



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
Commissie Wetsvoorstellen

Aan de Vaste commissie voor Financiën van de
Tweede Kamer der Staten-Generaal
T.a.v. de heer S. Weeber
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 2 oktober 2020

**Betreft: NOB-commentaar Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling
(35 568)**

Geachte dames en heren,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel ‘Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling’ en geeft hierbij graag commentaar op het wetsvoorstel.

1. Inleiding

Het wetsvoorstel ‘Wet beperking liquidatie- en stakingsverliesregeling’ is op Prinsjesdag ingediend. Het wetsvoorstel borduurt voort op het initiatiefwetsvoorstel ‘Wet aanpassing liquidatie- en stakingsverliesregeling’ dat op 16 april 2019 ter consultatie is aangeboden en waar de Orde op 15 mei 2019 op heeft gereageerd.¹

Met het wetsvoorstel worden fiscale maatregelen getroffen die strekken tot het voorkomen van langdurig uitstel van verliesneming als gevolg van de liquidatie- en stakingsverliesregeling en het inperken van de reikwijdte van deze regelingen in de vennootschapsbelasting. Het wetsvoorstel introduceert drie nieuwe voorwaarden voor de toepassing van de liquidatieverliesregeling, namelijk een kwantitatieve voorwaarde, een territoriale voorwaarde

¹ <https://www.nob.net/nob-reactie-op-internetconsultatie-wet-aanpassing-liquidatie-en-stakingsverliesregeling>.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat. 1

en een temporele voorwaarde. Daarnaast geldt voor de territoriale en kwantitatieve voorwaarde een franchise van 5.000.000 euro.

De Orde verwijst naar de eerder gemaakte opmerkingen en zal hierna in paragraaf 2 eerst een aantal algemene opmerkingen maken. Vervolgens zal de Orde in paragraaf 3 tot en met 9 meer in detail ingaan op de voorgestelde regeling. In paragraaf 10 komt het overgangsrecht aan de orde.

2. Algemene opmerkingen

De Orde herhaalt haar opvatting in haar reactie op het conceptwetsvoorstel dat de territoriale inperking van de liquidatieverliesregeling principieel onjuist is. Daarnaast is de inperking in strijd met de basisgedachte dat de winst van een concern slechts eenmaal wordt belast, welke gedachte aan de deelnemingsvrijstelling en daarbinnen de liquidatieverliesregeling ten grondslag ligt.

De Orde meent dat van het kabinet mag worden verwacht dat belangrijke wijzigingen in fiscale wet- en regelgeving, zoals de onderhavige, niet de sporen zouden moeten dragen van een reactie op bij nader inzien ongewenst geachte uitkomsten van legitiem gebruik van de regeling, maar zouden moeten worden ingegeven door een fundamentele visie op fiscaliteit in een dynamische wereld.

Ook merkte de Orde reeds op dat artikel 13d Wet Vpb 1969 nu steeds ten nadele van het bedrijfsleven wordt herzien. Naar de mening van de Orde moet er ook iets aan de voortzettingbepaling van (thans) artikel 13d lid 11 (in het wetsvoorstel vernummerd tot lid 14) onderdeel b Wet Vpb 1969 gedaan worden. Een geringe voortzetting (mits meer dan 10 procent) torpedeert nu het hele liquidatieverlies, terwijl het liquidatieverlies veelal wordt veroorzaakt door de verliesgevende activiteiten die wel zijn gestaakt. Een meer proportionele regeling, waarbij het liquidatieverlies alleen niet aftrekbaar is *voor zover* er wordt voortgezet binnen concernverband, is naar de mening van de Orde op zijn plaats. Dit klemmt te meer, nu in onderhavig wetsvoorstel de mogelijkheid om een liquidatieverlies in aftrek te kunnen brengen, drastisch wordt beperkt.

Ook wijst de Orde opnieuw op de problemen die optreden bij een verhangings van een verlieslatende deelneming binnen concern. Door een dergelijke verhangings raakt een belastingplichtige het opgeofferde bedrag kwijt, maar indien de deelneming in waarde is gestegen, wordt het opgeofferde bedrag doorgeschoven op grond van artikel 13d lid 6 eerste volzin Wet Vpb 1969. Volgens de Orde zou ook bij deelnemingen die in waarde zijn gedaald het opgeofferde bedrag doorgeschoven moeten worden. Eventueel misbruik wordt al door de andere leden van artikel 13 en 13d Wet Vpb 1969 bestreden. De huidige regeling werkt uitsluitend eenzijdig ten faveure van de fiscus uit en is derhalve disproportioneel.

3. Kwantitatieve voorwaarde

Aan de voorgestelde kwantitatieve voorwaarde wordt voldaan, indien de belastingplichtige een kwalificerend belang heeft in het ontbonden lichaam. Op grond van het voorgestelde vierde lid is sprake van een kwalificerend belang indien de belastingplichtige een zodanige invloed kan uitoefenen op de besluiten van het ontbonden lichaam dat de activiteiten van dat lichaam kunnen worden bepaald (beslissende invloed). Volgens de memorie van toelichting is die definitie ontleend aan vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EU. In de memorie van toelichting staat verder dat bij een 50/50-joint venture geen sprake is van beslissende invloed en derhalve door beide partners niet aan de kwantitatieve voorwaarde wordt voldaan. Dit lijkt echter in tegenspraak met de eerdergenoemde rechtspraak van het Hof van Justitie EU. In het arrest-Burda² is namelijk bepaald dat een 50%-belang in beginsel het recht geeft om een bepaalde en beslissende invloed op de activiteit van een dochtermaatschappij uit te oefenen. De Orde verzoekt de staatssecretaris hier nader op in te gaan.

