

VENNOOTSCHAPSBELASTING

Internetconsultatie initiatiefwetsvoorstel aanpassing liquidatie- en stakingsverliesregeling in VPB (art. 13d en 15i Wet VPB 1969)

Aantekening

Initiatiefwetsvoorstel

Voor het eerst wordt nu ook een fiscaal initiatiefwetsvoorstel onderworpen aan een internetconsultatie. Dat is wat ons betreft een goede ontwikkeling. Het blijft echter een initiatiefwetsvoorstel; wat betekent dat de kans dat het uiteindelijk tot wet wordt verheven, wellicht lager ligt dan bij een wetsvoorstel van het kabinet.

Achtergrond

De achtergrond van het wetsvoorstel is dat de indieners menen dat de huidige liquidatieverliesregeling de mogelijkheid biedt de Nederlandse belastinggrondslag vergaand uit te hollen, omdat de liquidatieverliesregeling 1. ziet op deelnemingen die waar ook ter wereld zijn gevestigd, en 2. de mogelijkheid biedt om die aftrekpost tot elk gewenst moment uit te stellen. Verder wordt gesproken over grondslagverbreding. Om die reden stellen de initiatiefnemers drie beperkingen voor ten aanzien van de liquidatieverliesregeling: een materiële beperking, een territoriale beperking en een temporele beperking. Behoudens de materiële beperking, worden overeenkomstige beperkingen voorgesteld voor de stakingsverliesregeling voor buitenlandse vaste inrichtingen.

Drempel

De materiële en de territoriale beperking van de liquidatieverliesregeling geldt alleen, voor zover het liquidatieverlies meer bedraagt dan € 1 mln. Volgens de toelichting gaat het om een doelmatigheidsdrempel, bedoeld om de voorgestelde regeling uitvoerbaar te maken voor het bedrijfsleven en de Belastingdienst.

Onze indruk is dat de drempel met name bedoeld lijkt om het Nederlandse mkb te ontzien en vooral de grote multinationals te treffen. Dat kan overigens volstrekt legitiem zijn, maar het heeft minder te maken met doelmatigheid.

Materiële beperking

De materiële beperking is opgenomen in het voorgestelde art. 13d lid 15 onderdeel a Wet VPB 1969 dat nader wordt uitgewerkt in het voorgestelde art. 13d lid 18 onderdeel a Wet VPB 1969. De materiële beperking houdt in dat er sprake moet zijn van een bezit van meer dan 25% van de aandelen of van een belang waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een lichaam kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald. Op grond van het voorgestelde art. 13d lid 16 onderdeel a Wet VPB 1969 wordt tevens van aftrek uitgesloten een liquidatieverlies dat toerekenbaar is aan een indirect belang waarvoor niet aan voornoemde eis werd voldaan. De materiële beperking geldt alleen voor de liquidatieverliesregeling voor deelnemingen en niet voor de stakingsverliesregeling. Dit komt, omdat een vaste inrichting altijd voor 100% wordt gehouden, zodat een overeenkomstige beperking voor de stakingsverliesregeling niet nodig is.

Waarom is gekozen voor een aparte definitie van een materiële deelneming wordt nauwelijks toegelicht. Wij hadden ons kunnen voorstellen dat zou worden aangesloten bij de definitie van verbonden lichamen in art. 10a Wet VPB 1969. Uit de toelichting blijkt dat de initiatiefnemers aansluiting hebben willen zoeken bij het EU-recht voor wat betreft de vrijheid van vestiging. Dat betreft dus belangen, waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een lichaam kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald. Het 25%-criterium is een invulling om de praktijk een handreiking te bieden. Het lijkt ons dat de regeling, gezien die uitgangspunten, net zo goed naar een verbonden lichaam had kunnen verwijzen. Als men erover zou twijfelen of alle belangen waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een lichaam kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, onder de definitie van verbonden lichamen vallen, zou men dat nog aan die definitie kunnen toevoegen. Het aansluiten bij de definitie van verbonden lichaam leidt in beginsel tot een nog iets hogere drempel (ten minste 1/3e belang tegenover 25%-belang), maar daar staat tegenover dat bij de definitie van een verbonden lichaam niet is vereist dat het belang volledig direct wordt gehouden.

