrekking tot de aanslag van dat jaar een herziening volgens het eerste lid toepassing heeft gevonden» aldus wordt geïnterpreteerd dat aan die voorwaarde eveneens is voldaan als met betrekking tot de aanslag van dat jaar een herziening volgens het eerste lid toepassing zou hebben gevonden ingeval geen afwaarderingsverlies in aanmerking zou zijn genomen. Dit doet recht aan doel en strekking van de bepaling waarover, mede gelet op de uitgebreide toelichting, geen misverstand kan bestaan. Daarbij dient te worden bedacht dat het naar verwachting gaat om een gering aantal gevallen dat bovendien slechts eenmalig met de onderhavige regeling zal worden geconfronteerd.

Met betrekking tot artikel VI, vijfde lid, vraagt Van Eijnsden zich af op welke wijze wordt bepaald in hoeverre een verlies uit voorgaande jaren voortkomt uit een artikel 13ca-verlies. Daarbij schetst hij 3 mogelijkheden: (i) het verrekende verlies wordt voor zoveel als mogelijk als 13ca-verlies aangemerkt en voor het overige als een gewoon verlies, (ii) het verrekende verlies wordt voor zoveel als mogelijk als een gewoon verlies aangemerkt en voor het overige als een 13ca-verlies of (iii) het verrekende verlies wordt naar evenredigheid als 13ca-verlies respectievelijk gewoon verlies aangemerkt. Gelet op het tegemoetkomende karakter van de betreffende bepaling, kan in het geschetste geval de voor belastingplichtigen meest gunstige toerekening worden toegepast, dat wil zeggen mogelijkheid (i).

Van Eijnsden wijst er tot slot op dat het bepaalde in artikel VI, vijfde lid, dat de belastingplichtige moet aantonen dat het belastbare bedrag positief zou zijn geweest als «die verrekening» niet had plaatsgevonden, minder gelukkig is. Van Eijnsden stelt dat het logischer was geweest als de voorwaarde had geluid dat «de verrekening van het artikel 13ca-verlies» niet had plaatsgevonden. De bedoeling van de regeling zou in die redactie inderdaad duidelijker zijn geweest.

De leden van de fracties van het CDA en D66 verzoeken nader in te gaan op de reactie van VNO/NCW op het onderhavige wetsvoorstel, en dan met name op de onderbouwing van de budgettaire gevolgen van een ruimere overgangsregeling.

VNO/NCW vraagt zich in haar commentaar af of het bijzondere karakter

van het budgettaire beslag van ca. € 1,5 mld tijdens de beschouwingen wel volledig is onderkend. Naar mijn indruk bestaat hierover mede gelet op de door VNO/NCW gegeven toelichting echter geen verschil van inzicht. Als aan de afschaffing van artikel 12 volledige terugwerkende kracht zou worden verleend onder de voorwaarde dat de schuldeiser de corresponderende vordering niet heeft afgewaardeerd ten laste van de NL winst, zou dit betekenen dat een beperkt aantal ondernemingen een substantieel bedrag aan compensabele verliezen weer terugkrijgt, die zij bij de omzetting van hun schulden in aandelen zijn kwijtgeraakt. Uit gegevens van de belastingdienst kan worden afgeleid dat hierdoor in totaal tussen € 4,5 en 6 mld aan compensabele verliezen zouden herleven. Omgerekend naar de opbrengst van de vennootschapsbelasting beloopt het budgettaire beslag dus ca. € 1,5 tot 2 mld. Dit bedrag zou in dat geval in de toekomst minder aan vennootschapsbelasting binnen komen. Het is juist dat deze toekomstige opbrengsten niet worden verwerkt in de meerjarenramingen. Dit op zichzelf betekent echter niet dat bij voorbaat van dergelijke potentiële opbrengsten moet worden afgezien, ten gunste van een relatief beperkte groep belastingplichtigen. Eventuele meeropbrengsten vloeien in de algemene middelen en zijn beschikbaar voor besteding in een proces van politieke afwegingen.

De leden van de fractie van de PvdA menen dat terugwerkende kracht ten aanzien van het herstellen van een fout temeer geboden is nu ondernemingen vertrouwen hebben ontleend aan de aankondiging in december 2002 betreffende de wijziging van artikel 12.