In de toelichting wordt, ook in de voorbeelden, (vrijwel) uitsluitend stilgestaan bij situaties waarin de belastingplichtige al dan niet meer dan 50 procent van de statutaire stemrechten in een deelneming bezit. De Orde verzoekt nader toe te lichten wanneer sprake is van een kwalitatief belang. Daarbij verzoekt de Orde expliciet aandacht te besteden aan (in de memorie van toelichting niet genoemde maar wel relevante) uitspraken van het HvJ EU, waaruit kan worden afgeleid dat van beslissende invloed sprake kan zijn bij een belang van (veel) minder dan 50 procent, zoals de arresten Truck Center,³ SGI⁴ en Commissie/Italië.⁵

De belastingplichtige kan volgens het voorgestelde artikel 13d lid 2 onderdeel a ten eerste Wet Vpb, aan de kwantitatieve voorwaarde voldoen ‘al dan niet tezamen met een lichaam waarin hij een kwalificerend belang heeft’. Naar de mening van de Orde zou het voor de hand liggen dat ook aan de kwantitatieve voorwaarde is voldaan indien een belastingplichtige een deelneming houdt in een vennootschap en een derde lichaam een kwalificerend belang houdt in zowel die vennootschap als de belastingplichtige.

In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat het voor de kwantitatieve voorwaarde niet relevant is of belangen (in het ontbonden lichaam) worden gehouden door lichamen die samen met de belastingplichtige een samenwerkende groep vormen als bedoeld in artikel 10a, zesde lid, Wet Vpb 1969. Dit lijkt in tegenspraak met de rechtspraak van het Hof van Justitie op grond waarvan wel sprake is van een doorslaggevend belang bij een samenwerkende groep (HvJ EU 6 december 2007, C-298/05 (*Columbus Container Services*), onderdelen 31 en 32). De Orde verzoekt de staatssecretaris hier nader op in te gaan. Bovendien is het wetsvoorstel op dit punt

² HvJ EU 26 juni 2008, C-284/06, ECLI:EU:C:2008:365.

³ HvJ EU 22 december 2008, C-282/07.

⁴ HvJ EU 21 januari 2010, C-311/08.

⁵ HvJ EU 26 maart 2009, C-326/07.

tegenstrijdig met de Wet Bronbelasting 2021, waar de wetgever van mening is dat bij een samenwerkende groep juist wel sprake is van doorslaggevende zeggenschap in EU-rechtelijke zin.⁶

De Orde verneemt graag hoe wordt omgegaan met buitenlandse consolidatieregimes indien via een buitenlandse tussenhoudster de deelneming wordt gehouden en die tussenhoudster is betrokken in een consolidatieregime. Moet dan, net zoals in de Nederlandse fiscale eenheid, het kwantitatieve belang van alle in het consolidatieregime betrokken lichamen bij elkaar worden geteld, of zal naar lokaal fiscaal recht moeten worden beoordeeld of de belangen moeten worden samengeteld?

De Orde begrijpt dat is voldaan aan de kwantitatieve voorwaarde als er sprake is van een Nederlandse fiscale eenheid waarbij een gevoegde dochtermaatschappij A een belang van 30 procent in de geliquideerde vennootschap (niet gevoegde in de fiscale eenheid) heeft, en een gevoegde dochtermaatschappij B eveneens 30 procent. De Orde vraagt zich in dat verband af of de rechtspraak van het Hof van Justitie EU inzake de per element-benadering meebrengt dat ook aan de kwantitatieve voorwaarde is voldaan als dochtermaatschappij B en/of dochtermaatschappij A in een andere EU-lidstaat is gevestigd. Kan de staatssecretaris hierop ingaan?

4. Territoriale voorwaarde

De Orde begrijpt de ratio van de territoriale voorwaarde maar vraagt zich af of het (ten principale) blokkeren van verliezen uit jurisdicties buiten de EU/EER politiek een goed signaal is, met name jegens de belangrijkste handelspartners van Nederland buiten de EU/EER. Ligt het niet meer voor de hand om aan te sluiten bij de reeds bestaande zwarte lijst(en) van laagbelaste en non-coöperatieve jurisdicties? De regeling inzake beleggingsdeelnemingen blokkeert immers reeds import van laagbelaste winst. Het blokkeren van verliesimport zou daar goed bij aansluiten.