Het arrest HvJ EG 13 december 2005, nr. C-446/03 (Marks &

Spencer), *BNB 2006/72* lijkt met zich te brengen dat voor wat betreft belangen waarop de vrijheid van vestiging van toepassing is, verliezen uiteindelijk altijd (ergens) in aftrek moeten kunnen komen. Het volledig uitsluiten van liquidatieverliezen lijkt daarmee niet mogelijk. Als men een materiële inperking van de mogelijkheid tot het nemen van liquidatieverliezen voorstaat, dan lijkt ons dit een redelijke invulling. Wij vragen ons echter af waarom dit nodig zou zijn. De toelichting geeft aan dat de initiatiefnemers het in het bijzonder onevenwichtig achten dat hoofdkantoren op hun beperkte belastinggrondslag ook nog eens potentieel alle verliezen uit hoofde van de liquidatie van buitenlandse deelnemingen in aftrek kunnen brengen. Het komt ons voor dat juist bij hoofdkantoren veelal sprake zal zijn van deelnemingen, waarbij een zodanige invloed op de besluiten van een lichaam kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald. Kortom, het lijkt ons dat juist bij hoofdkantoren de materiële beperking weinig betekenisvol zal zijn. Dit roept toch de vraag op wat nu precies de rechtvaardiging is van de materiële beperking (behalve grondslagverbreding).

Territoriale beperking

De territoriale beperking geldt zowel voor de liquidatieverliesregeling als voor de stakingsverliesregeling en is opgenomen in het voorgestelde art. 13d lid 15 onderdeel b Wet VPB 1969 respectievelijk art. 15i lid 9 Wet VPB 1969. Voor de liquidatieverliesregeling wordt dit nader uitgewerkt in het voorgestelde art. 13d lid 18 onderdeel b Wet VPB 1969. Kort gezegd, houdt de territoriale beperking in dat alleen liquidatieverliezen op Nederlandse, EU- en EER-deelnemingen aftrekbaar zijn en alleen stakingsverliezen op vaste inrichtingen in de EU en EER aftrekbaar zijn. Voor wat betreft deelnemingen is daarbij expliciet aangegeven dat het om de vestigingsplaats gaat, niet om het recht van oprichting.

Voor de liquidatieverliesregeling wordt in het voorgestelde art. 13d lid 16 onderdelen b, c en d Wet VPB 1969 nog een aantal regelingen opgenomen voor indirecte belangen. Allereerst worden liquidatieverliezen toerekenbaar aan een indirect gehouden deelneming in een derde staat uitgesloten. Verder wordt bepaald dat ook geen recht bestaat op liquidatieverliezen die betrekking hebben op een EU- of EER-deelneming die wordt gehouden via een tussenholding in een derde staat. Ten slotte wordt nog bepaald dat ook geen recht bestaat op liquidatieverliezen die betrekking hebben op vaste inrichting in een derde staat.

Voor wat betreft stakingsverliezen bevat het voorgestelde art. 15i

lid 9 Wet VPB 1969 een uitzondering op de territoriale beperking voor, kort gezegd, beleggingsactiviteiten. Dit is nodig, omdat op dergelijke activiteiten de vrijheid van kapitaalverkeer van toepassing is. De uitzondering geldt overigens weer niet, als geen regeling is overeengekomen met de desbetreffende jurisdictie die voorziet in de uitwisseling van inlichtingen.

De territoriale beperking lijkt ons EU-rechtelijk toegestaan. De motivering is dat juist door de werking van de deelnemingsvrijstelling respectievelijk objectvrijstelling het Nederlandse systeem grotendeels territoriaal is. Volgens de initiatiefnemers past de liquidatieverliesregeling daar eigenlijk niet in. Wij menen dat zowel voor binnenlandse deelnemingen, EU- en EER-deelnemingen en deelnemingen in derde landen geldt dat bij liquidatie de verliezen zonder een liquidatieverliesregeling nergens in aftrek zouden komen. Dat geldt ook voor stakingsverliezen van vaste inrichtingen in andere EU-lidstaten, EER-staten en derde landen. De motivering voor de territoriale beperking kan ons daarom minder overtuigen, te meer omdat liquidatieverliezen respectievelijk stakingsverliezen onder de drempel wel in aftrek komen.