Zoals ik eerder in deze nota memorie heb aangegeven, kan het onderhavige wetsvoorstel moeilijk worden aangemerkt als het herstellen van een fout. Daarnaast is door mijn ambtsvoorganger in december 2002 bij de aankondiging van de wetwijziging aangegeven, dat artikel 12 op korte termijn zodanig zou worden aangepast «dat ook voor conversiewinst een vrijstelling zal gelden voor zover deze het bedrag van de compensabele verliezen overtreft»¹. Van een aanpassing met terugwerkende kracht is op geen enkel moment sprake geweest en een volledige afschaffing van artikel 12 was al helemaal niet aan de orde. Naar mijn mening kunnen ondernemingen aan deze aankondiging dan ook niet het vertrouwen hebben ontleend dat artikel 12 met terugwerkende kracht zou komen te vervallen.

Met betrekking tot de vraagtekens die de leden van de PvdA-fractie zetten bij enkele overige argumenten die tijdens de discussie in de Tweede Kamer zijn gewisseld – deze leden noemen de aanwezigheid van alternatieve herstructureringsmogelijkheden en mogelijke staatssteun – zou ik willen aangeven dat deze argumenten slechts aanvullend van aard waren. De reden waarom niet een ruimere regeling is opgenomen voor de periode tussen 1 januari 2001 en de datum van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel, is gelegen in de constatering dat de in die periode bestaande onvolkomenheid (het acuut verschuldigd worden van vennootschapsbelasting) volledig wordt weggenomen door de overgangsregeling die bij derde nota van wijziging is ingevoerd. Voor een verdergaande tegemoetkoming zie ik geen grond.

Met betrekking tot de vraag van de leden van de PvdA-fractie of artikel 12 in strijd is met de Richtlijn kapitaalsbelasting, merk ik op dat een dergelijk risico gelet op de ontwikkeling van de EU jurisprudentie nooit geheel kan worden uitgesloten. Er zijn echter sterke argumenten op grond waarvan verdedigbaar is dat in dit geval van strijdigheid met EU recht geen sprake is. Genoemde richtlijn bepaalt in artikel 10, geparafraseerd weergegeven, dat Lidstaten ter zake van een kapitaalstorting geen enkele andere belasting mogen heffen dan een kapitaalsbelasting. Bij de omzetting van een afgewaardeerde vordering in aandelen wordt in de Nederlandse context zowel kapitaalsbelasting als vennootschapsbelasting geheven.

¹ Kamerstukken II, 2002/03, 27 505, nr. 5, blz. 9.

Deze cumuleren echter niet. Als een vordering van nominaal 100 nog maar 10 waard is en vervolgens wordt omgezet in aandelen, is over de uitgifte van deze aandelen kapitaalsbelasting verschuldigd. De Hoge Raad heeft beslist¹ dat de maatstaf van heffing in dat geval de waarde van de kapitaalstorting is *bezien vanuit de inbrenger*. Voor de schuldeiser is de waarde van de vordering maar 10 en dus is er kapitaalsbelasting verschuldigd over de afgewaardeerde waarde van 10. In zoverre bevindt de omzetting zich in de ogen van de Hoge Raad dus «in de kapitaalsfeer». Over deze kapitaalstorting van 10 mag op grond van de Richtlijn kapitaalsbelasting alleen maar kapitaalsbelasting worden geheven. Over het bedrag van 90 (het bedrag van de afwaardering) is echter geen kapitaalsbelasting verschuldigd en in zoverre bevindt de omzetting zich in de Nederlandse context dus niet in de kapitaalsfeer. Het verbod op een andere heffing dan de kapitaalsbelasting uit genoemde richtlijn strekt zich niet uit tot dit gedeelte van de omzetting. Het staat Nederland daarom vrij om de conversiewinst van 90 in de vennootschapsbelasting te betrekken, juist omdat hierover geen kapitaalsbelasting is verschuldigd. Met betrekking tot de vraag of ik bereid ben dit punt voor te leggen aan de Commissie, merk ik op dat het niet de Commissie is die beslist over de uitleg en van EU Richtlijnen maar het EU Hof van Justitie. De rechtsgang bij het Hof voorziet niet in een door deze leden gevraagde procedure.