5. Doorkijkbepaling

In voorbeeld 12 in de memorie van toelichting verkrijgt de belastingplichtige in het kader van de ontbinding van haar directe deelneming een deelneming in een tussenhoudster. Deze tussenhoudster hield op haar beurt een deelneming in een reeds ontbonden kleindochtervennootschap in een derde staat. De doorkijkbepaling in het voorgestelde lid 3 leidt tot een beperking van het liquidatieverlies voor zover dit toerekenbaar is aan de reeds

⁶ De wetgever stelt zich immers op het standpunt dat de Wet Bronbelasting 2021 (die ook betrekking heeft op betalingen aan leden van een samenwerkende groep) enkel ziet op situaties van doorslaggevende zeggenschap, zodat niet getoetst kan worden aan het vrije kapitaalverkeer. Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 35 305, nr. 3, pag. 4.

ontbonden kleindochtervennootschap. De belastingplichtige dient het bedrag van deze beperking extracomptabel te administreren om het liquidatieverlies ter zake van een toekomstige ontbinding van de tussenhoudster met eenzelfde bedrag te beperken. De Orde vraagt zich af of het niet meer voor de hand ligt om in plaats hiervan het op grond van het huidige lid 6 tweede volzin, vastgestelde opgeofferde bedrag voor de deelneming in de tussenhoudster neerwaarts bij te stellen met het bedrag van deze beperking. Dit voorkomt niet alleen een extracomptabele administratie, maar biedt ook de mogelijkheid om deze beperking indirect mee te nemen in de vaststelling van het opgeofferde bedrag bij beschikking op grond van het huidige lid 12. De Orde verzoekt hierop in te gaan.

De Orde vraagt de Staatssecretaris om nadere toelichting hoe de doorkijkbepaling uitwerkt als de tussenhoudster naar Nederlandse of buitenlandse fiscale maatstaven transparant is.

De Orde betwijfelt daarnaast of de doorkijkbepaling in overeenstemming is met EU-recht als zowel de tussenhoudster als de kleindochter in dezelfde lidstaat zijn gevestigd. Hierbij kan gedacht worden aan een situatie waarbij als gevolg van de doorkijkbepaling in combinatie met de kwantitatieve voorwaarde verliesaftrek is uitgesloten, maar het land van de tussenhoudster het verlies ook niet accepteert. De Orde meent verder dat weigering van het liquidatieverlies in strijd is met het EU-recht, indien op het moment van de ontbinding de kleindochter wel voldoet aan de kwantitatieve voorwaarde, maar in de toetsperiode niet. Op grond van het EU-recht dient het definitieve verlies immers in aftrek te worden toegelaten. De Orde wijst hierbij op de arresten Holmen AB⁷ en Memira Holding.⁸

In voorbeeld 10 (onder meer) lijkt een toerekening van het liquidatieverlies van O aan de kleindochter C te worden geëist: *“Dit liquidatieverlies is volledig toerekenbaar aan de deelneming die O bezat in het inmiddels ontbonden lichaam C.”* De Orde leest het bestaan van een dergelijk toerekeningsvereiste niet in de voorgestelde tekst van artikel 13d lid 3 Wet Vpb 1969. Naar de mening van de Orde is een toerekeningsvereiste wel juist, om te voorkomen dat (in dit voorbeeld) een liquidatieverlies dat louter is toe te rekenen aan de ‘eigen’ activiteiten van O door de beperkingen wordt getroffen. De Orde beveelt aan om dit in de wettekst tot uitdrukking te brengen.

Volgens de doorkijkbepaling moet globaal gezegd worden bekeken of het liquidatieverlies aftrekbaar zou zijn geweest als de Nederlandse belastingplichtige het belang rechtstreeks zou hebben gehouden. De wettekst maakt gebruik van de naar Nederlands fiscaal recht bekende term ‘deelneming’ om het belang van de tussenhoudster in het eerder ontbonden lichaam aan te duiden. Hoe moet de term ‘deelneming’ worden verstaan in de doorkijkbepaling in situaties waarin de tussenhoudster van de belastingplichtige niet in Nederland is gevestigd, en het

⁷ HvJ EU 19 juni 2019, C-608/17.

⁸ HvJ EU 19 juni 2019, C-607/17.

Nederlandse fiscale recht niet van toepassing is op de tussenhoudster? Moet desalniettemin worden bekeken of bij een rechtstreeks belang sprake zou zijn van een deelneming? Maakt het daarbij uit of bij een rechtstreeks belang sprake zou zijn geweest van een zogenoemde niet-kwalificerende beleggingsdeelneming? Is de doorkijkbepaling ook van toepassing op een belang waarop de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing is, maar naar Nederlands fiscaal recht mogelijk niet als een deelneming wordt beschouwd (zoals bijvoorbeeld een earn-out vordering of koopopties)?

6. Toetsingstijdstip

Volgens het voorgestelde artikel 13d lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 moet de belastingplichtige in de vijf jaren voorafgaande aan de liquidatie onafgebroken voldoen aan de kwantitatieve en territoriale voorwaarde (terugblikperiode). Afgezien van de uitzonderingen opgenomen sub 1 en sub 2 van de genoemde bepaling, zou een kortstondige diskwalificatie volgens de voorgestelde regeling leiden tot het vervallen van het gehele liquidatieverlies. De Orde is van mening dat deze hardvochtige regeling tot onbillijke gevolgen kan leiden. Zeker omdat in de terugblikperiode ook de doorkijkregeling moet worden toegepast en gelet op de onduidelijkheid van het ‘belang’-criterium, kan de regeling tot onbedoelde diskwalificatie leiden in ingewikkelde concernstructuren. De Orde beveelt aan om deze effecten te verzachten door een ‘doorgaans’-criterium te hanteren, net zoals in de bezittingentoets bij toepassing van de regeling inzake beleggingsdeelnemingen. De Orde roept in herinnering dat in de periode 2007 tot en met 2009 de regeling inzake (laagbelaste) beleggingsdeelnemingen niet voorzag in een doorgaans-benadering, met tot gevolg dat er in de praktijk problemen ontstonden. Daarop heeft de wetgever in 2010 het doorgaans-criterium geïntroduceerd. Met een doorgaans-criterium zou de staatssecretaris de scherpste kantjes van de terugblikperiode kunnen afhalen.