Naast de EU-lidstaten en de EER-staten is er ook nog Zwitserland dat een bijzondere positie inneemt. Zwitserland is noch lid van de EU noch van de EER, maar is via een groot aantal overeenkomsten wel grotendeels gelijkgeschakeld met EU- en EER-lidstaten. Zo geldt er een aparte overeenkomst op basis waarvan de EU-moederdochterrichtlijn min of meer van toepassing wordt verklaard, zij het dat het minimumpercentage nog op 25% staat. Dat roept de vraag op of het terecht is Zwitserland uit te sluiten. Iets dergelijks geldt wellicht ook na de Brexit voor het Verenigd Koninkrijk. Verder merken wij op dat, doordat wordt verwezen naar Nederland op grond van art. 2 lid 3 onderdeel d ten derde AWR, deelnemingen respectievelijk vaste inrichtingen in de Caribisch Nederland — BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint-Maarten — ook onder de territoriale beperking vallen. Met name voor wat betreft de BES-eilanden komt dat ons wat wrang over.

Temporele beperking

De temporele beperking geldt zowel voor de liquidatieverliesregeling als voor de stakingsverliesregeling. Zoals hiervóór al opgemerkt, geldt de drempel niet voor de temporele beperking. Met andere woorden, de temporele beperking geldt voor alle liquidatieverliezen.

De temporele beperking is opgenomen in het voorgestelde art.

13d lid 14 Wet VPB 1969 respectievelijk art. 15i lid 8 Wet VPB 1969. De huidige liquidatieverliesregeling bepaalt dat het verlies pas kan worden genomen op het moment dat de liquidatie is voltooid. Een soortgelijke regeling is opgenomen in de stakingsverliesregeling. De indieners constateren nu dat belastingplichtigen hiermee de mogelijkheid hebben verliesneming uit te stellen tot het tijdstip dat hun dienstig is. Om die reden stellen zij voor dat aftrek slechts mogelijk is, indien de vereffening uiterlijk is voltooid in het derde kalenderjaar dat volgt op het kalenderjaar waarin de onderneming door het ontbonden lichaam geheel of nagenoeg geheel is gestaakt dan wel het besluit daartoe is genomen, tenzij de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de vereffening op grond van zakelijke overwegingen op een later tijdstip is voltooid. Als voorbeeld van dergelijke zakelijke overwegingen wordt genoemd een complexe vereffening welke niet binnen drie jaar kan worden beëindigd. Hoewel daarmee wel duidelijk lijkt wat wordt bedoeld met zakelijke overwegingen, vragen wij ons af of dit nu de juiste omschrijving is.

De temporele bepaling sluit aan bij het tijdstip dat “de onderneming door het ontbonden lichaam geheel of nagenoeg geheel is gestaakt dan wel het besluit daartoe is genomen”. De enige motivering is een verwijzing naar het artikel van J.L. van de Streek. 'Voorstellen tot een meer evenwichtige versobering van de voorwaartse verliesverrekeningstermijn in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/215. Ook in dit artikel ontbreekt een nadere toelichting ter zake wat wordt bedoeld met het besluit tot staking en waarom dit relevant zou zijn. Wij menen dat de toevoeging naar het besluit tot het staken van de activiteiten een oneigenlijk en ook onwerkbaar element vormt. Oneigenlijk, omdat de liquidatieverlies- en de stakingsverliesregeling aanknopen bij het feitelijk staken van activiteiten en het besluit daartoe niet relevant is. Dat er besloten zou zijn de activiteiten te (gaan) beëindigen, leidt immers (nog) niet tot de staking; de activiteiten zijn immers nog niet beëindigd. Onwerkbaar, omdat in de praktijk vaak lastig valt te bepalen wanneer een dergelijk besluit wordt genomen. Betreft dat het moment dat de directie van de moedervernootschap een besluit neemt, het moment dat de directie van de desbetreffende deelneming een besluit neemt, het moment dat de raad van commissarissen (indien aanwezig) een besluit neemt, het moment dat OR en/of vakbonden akkoord gaan met het besluit (en, indien van toepassing, een sociaal plan of soortgelijke regeling)? Een dergelijke regeling leidt er vermoedelijk toe dat in die gevallen waarin de belastingplichtige wil plannen, er geen (formeel) besluit wordt genomen en de regeling niet van toepassing is. In reële gevallen kan