De leden van de VVD-fractie verzoeken om een uitgebreide reactie op de brief van VNO/NCW van 13 juni 2005. In genoemde brief dringt VNO/NCW er nogmaals op aan om de afschaffing van artikel 12 met terugwerkende kracht door te voeren. De hiervoor aangedragen argumenten betreffen de stelling dat een beperkte groep ondernemingen de dupe wordt van een onbedoelde fout van de wetgever, het standpunt dat budgettaire argumenten geen reden zijn de terugwerkende kracht niet toe te kennen en de mogelijke strijdigheid met de Richtlijn kapitaalsbelasting. Al deze punten zijn eerder in deze memorie reeds aan de orde gekomen. Ter voorkoming van herhalingen moge ik verwijzen naar de desbetreffende antwoorden.

De leden van de fractie van de PvdA vragen in te gaan op het fiscale principe van de symmetrie. Dit zou hieruit bestaan dat ingeval bedrijven verlies maken recht op verliescompensatie ontstaat, zodat ingeval van latere winst pas belasting wordt geheven vanaf het moment dat die winst meer bedraagt dan het eerdere verlies. In het algemeen bestaat er in de belastingheffing inderdaad een dergelijke symmetrie. Een nuancering is daarbij evenwel op zijn plaats. Weliswaar kent bijna elk land enige vorm van voorwaartse verliesverrekening, maar er bestaan tevens regels op grond waarvan het recht op voorwaartse verliesverrekening kan komen te vervallen. Bovendien is de termijn gedurende welke verliezen voorwaarts kunnen worden verrekend in een aantal landen beperkt in de tijd. Belangrijker is echter dat het voorliggende geval aan de gedachte van symmetrie geen afbreuk doet. Voorop staat immers dat zowel de omvang van het voorwaarts verrekenbare verlies, als de omvang van de latere winst waarmee dit verlies kan worden verrekend, worden bepaald door de winstbepalingsregels zoals die zijn opgenomen in de wet. Artikel 12 maakt hiervan een integraal onderdeel uit. Als ondernemingen mede door de werking van artikel 12 winst maken, kunnen zij deze winst verrekenen met hun eerdere verliezen. Na verrekening zijn deze verliezen benut en dus verdwenen.

De leden van de VVD-fractie wijzen erop dat in het vijfde lid van artikel 3.98a Wet IB 2001 de term opgeofferd bedrag wordt gehanteerd. Deze term is, zo kan ik deze leden op hun vraag antwoorden, tijdens de behandeling in de Tweede Kamer bij nota van wijziging vervangen door de correcte term verkrijgingsprijs.

¹ HR 13 juni 2003, BNB 2003/358.

De leden van de VVD-fractie verzoeken om een reactie op de stelling dat ondernemingen, die in de periode 2001–2005 hun schulden met het oog op hun voortbestaan hebben moeten omzetten in aandelen, aanzienlijk slechter af zijn dan de bedrijven die dat voor 2001 hebben gedaan of na 2005 moeten doen.

Dit is op zichzelf gezien juist. Een met artikel 12 vergelijkbare regeling bestond immers niet voor 2001 en zal ook na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel ontbreken. Toch is het geen reden voor een verdergaande tegemoetkoming. Een wetswijziging brengt nu eenmaal mee dat een rechtshandeling voor de wetswijziging anders wordt behandeld dan diezelfde rechtshandeling na de wetswijziging. Al naar gelang sprake is van een versoepeling of een aanscherping is er sprake van een gunstiger of een minder gunstige behandeling. Om te kunnen spreken van een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling (discriminatie) moet er tevens sprake zijn van vergelijkbare omstandigheden. De juridische omstandigheden voor en na een wetswijziging zijn nu juist per definitie niet gelijk. Een andere uitleg zou bij elke wetswijziging dwingen tot terugwerkende kracht ingeval van een verruiming of eerbiedigende werking ingeval van een aanscherping. Dat acht ik onwenselijk en onjuist.

De Staatssecretaris van Financiën,
J. G. Wijn