De Orde acht het geen gelukkige keuze dat in het voorgestelde artikel 13d lid 2 onderdeel b Wet Vpb 1969 de term ‘jaren’ wordt gehanteerd. Hoewel uit de memorie van toelichting blijkt dat een termijn van 5 x 365 (schrikkeljaar: 366) dagen is bedoeld, blijkt dat niet uit de wettekst. Het gebruik van het begrip jaar of jaren kan in het licht van artikel 7 lid 4 Wet Vpb 1969 tot discussies leiden over de exacte lengte van de termijn. De Orde verzoekt de wettekst op dit punt te wijzigen door te spreken van ‘in de periode van 60 maanden onmiddellijk voorafgaand aan...’. Alternatief is om de term ‘jaren’ te vervangen door ‘kalenderjaren’, zoals thans ook in de sanctiebepaling van de fiscale-eenheidsregeling in artikel 15ai lid 3 onderdelen b en c Wet Vpb 1969 het geval is. Uit de wetsgeschiedenis bij die bepaling blijkt dat met ‘kalenderjaren’ steeds is bedoeld een periode van 365 dagen, wat kennelijk ook in het voorgestelde artikel 13d lid 2 onderdeel b Wet Vpb 1960 is bedoeld.

De belastingplichtige moet (zoals hiervóór reeds opgemerkt) niet alleen aan de kwantitatieve en territoriale voorwaarde voldoen op het moment van de vereffening, maar ook in de vijf jaren die onmiddellijk voorafgaan aan het tijdstip van vereffening. Hierbij is in de memorie van

toelichting aangegeven dat op het moment dat de belastingplichtige niet voldoet aan deze vijfjaarseis, het niet relevant is of het liquidatieverlies (gedeeltelijk) toerekenbaar is aan een periode waarin wel aan beide voorwaarden wordt voldaan en dat daarbij een alles-of-niets benadering geldt. De Orde meent dat deze alles-of-niets benadering dan ook zou moeten betekenen dat een liquidatieverlies wel in aanmerking genomen kan worden indien de belastingplichtige aan de vijfjaarseis voldoet, maar het liquidatieverlies toerekenbaar is aan een periode waarin de belastingplichtige nog niet voldeed aan de kwantitatieve of territoriale eis. De Orde vraagt de staatssecretaris dit te bevestigen.

Daarnaast merkt de Orde op dat deze vijfjaarseis juist kan leiden tot onnodig uitstel van de liquidatie. Als voorbeeld geeft de Orde een belastingplichtige die op enig moment het belang in een deelneming uitbreidt van (bijvoorbeeld 30 procent naar 60 procent). Indien deze belastingplichtige na drie jaar besluit te liquideren, is het onder de voorgestelde regeling voor deze belastingplichtige noodzakelijk om nog twee jaar te wachten met de vereffening van de liquidatie, zodat hij op grond van de vijfjaarstermijn een liquidatieverlies kan nemen. Zeker in combinatie met de temporele beperking kan dit tot merkwaardige timing-effecten leiden. Als in het geschetste voorbeeld het besluit tot liquidatie geldt als een stakingsbesluit, moet de belastingplichtige nog twee jaar wachten maar heeft hij daarna slechts een periode van een jaar om de liquidatie te voltooien. De Orde stelt voor om te voorzien in een regeling op grond waarvan de ‘wachtermijn’ kan worden verkort als de belastingplichtige aannemelijk kan maken dat er geen sprake is van misbruik van de liquidatieverliesregeling, zoals ook is opgenomen in de temporele voorwaarde.

De Orde vraagt om een nadere toelichting op keuze voor een termijn van vijf jaar. Het komt de Orde voor dat dit best lang is. Andere antimisbruikregelingen in de Wet Vpb 1969 gaan uit van een termijn van drie jaren, zoals bijvoorbeeld de bedrijfsfusie en de splitsing. Waarom is niet overwogen om aan te sluiten bij deze periode van drie jaren?

In het wetsvoorstel zijn twee versoepelingen opgenomen ten aanzien van de toetsperiode van vijf jaar. Dit is onder andere het geval indien het ontbonden lichaam pas tijdens de toetsperiode voor het eerst als deelneming wordt aangemerkt (eerste versoepeling). In dat geval geldt dat latere tijdstip als aanvangstijdstip voor de toetsperiode. Hierbij is aangegeven dat deze versoepeling enkel van toepassing is indien het lichaam voor de belastingplichtige voor het eerst als deelneming wordt aangemerkt. De Orde maakt hieruit op dat ingeval een deelneming binnen een groep verhangen wordt, het latere tijdstip als aanvangstijdstip geldt voor de toetsperiode. De Orde vraagt de staatssecretaris dit te bevestigen.