echter een lastige discussie ontstaan. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat de staking van de onderneming wordt uitgesteld naar aanleiding van een bedrijfsbezetting door de vakbonden.

Wij kunnen ons op zich voorstellen dat de wetgever er bezwaar tegen heeft dat belastingplichtigen liquidatieverliezen willekeurig kunnen uitstellen. De vraag is wel of het dan niet fraaier zou zijn om de voorwaarde dat het liquidatieverlies pas bij voltooiing van de vereffening kan worden genomen, uit de aanhef van art. 13d lid 11 Wet VPB 1969 te halen en over te hevelen naar het voorgestelde art. 13d lid 14 Wet VPB 1969. Daarnaast leidt de regeling ertoe dat het wel erg belangrijk wordt het moment van staking van de onderneming vast te stellen. Het zou geen kwaad kunnen als dit tijdstip op verzoek bij voor bezwaar vatbare beschikking zou worden vastgesteld.

Voor wat betreft stakingsverliezen zien wij eigenlijk niet goed in hoe er sprake kan zijn van misbruik. Als er nog winst uit een vaste inrichting wordt genoten, zullen normaliter de activiteiten nog worden voortgezet. Dat kan anders zijn bij nagekomen baten, maar in dat geval vermogen wij niet in te zien hoe dat misbruik zou vormen. Anders dan voor liquidatieverliezen, zien wij voor de stakingsverliezen dan ook geen reden voor een temporele beperking.

Doorlopende toetsing

De beperkingen worden toegepast op het moment dat het liquidatieverlies respectievelijk stakingsverlies wordt geclaimd. Uit de bewoordingen van de aanhef van het voorgestelde art. 13d lid 16 Wet VPB 1969 blijkt dat bij de liquidatieverliesregeling voor wat betreft de materiële beperking en de territoriale beperking sprake is van een continue toets. Werd aan de desbetreffende toetsen eerder niet voldaan, dan bestaat in zoverre geen recht op een liquidatieverlies. Hoe dat werkt, wordt overigens niet toegelicht. Wij veronderstellen dat daarbij een soort compartimentering zal worden toegepast, maar duidelijk is dat niet. Een overeenkomstige bepaling ontbreekt bij de stakingsverliesregeling, vermoedelijk omdat zich iets dergelijks bij de stakingsverliesregeling nauwelijks denken.

De systematiek van toepassing bij het claimen van het verlies en een doorlopende toets leidt ertoe dat, als bij de liquidatie niet maar eerder wel aan de materiële toets werd voldaan, toch geen recht bestaat op een liquidatieverlies. Dat is wellicht doelmatig, maar lijkt ons wel minder rechtvaardig. Een voorbeeld zou kunnen zijn de liquidatie van een Engelse deelneming na de Brexit. Er wordt dan niet meer voldaan aan de territoriale toets, omdat het Verenigd Koninkrijk niet langer deel uitmaakt van de EU en EER, terwijl het

verlies mogelijk wel aan de EU-periode is toe te rekenen.

Overgangsrecht

De intentie van de indieners is dat het wetsvoorstel in werking treedt per 1 januari 2021. De temporele beperking treedt effectief pas op 1 januari 2024 in werking. Dit is geregeld in de vorm van overgangsrecht. De vraag is of het niet eenvoudiger zou zijn de temporele beperking als laatste lid op te nemen en dit pas per 1 januari 2024 in werking te laten treden.