De Orde vraagt om nadere toelichting op situaties waarbij wel sprake is van een deelneming, maar de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, aangezien sprake is van een niet-kwalificerende beleggingsdeelneming. Het is denkbaar dat op enig moment sprake is van een sfeerovergang, waardoor vanaf dat tijdstip de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing is.

De Orde vraag te bevestigen dat bij een sfeerovergang waardoor de deelnemingsvrijstelling van toepassing wordt, geen nieuwe termijn start.

De Orde vraagt om toelichting op het volgende voorbeeld. Stel vennootschap A en vennootschap B bezitten ieder 30 procent in vennootschap C. A bezit haar belang reeds vier kalenderjaren en B bezit haar belang twee kalenderjaren. A en B fuseren juridisch als verdwijnende rechtspersonen in N. Hierbij gaat het gehele vermogen inclusief het belang in C over op N. Direct daarna wordt C geliquideerd. Is in dat geval voldaan aan de kwantitatieve voorwaarde? Of kan N in deze situatie een beroep doen op de uitzondering van het voorgestelde artikel 13d lid 2 onderdeel b ten eerste Wet Vpb 1969? Maakt het hierbij nog uit of gebruik wordt gemaakt van de juridische-fusiefaciliteit? En wat als B juridisch fuseert als verdwijnende rechtspersoon in A? En wat als A haar belang in vennootschap C langer dan vijf jaren bezit en B twee jaren en beide als verdwijnende rechtspersonen fuseren in N? En wat als in deze laatste situatie B juridisch fuseert als verdwijnende rechtspersoon in A? Als in het voorbeeld hierboven A haar belang reeds 5 kalenderjaren bezit, verandert dat de uitkomst?

De Orde vraagt daarnaast om uitleg hoe de toetsperiode als de deelneming als verdwijnende dan wel verkrijgende rechtspersoon is betrokken bij een fusie of een splitsing.

Indien een dochtermaatschappij wordt ontvoegd uit een fiscale eenheid met haar moeder, ontstaat op het moment van ontvoeging voor de moeder een deelnemingsverhouding. De Orde verneemt graag of in een dergelijk geval sprake is van het voor het eerst als deelneming kwalificeren in de zin van het voorgestelde artikel 13d lid 2 sub b ten eerste, Wet Vpb 1969. Maakt het daarbij uit hoe lang de fiscale eenheid met de dochtermaatschappij heeft bestaan?

In het verlengde hiervan zou de Orde graag willen vernemen of sprake is van een nieuwe deelneming in de zin van genoemde bepaling in de navolgende situatie: M bv verwerft in jaar 1 100 procent van de aandelen D bv, en gaat met ingang van het tijdstip van de verwerving een fiscale eenheid met D bv aan. In jaar 2 wordt D bv uit de fiscale eenheid ontvoegd. Vormt het belang van M bv in D bv een nieuwe deelneming voor M respectievelijk de fiscale eenheid?

De Orde begrijpt uit de voorgestelde wettekst dat de vraag of er sprake is van een nieuwe deelneming vanuit het perspectief van de belastingplichtige moet worden beoordeeld. In dat kader vraagt de Orde zich af hoe het voorgestelde artikel 13d lid 2 sub b ten eerste Wet Vpb 1969 moet worden toegepast in een geval van een zogenoemde ‘gelaagde fiscale eenheid’. Stel M bv bezit alle aandelen in D bv (geen fiscale eenheid). M en D gaan op zeker moment een fiscale eenheid aan. Q bv is moedermaatschappij van een andere fiscale eenheid. Q bv verwerft de aandelen M bv en M bv gaat als dochtermaatschappij samen met D bv op in de grotere fiscale eenheid met Q bv als de moedermaatschappij. Op enig tijdstip wordt D bv ontvoegd uit de fiscale eenheid met Q bv als moedermaatschappij. Is dan op dat tijdstip voor Q bv

respectievelijk de fiscale eenheid met Q bv als de moedermaatschappij sprake van een nieuwe deelneming in de zin van de genoemde bepaling?

7. Franchise

De voorgestelde nieuwe regeling voorziet in een franchise op grond waarvan liquidatieverliezen van 5 miljoen euro of minder niet in aftrek worden beperkt. De franchise werkt alleen voor de nieuwe kwantitatieve en territoriale voorwaarde, niet voor de nieuwe temporele voorwaarde. De franchise werkt per door één belastingplichtige gehouden deelneming.

De franchise heeft vooral tot doel om het Nederlandse MKB te ontzien. De Orde merkt echter op dat 5 miljoen euro in dit verband ook voor het Nederlandse MKB niet heel hoog is. Anders gezegd, veel MKB-ondernemingen zullen naar verwachting worden getroffen door de nieuwe maatregel, nu al bij belangen van 50 procent of minder geen liquidatieverlies meer in aftrek kan worden gebracht van meer dan 5 miljoen euro. Dit klemmt te meer als niet alleen naar het eigen vermogen wordt gekeken maar ook naar het vreemd vermogen. Veel groepsleningen worden volgens de huidige jurisprudentie namelijk aangemerkt als onzakelijke leningen. Consequentie hiervan is dat het verlies op de onzakelijke lening uiteindelijk als liquidatieverlies in aftrek kan worden gebracht. Bedraagt de onzakelijke lening tezamen met het eigen vermogen echter meer dan 5 miljoen euro en betreft het een belang van 50 procent of minder, dan kan een deel van het liquidatieverlies niet in aftrek worden gebracht. De Orde meent dat dit niet wenselijk is en verzoekt de franchise te verruimen, zodat het Nederlandse MKB zoveel mogelijk wordt ontzien.

In de memorie van toelichting merkt de staatssecretaris met betrekking tot de franchise op: *“Dit betekent dat een belastingplichtige voor elk afzonderlijk lichaam gebruik kan maken van de franchise. Hierop zouden belastingplichtigen kunnen structureren door investeringen ‘op te knippen’ in verschillende vennootschappen. Los van de vraag of dergelijke structuren – die in strijd zijn met de bedoeling van het onderhavige wetsvoorstel en slechts tot (hoofd)doel hebben om meerdere malen gebruik te maken van de franchise – kunnen worden bestreden met fraus legis, ligt het vooralsnog niet voor de hand om hiervoor een gerichte antimisbruikbepaling in de wetgeving op te nemen. Daarmee zou de regeling onnodig worden gecompliceerd. Mocht uit signalen uit de praktijk blijken dat belastingplichtigen op grote schaal proberen om op deze wijze de nieuwe beperkingen te omzeilen, dan zal alsnog worden gezien of aanvullende maatregelen wenselijk zijn.”*

In het kader van de rechtszekerheid zou de Orde graag nader toegelicht zien in welke gevallen volgens de staatssecretaris sprake is van misbruik van de franchise, bij voorkeur door middel van concrete voorbeelden.

8. Temporele beperking

De achtergrond van de driejaarstermijn is te voorkomen dat belastingplichtigen de vereffening van het vermogen van het ontbonden lichaam uitstellen tot het moment waarop het in aanmerking nemen van het liquidatieverlies fiscaal gezien het meest wenselijk is. Op Prinsjesdag heeft het kabinet in de aanbiedingsbrief bij het Pakket Belastingplan 2021 echter een maatregel in de vennootschapsbelasting aangekondigd die erop neer komt dat de verliesverrekening wordt getemporiseerd. Behaalt de belastingplichtige een belastbare winst van meer dan 1 miljoen euro, dan kan van het meerdere nog slechts de helft wordt gebruikt voor het verrekenen van verliezen. Daarnaast is voorgesteld om de termijn voor voorwaartse verliesverrekening te laten vervallen, zodat voorwaartse verliesverrekening onbeperkt wordt in plaats van de huidige termijn van zes jaren. Deze voorstellen werpen – ervan uitgaande dat ook liquidatieverliezen eronder zullen vallen – de vraag op naar de noodzaak van de voorgestelde temporele beperking in de liquidatieverliesregeling. Het ongewenst geachte ‘planningsgedrag’ wordt immers al in belangrijke mate opgevangen door de voorgestelde wijzigingen van de verliesverrekeningsregels. De Orde verzoekt, gelet op dit nieuwe voornemen van het kabinet, om een heroverweging van de temporele beperking. Mocht deze heroverweging niet leiden tot het schrappen van de temporele beperking, dan verzoekt de Orde om een toelichting hoe de temporele beperking EU-rechtelijk nog gerechtvaardigd kan worden met het oog op misbruikbestrijding, zodra de wet voorziet in een onbeperkte termijn voor voorwaartse verliesverrekening.

De Orde meent dat ook in dit wetsvoorstel (nog steeds) niet duidelijk is wanneer precies sprake is van ‘geheel of nagenoeg geheel staken’. De Orde is het daarnaast met de Raad van State eens dat door de coronacrisis meer belastingplichtigen dan eerder gedacht op korte termijn te maken krijgen met de aanscherping uit het wetsvoorstel en het daardoor nog belangrijker is dat het voor belastingplichtigen duidelijk is hoe die aanscherpingen precies uitwerken. De Orde vraagt de staatsecretaris om nadere toelichting van ‘geheel of nagenoeg geheel staken’ en nadere voorbeelden.

De periode van drie kalenderjaren vangt aan bij de aanvang van het kalenderjaar dat volgt op het kalenderjaar waarin de onderneming van het ontbonden lichaam geheel of nagenoeg geheel is gestaakt, dan wel, indien dat eerder is, het besluit daartoe is genomen. De Orde verzoekt aan te geven wat dient te worden verstaan onder ‘het besluit’. Moet dit worden verstaan als een formeel besluit of kan ook uit de gedragingen en feiten en omstandigheden (door de inspecteur) worden afgeleid dat een stakingsbesluit is genomen? Wordt verder gedoeld op een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders of een besluit van de directie? Indien het besluit tot staking is genomen onder opschortende voorwaarde van toestemming van een andere partij (intern of extern), begint de periode dan te lopen nadat die toestemming is verkregen?