Afsluitende opmerkingen

De liquidatieverliesregeling en de stakingsverliesregeling zijn thans al complex en het nu voorliggende voorstel maakt deze regelingen nog complexer. Zo lijkt er sprake te kunnen zijn van samenloop tussen de diverse nieuw voorgestelde bepalingen onderling en tussen de diverse nieuw voorgestelde bepalingen en bestaande regelingen. Die samenloop valt mogelijk wel (grotendeels?) te ondervangen met een redelijke wetstoepassing, maar het blijft problematisch. Om een voorbeeld te geven: art. 13d lid 4 jo. lid 6 tweede volzin Wet VPB 1969 bevat een regeling op basis waarvan verliezen op bij wijze van liquidatie-uitkering verkregen belangen worden “doorgeschoven” naar het aldus verkregen belang. De belastingplichtige had echter gedurende de periode daarvóór geen (direct) kwalificerend belang in de zin van het voorgestelde art. 13d lid 15 onderdeel a Wet VPB 1969. Dit zou betekenen dat het “doorgeschoven” verlies uiteindelijk niet meer aftrekbaar zou zijn. Die uitkomst lijkt ons niet redelijk. Bij een “doorgeschoven” verlies zou de voorafgaande periode moeten meetellen, tenzij bij de eerste liquidatie geen sprake was van een kwalificerend belang.

Voorts bevat de huidige liquidatieverliesregeling meer onevenwichtigheden. Een bekend manco in de regeling is dat het opgeofferd bedrag ter zake van een deelneming bij interne reorganisaties alleen wordt doorgeschoven naar het verkrijgende (verbonden) lichaam, als de werkelijke waarde van de deelneming hoger is dan dit opgeofferde bedrag. Is de werkelijke waarde van de overgedragen deelneming lager, dan wordt het opgeofferde bedrag bij het verkrijgende (verbonden) lichaam op de lagere werkelijke waarde gesteld. Vide art. 13d lid 6 eerste volzin Wet VPB 1969. Dit pakt onevenwichtig uit, want een deel van het bedrag dat het concern voor de deelneming heeft opgeofferd, kan zo verloren gaan. Een andere onevenwichtigheid in de huidige liquidatieverliesregeling is

de antivoortzettingbepaling van (thans) art. 13d lid 11 onderdeel b Wet VPB 1969. Een kleine voortzetting van de onderneming van de geliquideerde deelneming torpedeert het hele liquidatieverlies, ook als het liquidatieverlies materieel is veroorzaakt door de activiteiten van de geliquideerde deelneming die wel zijn gestaakt. Weliswaar bevat het besluit van 20 januari 2017, nr. BLKB2016/803M, V-N2017/16 in onderdeel 5.10.2.2 op deze rigide bepaling een kleine uitzondering maar voldoet men niet aan deze uitzondering, dan kan het liquidatieverlies in het geheel niet worden genomen. Men moet dan wachten totdat de onderneming nagenoeg geheel is gestaakt. Een meer proportionele regeling zou wat ons betreft zijn dat het liquidatieverlies in aftrek kan worden gebracht voor zover de onderneming van de geliquideerde deelneming is gestaakt. Wij betreuren dat de initiatiefnemers voor deze, al jaren bestaande ongerijmdheden in de huidige liquidatieverliesregeling kennelijk geen oog hebben. De thans voorgestelde maatregelen werken enkel eenzijdig uit ten nadele van de belastingplichtige. Het initiatiefwetsvoorstel had naar onze mening aan kracht gewonnen, als de initiatiefnemers ook deze voor de belastingplichtige onevenredig nadelig uitwerkende regelingen hadden meegenomen in hun wetsvoorstel. Nu wekken zij enkel de indruk de grote multinationals een hak te willen zetten.

Het voorstel komt verder ook het vestigingsklimaat niet ten goede. Met uitzondering van de temporele beperking voor liquidatieverliezen, vragen wij ons af of de wetgever dit moet willen. Zie ook de Uitvergroot van Ciska Wisman in V-N 2019/22.0.