In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat het begrip onderneming moet worden uitgelegd conform de betekenis van dit begrip voor de toepassing van de niet-voortzettingseis in het voorgestelde lid 14 onderdeel b. Volgens de memorie van toelichting omvat dit begrip ook het verrichten van houdsteractiviteiten en valt een zuivere houdstervernootschap onder de reikwijdte van het voorgestelde lid 14, onderdeel c. Hoe verhoudt zich dit tot de opmerking in onderdeel 5.11.2.2. van het Besluit van 9 maart 2020⁹ dat houdsteractiviteiten geen aanleiding geven tot het constateren van een voorgezette onderneming?

De driejaarstermijn geldt niet als de belastingplichtige doet blijken dat het op een later tijdstip voltooiën van de vereffening niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van vennootschapsbelasting. De Orde constateert dat in de tegenbewijsregeling in algemene zin wordt gesproken van ‘ontgaan of uitstellen van vennootschapsbelasting’. De Orde acht het veel meer voor de hand liggen om in de tegenbewijsregeling het ongewenst geachte gebruik centraal te stellen. De Orde verzoekt tot aanpassing van de wettekst zodat aan de tegenbewijsregeling is voldaan als het later voltooiën van de vereffening van het vermogen niet is ingegeven om het in aanmerking nemen van het liquidatieverlies te optimaliseren.

De Orde begrijpt niet waarom in het uiteindelijke wetsvoorstel gekozen is voor de verzwaarde bewijslast van ‘doen blijken’, waar in het initiatiefwetsvoorstel van GroenLinks, SP en PvdA juist gekozen was voor de lagere bewijslast van ‘aannemelijk maken’. De Orde verzoekt de staatssecretaris om de bewijslast op dit punt te verlagen naar ‘aannemelijk maken’.

Daarnaast vraagt de Orde om een toelichting op het verschil tussen een latere voltooiing van een vereffening op grond van zakelijke overwegingen en een latere voltooiing die niet gericht is op het ontgaan of uitstellen van de heffing van vennootschapsbelasting.

Op grond van het voorgestelde lid 15 begint de driejaarstermijn in het voorgestelde lid 14 onderdeel c, voor een tussenhoudster te lopen op het moment dat een reeds ontbonden deelneming van die tussenhoudster haar onderneming heeft gestaakt of het besluit daartoe heeft genomen. Indien de vereffening van de tussenhoudster wordt voltooid buiten deze termijn, wordt het liquidatieverlies op de tussenhoudster niet in aanmerking genomen voor zover dit toerekenbaar is aan de reeds ontbonden kleindochter. De Orde vraagt zich af waarom de temporele voorwaarde op het niveau van een tussenhoudster wordt verbonden aan de ondernemingsstaking van een ontbonden dochter van die tussenhoudster? Volgens de memorie van toelichting dient deze doorkijkbepaling ertoe te voorkomen dat aan de werking van de temporele voorwaarden kan worden ontkomen door gebruik te maken van een tussenhoudstervernootschap. Naar de mening van de Orde wordt dit doel ook bereikt door de temporele voorwaarde toe te passen op het niveau van de kleindochter (zoals het geval was in het definitieve initiatiefwetsvoorstel).

⁹ Besluit van 9 maart 2020, nr. 2020-0000000002.

Het voorgestelde lid 15 leidt tot onredelijke resultaten indien de tussenhoudster eigen activiteiten heeft of meerdere deelnemingen houdt en om die reden pas op een later moment (buiten de driejaarstermijn) wordt ontbonden. In dat geval zal het liquidatieverlies op de tussenhoudster worden gekort voor zover toerekenbaar aan een reeds ontbonden kleindochter. De Orde verzoekt de staatssecretaris toe te lichten waarom dit nodig is indien de vereffening van de kleindochter binnen de driejaarstermijn is voltooid en dus geen sprake is van een ‘ontkomen’ aan de temporele voorwaarde.

In vervolg op de voorgaande alinea: kan de staatssecretaris bevestigen dat voldaan is aan de tegenbewijsregeling van het voorgestelde lid 15 laatste volzin, indien een tussenhoudster met eigen activiteiten of meerdere deelnemingen buiten de driejaarstermijn is vereffend om redenen die verband houden met die eigen activiteiten of de andere deelnemingen? Ten tijde van de ontbinding van één deelneming kan bijvoorbeeld de wens bestaan om eigen activiteiten voort te zetten of andere deelnemingen te blijven houden, terwijl dit enige jaren later niet langer de wens kan zijn.

De Orde vraagt zich af hoe het voorgestelde lid 15 uitwerkt indien de tussenhoudster een deelneming houdt in een kleindochter waarvan de onderneming reeds is gestaakt, maar de vereffening nog niet is voltooid. De Orde verzoekt om een nadere toelichting.

9. Overige opmerkingen

In het huidige lid 5 (na vernummering lid 8) wordt de verwijzing naar het “elfde lid” vervangen door een verwijzing naar het “veertiende lid, onderdelen a, b of d”. Volgens de memorie van toelichting dient deze doorkijkbepaling geen toepassing te vinden met betrekking tot de temporele voorwaarde in het voorgestelde lid 14, onderdeel c. Voor de temporele voorwaarde wordt immers een separate doorkijkbepaling opgenomen in het voorgestelde lid 15. Het voorgestelde lid 14, onderdeel d, vereist echter dat de belastingplichtige doet blijken dat is voldaan aan – onder andere – het bepaalde in het voorgestelde onderdeel c van het lid 14. Betekent dit niet dat voor de toepassing van de doorkijkbepaling in het voorgestelde lid 8 (huidig lid 5) toch de temporele voorwaarde moet worden getoetst?

De Orde vraagt of is overwogen om de doorkijkregeling van het huidige artikel 13d lid 5 (volgens het wetsvoorstel vernummerd in lid 8) Wet Vpb 1969 te integreren met de nieuw voorgestelde doorkijkregeling van artikel 13d lid 15 Wet Vpb 1969? Het is wetssystematisch namelijk niet fraai om in een eerder lid (het huidige lid 5) vooruit te verwijzen naar een later lid (het huidige lid 11). Dat dit nu zo is, is verklaarbaar om historische redenen. Nu in het voorgestelde artikel 13d lid 15 Wet Vpb 1969 een nieuwe doorkijkregeling wordt getroffen die samenhangt met het nieuwe lid 14 onderdeel c, komt het de Orde voor dat beide leden kunnen worden geïntegreerd in het nieuwe lid 15. De lange wettekst in het voorgestelde artikel 13d lid

15 Wet Vpb 1969, die aanhaakt op onderdeel c van lid 14, kan dan eenvoudig worden vervangen door een verwijzing naar lid 14.

De doorkijkregeling van het voorgestelde artikel 13d lid 15 Wet Vpb 1969 biedt in de laatste volzin de belastingplichtige een tegenbewijsmogelijkheid. De Orde vraagt of is overwogen om een soortgelijke tegenbewijsmogelijkheid op te nemen in de doorkijkregeling van het voorgestelde lid 3 en van het huidige lid 5 (vernummerd in lid 8) van de Wet Vpb 1969 en zo nee, waarom niet.

In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat de omvang van het berekende liquidatieverlies, bedoeld in artikel 13e lid 1 en 2 Wet Vpb 1969, onder andere opgevat moet worden met inachtneming van de kwantitatieve en territoriale voorwaarde, bedoeld in het voorgestelde artikel 13d lid 2. De Orde begrijpt dit voor zover het gaat om een ‘doorgeschoven’ liquidatieverlies op een deelneming die is ontbonden na inwerking van het voorstel. De Orde vraagt de staatssecretaris te bevestigen dat een doorgeschoven liquidatieverlies op een deelneming die is ontbonden (lang) voordat het voorstel in werking treedt, niet wordt beperkt door de voorgestelde beperkingen in artikel 13d.

10. Overgangsrecht

Het uitgangspunt van de voorgestelde nieuwe regeling is dat deze in werking treedt op 1 januari 2021 en voor het eerst toepassing vindt met betrekking tot boekjaren die op of na 1 januari 2021 aanvangen (het voorgestelde artikel III). Op dit uitgangspunt maakt de regeling slechts zeer beperkte uitzonderingen (het voorgestelde artikel II). Dit betekent dat de nieuwe voorwaarden in beginsel ook van toepassing zullen worden op bestaande deelnemingen, en dus geen sprake is van eerbiedigende werking.

In haar advies heeft de Raad van State opgemerkt dat er inzake de kwantitatieve en territoriale voorwaarde sprake is van materieel terugwerkende kracht. Hierbij kan gedacht worden aan liquidaties waarbij de onderneming vóór 1 januari 2021 gestaakt is, maar de vereffening pas is voltooid na 1 januari 2021. De Raad van State merkt op dat dit ongewenst is met het oog op voorspelbare wetgeving en rechtszekerheid. In het nader rapport is vervolgens opgemerkt dat het kabinet met de introductie van deze voorwaarden de belastingheffing over winsten van multinationals evenwichtiger wil maken. Naar de mening van de Orde is daarvoor een ruimhartige overgangsregeling met een vorm van eerbiedigende werking onontbeerlijk. De Orde merkt daarbij op dat een reeds genomen besluit tot liquidatie reeds tot een winst (belastingbate) in de jaarrekening geleid zal hebben, zodat het ontbreken van overgangsrecht tot een commercieel verlies zal leiden. De Orde is een voorstander van een eerbiedigende werking waarbij reeds lopende liquidaties niet onder de nieuwe regeling vallen. De Orde vindt het met name in relatie tot de kwantitatieve voorwaarde evenwichtig als de regeling zou voorzien in eerbiedigende werking voor deelnemingen die op 1 januari 2021 reeds in liquidatie waren.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

Het ontbreken van een vorm van eerbiedigende werking knelt naar de mening van de Orde temeer nu ook de terugkijkregeling ten aanzien van de nieuwe kwantitatieve en territoriale voorwaarde van toepassing wordt op bestaande structuren. Belastingplichtigen worden hierdoor overvallen, want aan het verleden valt niets meer te doen. Naar de mening van de Orde is dit geen evenwichtige wetgeving. De Orde bepleit daarom dat in de regeling wordt neergelegd dat de terugkijkperiode niet van toepassing is op alle deelnemingen die op het tijdstip van inwerkingtreding van de nieuwe regeling voldoen aan de territoriale en temporele voorwaarden. Daarmee zou de regeling naar de mening van de Orde veel evenwichtiger worden.

11. Slot

De Orde is graag bereid bovenstaande reactie nader toe te lichten en daartoe in overleg te treden.

Hoogachtend,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

drs. R.A. van der Jagt
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen