

Vergaderjaar 2003–2004

29 381

Wijziging van enkele belastingwetten in verband met een herziening van de behandeling van de omzetting en kwijtschelding van afgewaardeerde vorderingen en de invoering van een aftrekverbod voor de aankoopkosten van een deelneming

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 22 augustus 2003 en het nader rapport d.d. 19 december 2003, aangeboden aan de Koningin door de staatssecretaris van Financiën. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

No.W06.030284/IV 's-Gravenhage, 22 augustus 2003

Bij Kabinetsmissive van 10 juli 2003, no.03 002915, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Financiën, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet met memorie van toelichting houdende wijziging van enkele belastingwetten in verband met de invoering van een vrijstelling voor conversiewinst en een aftrekverbod voor de aankoopkosten van een binnenlandse deelneming.

Het voorstel heeft betrekking op de beperking van de belastingheffing over de zogenoemde conversiewinst en de invoering van een aftrekverbod voor de aankoopkosten van een binnenlandse deelneming. De Raad van State heeft bedenkingen tegen onderdelen van het wetsvoorstel. Hij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 10 juli 2003, nr. 03 002915, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 22 augustus 2003, nr. W06.03 0284/IV, bied ik U hierbij aan.

1. Omzetting afgewaardeerde vorderingen

De Raad merkt op dat bij omzetting van een onvolwaardige vordering in aandelenkapitaal een tweetal benaderingen mogelijk is.

Indien deze figuur wordt gezien vanuit de positie van de schuldeiser ontstaat bij hem een winst op een voordien afgewaardeerde vordering ter grootte van de afwaardering, omdat hij vennootschapsrechtelijk voor het nominale bedrag van de vordering wordt ontslagen van zijn stortingverplichting op de nieuw geëmitteerde aandelen. Als tegenhanger behoeft de schuldenaar geen zogenoemde vrijvalwinst op die schuld te nemen en wordt bij hem het volle bedrag van de schuld als gestort kapitaal in aanmerking genomen. Onder vrijvalwinst wordt de vermogensvermeerdering verstaan die optreedt indien een ondernemer ondernemingsschulden niet of niet volledig voldoet of kan voldoen.

Indien de figuur wordt gezien vanuit de positie van de schuldenaar ontstaat bij hem vrijvalwinst, omdat op het tijdstip waarop hij wordt bevrijd van zijn schuld, hij deze schuld moet waarderen. Als storting op de nieuw geëmitteerde

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

aandelen moet dan de waarde in het economische verkeer van de met de stortingverplichting verrekende schuld in aanmerking worden genomen. Als tegenhanger behoeft de schuldeiser geen winst op de voordien afgewaardeerde vordering te nemen.

De Raad is in zijn advies van 7 juni 2000, no. W06.00 0186/IV inzake het voorstel tot wijziging van enkele belastingwetten in verband met de tweede tranche van het ondernemerspakket 2001 (Kamerstukken II 1999/2000, 27 209) uitgegaan van eerstgenoemde benadering, mede omdat die was vastgelegd in artikel 13b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969), zoals dat toen luidde, en er ook in het vennootschapsrecht van wordt uitgegaan, dat het nominale bedrag van de vordering als storting op de aandelen kan worden aangemerkt.

Daarvan uitgaande had de Raad ernstige kritiek op dat voorstel, omdat een «lek» in de regeling van artikel 13b Wet Vpb 1969 relatief eenvoudig zou kunnen worden gedicht en niet zou dwingen tot een radicale herziening van de regeling, waarbij de winstcorrectie ingeval van omzetting van een onvolwaardige vordering in aandelenkapitaal niet meer primair bij de schuldeiser maar bij de schuldenaar zou gaan plaatsvinden.

De invoeging van de artikelen 12 en 13ba Wet Vpb 1969 en de wijziging van artikel 13b Wet Vpb 1969 zijn niet uitdrukkelijk getoonzet in de sleutel van de vrijvalwinst, maar gemotiveerd vanuit een aantal deelproblemen. Hierdoor is een complexe en niet steeds doorzichtige regeling ontstaan die aanleiding geeft tot reparatievoorstellen, zoals ook thans worden voorgesteld.

De Raad adviseert voorafgaande aan een regeling voor de zogenoemde conversiewinst (vrijvalwinst als gevolg van de omzetting van een onvolwaardige vordering in aandelenkapitaal) een algemene regeling voor de vrijvalwinst uit te werken. Uitgangspunt is dat een ondernemer ook al is hij niet (terstond) in staat zijn ondernemings schulden te voldoen, deze schulden niet op een lagere waarde dan de nominale waarde behoeft te waarderen. Dit wordt anders indien vaststaat of zo goed als zeker is dat hij bepaalde schulden niet of niet volledig behoeft te voldoen. In het zogenoemde Fokker II-arrest van 18 oktober 2002, BNB 2003/44, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat zich dit nog niet voordoet, indien de ondernemer is komen te verkeren in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen en daarom in staat van faillissement is verklaard. Een debiteur wordt immers niet reeds door zijn faillissement bevrijd van zijn schulden, ook niet na het verbindend worden van de slotuitdelingslijst. Hij kan er ook dan niet van uitgaan dat hij zijn schulden niet meer behoeft te voldoen.

De ondernemer moet in ieder geval vrijvalwinst nemen, indien hij bevrijd wordt van zijn schuld zonder betaling of tegen betaling van een lager bedrag dan de nominale waarde van de schuld. Met deze gevallen kan de omzetting van de schuld in aandelenkapitaal of informeel kapitaal overeenkomstig de hiervoor beschreven tweede benadering worden gelijkgesteld. In dat geval dienen alsnog nadere regelingen te worden getroffen ten aanzien van onder meer de bedragen die fiscaal als storting op de nieuw geëmitteerde aandelen of als informeel kapitaal worden aangemerkt. De vraag of en in hoeverre ook nog in andere gevallen vrijvalwinst genomen dient te worden zal mede met het oog op het Fokker II-arrest nader dienen te worden beantwoord.

De Raad merkt op, dat indien voor het belasten van de vrijvalwinst wordt gekozen, het belasten van de schuldeiser overeenkomstig de hiervoor beschreven eerste benadering niet meer aan de orde kan komen.

Na regeling van de gevallen waarin vrijvalwinst genomen dient te worden, kan vervolgens in een algemene regeling bepaald worden of en in hoeverre deze vrijvalwinst vrijgesteld wordt. Thans is een dergelijke vrijstelling alleen voor kwijtschelding van schulden opgenomen.

De Raad adviseert in het licht van het vorenstaande de systematiek van het voorstel opnieuw te bezien.

1. Zoals de Raad opmerkt, zijn er bij omzetting van een onvolwaardige vordering op een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal in aandelenkapitaal van die vennootschap twee benaderingen mogelijk. Volgens de eerste benadering ontstaat bij zo'n conversie een winst bij de schuldeiser ter grootte van de eerder toegepaste afwaardering op de vordering, volgens de tweede benadering ontstaat een vrijvalwinst bij de schuldenaar. In de huidige wetgeving vormt de tweede benadering, te weten een heffing over de

vrijvalwinst bij de schuldenaar krachtens artikel 12 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb), het uitgangspunt. Bij de schuldeiser wordt alleen dan aangegrepen als de schuldenaar niet in de Nederlandse heffing wordt betrokken. De artikelen 13b en 13ba van de Wet Vpb, waarin dit is geregeld, vormen een aanvulling op artikel 12 Wet Vpb, voor gevallen waarin dit artikel bij de schuldenaar niet van toepassing is. Inmiddels is gebleken dat artikel 12 Wet Vpb in tegenvallende economische omstandigheden noodzakelijke financiële herstructureringen bemoeilijkt. Als de schuldenaar met zijn schuldeisers een financiële herstructurering overeenkomt waarbij schulden worden omgezet in aandelenkapitaal, blijkt artikel 12 een complicerende factor, met name als er bij de schuldenaar onvoldoende fiscaal compensabele verliezen zijn om de door artikel 12 Wet Vpb opgeroepen winst te compenseren. Dit laatste doet zich voor bij de aanwezigheid van fiscaal niet aftrekbare deelnemingsverliezen. De bepaling heeft in dat geval tot gevolg dat door de omzetting vennootschapsbelasting is verschuldigd terwijl de situatie bij de schuldenaar er in feite één is van verliezen.

Om aan dit bezwaar tegemoet te komen, werd in het oorspronkelijk aan U aangeboden wetsvoorstel voorgesteld artikel 12 Wet Vpb zodanig aan te passen dat de conversiewinst niet tot de winst wordt gerekend voorzover deze het bedrag van de compensabele verliezen overtreft. Hiermee werd de basisgedachte van artikel 12 Wet Vpb in stand gelaten en werd de nagestreefde gelijke behandeling van de rechtsfiguren van omzetting van onvolwaardige vorderingen en van kwijtschelding van schulden, waarin reeds zo'n vrijstelling geldt, verder doorgetrokken.

Voorgesteld werd tevens de gedeeltelijke vrijstelling van de conversiewinst bij de schuldenaar aan te vullen met een aantal waarborgen om te voorkomen dat realisatie van op het conversietijdstip latent aanwezige verliezen wordt uitgesteld tot na de omzetting. Ook bracht de ten aanzien van de schuldenaar voorgestelde versoepeling van artikel 12 Wet Vpb mee dat de schuldeiser in meer gevallen in de heffing moest worden betrokken, om te voorkomen dat in verbonden verhoudingen onbedoeld gebruik zou kunnen worden gemaakt van de gedeeltelijke vrijstelling van de conversiewinst.

Het uiteindelijke effect van de regeling die zou ontstaan bij de oorspronkelijk voorgestelde wijziging van de artikelen 12 en 13ba is evenwichtiger dan bij de huidige regeling. Mede naar aanleiding van het advies van de Raad, onderken ik echter dat de regeling door de oorspronkelijk voorgestelde wijzigingen complexer zou worden. Ook heb ik begrip voor de opvatting van de Raad dat het belasten van de schuldeiser niet meer aan de orde moet komen, indien voor het belasten van de vrijvalwinst bij de schuldenaar wordt gekozen. Het achterwege laten van de mogelijkheid van heffing bij de schuldeiser, zou echter in verbonden verhoudingen onbedoeld gebruik van de deelnemingsvrijstelling mogelijk maken.

Teneinde tegemoet te komen aan de kritiek van de Raad op de systematiek van het voorstel, zonder daarmee de deur voor onbedoeld gebruik open te zetten, geef ik er bij nader inzien de voorkeur aan de bestaande benadering van het bij de schuldenaar belasten van de vrijvalwinst bij de omzetting van afgewaardeerde vorderingen te verlaten en te vervangen door een systeem van winstneming enkel bij de schuldeiser. Een dergelijk systeem is eenvoudiger van opzet en de eerder genoemde knelpunten doen zich dan niet meer voor. Het wetsvoorstel is in deze zin aangepast.

De behandeling van de omzetting van afgewaardeerde vorderingen wordt in grote lijnen vergelijkbaar met de regeling die tot 1 januari 2001 van kracht was, maar zij is op een belangrijk punt versoepeld. Zolang de bij omzetting verkregen aandelen niet in waarde stijgen, is er geredeneerd vanuit doel en strekking van de bepaling geen aanleiding onmiddellijk tot een correctie over te gaan. Daarom is er voor gekozen bij de omzetting of kwijtschelding van een afgewaardeerde vordering op een deelneming pas tot belastingheffing over te gaan, voor zover die deelneming later weer in waarde stijgt. Tevens is van de gelegenheid gebruik gemaakt om de artikelen 13b, 13ba en 13bb, Wet Vpb, die alle zien op afgewaardeerde vorderingen, beter op elkaar af te stemmen en zijn de aanpassingen in de sfeer van de inkomstenbelasting beperkt tot wijzigingen die direct voortvloeien uit hetgeen in de vennootschapsbelasting wordt gewijzigd.

2. Vrijvalwinst

Zoals hiervoor is aangegeven wordt onder vrijvalwinst de vermogensvermeerdering verstaan die optreedt indien een ondernemer ondernemings-schulden niet of niet volledig voldoet of kan voldoen. Op grond van artikel 3.8 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) wordt deze vrijvalwinst in de belastingheffing betrokken.

Artikel 12, tweede lid, Wet Vpb 1969 bepaalt echter dat in het geval van omzetting van een onvolwaardige vordering in aandelenkapitaal de vrijvalwinst, indien bij de schuldenaar verliezen van een jaar als gevolg van de toepassing van artikel 20a Wet Vpb 1969 niet meer verrekenbaar zijn, tot de omvang van die verliezen niet tot de winst wordt gerekend, mits de in aandelenkapitaal omgezette ondernemingsschuld in het jaar waarin het verlies is geleden reeds door de ondernemer verschuldigd was. Deze regeling is opgenomen teneinde de overkill te vermijden die erin zou bestaan dat enerzijds over de vrijvalwinst ook na verrekening van bestaande verliescompensatie belasting zou worden geheven terwijl verliescompensatie verloren is gegaan (Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, 3, blz. 48). Voorgesteld wordt artikel 12, tweede lid, Wet Vpb 1969 te schrappen. In de toelichting wordt hiervoor als motief aangevoerd dat dit artikel zijn belang verloren heeft omdat de conversiewinst niet meer tot de winst wordt gerekend voorzover deze het bedrag van de verrekenbare compensabele verliezen overtreft. De Raad merkt op dat deze opmerking voorbij gaat aan de voorgestelde heffing bij de schuldeiser over de vrijgestelde conversiewinst (artikel 13 ba Wet Vpb 1969 en artikel 3.98a Wet IB 2001). Gelet op de redengeving voor artikel 12, tweede lid, Wet Vpb 1969 dient de gesignaleerde overkill vermeden te blijven, aangezien de belastingheffing over de vrijgestelde conversiewinst wordt doorgewenteld naar de schuldeiser. De conversiewinst dient daartoe verminderd te blijven met de verliezen die op grond van artikel 20a Wet Vpb 1969 niet meer verrekenbaar zijn.

De Raad adviseert artikel 12, tweede lid, Wet Vpb 1969 niet te schrappen.

3. Vrijstelling deel vrijvalwinst

Het voorstel om artikel 12 Wet Vpb 1969 zodanig aan te passen dat conversiewinst niet tot de winst wordt gerekend voorzover deze het bedrag van de compensabele verliezen overtreft, heeft, zoals uit de toelichting blijkt, dezelfde achtergrond als de vrijstelling voor kwietscheldingswinst. Voorkomen dient te worden dat een noodzakelijke financiële herstructurering afstuit op belastingheffing over voordelen die in het economisch verkeer geen waarde hebben. Reeds onder de werking van de Wet op de Inkomstenbelasting 1914 is rechtspraak geweest en nadien voortgezet onder het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941, die er enerzijds op gericht was dat de kwietschelding niet als bedrijfsvoordeel moest worden beschouwd, indien de crediteur enkel afstand deed van rechten die toch niet voor verwezenlijking vatbaar waren, maar anderzijds wilde voorkomen dat zowel geprofiteerd werd van deze uitzonderingsregels als van de verliescompensatie vanwege de verliezen die tot de onverhaalbaarheid van de bedrijfsschulden hadden bijgedragen (Hoge Raad 16 maart 1932, B 5188 en 24 juni 1964, BNB 1964/224). Artikel 8, onderdeel c, van de Wet inkomstenbelasting 1964 (thans artikel 3.13, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001, dat bepaalt dat niet tot de winst behoren voordelen verkregen door het prijsgeven van niet voor verwezenlijking vatbare rechten door schuldeisers, voorzover deze voordelen de som van het verlies dat overigens mocht zijn geleden en de op de voet van Hoofdstuk IV te verrekenen verliezen uit het verleden overtreffen, vormt de codificatie van deze rechtspraak.

Gelet op deze achtergrond en redengeving voor de vrijstelling van het deel van de vrijvalwinst dat uitgaat boven de compensabele verliezen, is er geen grond om, indien een deel van de vrijvalwinst is vrijgesteld, de belasting hierover te verhalen bij de schuldeiser.

Dit geldt evenzeer, indien de schuldeiser nog een belang houdt of krijgt als aandeelhouder in de schuldenaar. De omstandigheid dat de winst die na de financiële reorganisatie door de oorspronkelijke schuldenaar wordt behaald, tot een op grond van de deelnemingsvrijstelling onbelaste waardeestijging van de aandelen bij de oorspronkelijke schuldeiser leidt, maakt dat niet anders omdat de (definitief geworden) afwaardering van de vordering, die correspondeert met niet meer voor verwezenlijking vatbare rechten op de schuldenaar ten tijde van de financiële herstructurering, macro-fiscaal wordt gecompens-

seerd door het in de belastingheffing betrekken van de vrijvalwinst. Hetzelfde geldt voor kwijtschelding. Er is dus geen sprake van een bij de schuldeiser optredend aftrekbaar verlies op een vordering dat nadien niet meer kan worden gecompenseerd doordat het weer inlopen van het verlies tot uitdrukking komt in een op grond van de deelnemingsvrijstelling niet te belasten waardevermindering van de aandelen; die compensatie heeft al plaatsgevonden bij de schuldenaar. De keuze voor de in punt 1 van dit advies omschreven tweede benadering sluit, zoals hiervoor reeds is opgemerkt, in deze gevallen de belastingheffing op grond van de aldaar omschreven eerste benadering uit.

De Raad ziet er niet aan voorbij dat artikel 13 ba Wet Vpb 1969 thans ook regelingen inhoudt waarbij de winst van de schuldeiser wordt gecorrigeerd. Dit betreffen echter grensoverschrijdende gevallen waarbij in het geheel geen sprake is van enige (wezenlijke) belastingheffing over vrijvalwinst bij de schuldenaar. Het is dan aanvaardbaar dat in deze gevallen wordt teruggevallen op een belastingheffing die gegrond is op de hiervoor omschreven eerste benadering.

De Raad wijst erop dat de doorwenteling van de belastingheffing over de vrijgestelde conversiewinst naar de schuldeisers aanmerkelijke afbreuk doet aan de effectiviteit van de beoogde faciliteit. De schuldeisers zullen naar verwachting geen medewerking verlenen aan de noodzakelijke financiële herstructurering, indien zij belast worden voor een gedeelte van de vrijvalwinst bij de schuldenaar, temeer nu tegenover de vrijgestelde vrijvalwinst geen voordelen staan die in het economische verkeer waarde hebben. Dit strijdt met het uitgangspunt dat bij een financiële herstructurering ook fiscaal een tussentijdse slotafrekening wordt opgemaakt; het bij de schuldeiser geleden verlies op zijn vorderingen wordt definitief en de schuldenaar kan met een fiscaal schone lei beginnen. De prijs voor een nieuwe kans die de schuldenaar wordt geboden, dient niet betaald te worden door de schuldeisers. En er is zeker geen reden om nadien op de afrekening terug te komen zoals thans met de wijziging van artikel 13 ba Wet Vpb 1969 en de invoering van artikel 3.98a Wet IB 2001 wordt beoogd.

De Raad merkt tevens op, dat het voorstel juist bij de financiële herstructureringen, die de aanleiding voor het wetsvoorstel zijn, overkill inhoudt. Indien bij de schuldenaar onvoldoende compensabele verliezen aanwezig zijn om de conversiewinst te compenseren door de aanwezigheid van niet-aftrekbare deelnemingsverliezen, zal het voorgestelde artikel 12, vijfde lid, Wet Vpb 1969 toepassing vinden. Het niet gecompenseerde deel van de conversiewinst wordt vrijgesteld, maar de opgeofferde bedragen van de deelnemingen worden verlaagd tot de waarden in het economische verkeer aan het einde van het boekjaar van de financiële herstructurering. Op deze wijze wordt een deel van de vrijgestelde conversiewinst weer fiscaal beclaimd. Met deze fiscale claim wordt bij de doorwenteling van de belastingheffing over de vrijgestelde conversiewinst naar de schuldeisers echter geen rekening gehouden, hetgeen een latente dubbele belastingheffing betekent.

De Raad adviseert de wijziging van artikel 13ba Wet Vpb 1969 en de artikelen 3.98a en 4.33a Wet IB 2001 te schrappen.

2 en 3. Gelet op de hierboven onder punt 1 weergegeven overwegingen en aangeduide bijstelling van het wetsvoorstel, heeft hetgeen de Raad adviseert onder punt 2 over het tweede lid van artikel 12 Wet Vpb en onder punt 3 over het doorwentelen van de fiscale claim naar de schuldeiser, geen betekenis meer. Deze punten laat ik dan ook onbesproken.

4. Aankoopkosten binnenlandse deelneming

De Raad stelt voorop dat, zoals ook de Hoge Raad in het arrest van 24 mei 2002, BNB 2002/262, heeft verwoord, de deelnemingsvrijstelling ertoe strekt te voorkomen dat ter zake van de door de dochtervennootschap gegenereerde winst tweemaal vennootschapsbelasting wordt geheven, namelijk eerst bij de dochtervennootschap over de door haar behaalde winst, en nadat die winst is uitgekeerd aan de moedervernootschap, bij deze laatste over de aan haar uitgekeerde winst. De werking van de deelnemingsvrijstelling is te vergelijken met een belastingheffing als ware de dochter met de moeder geconsolideerd. Daarmee strookt dat bij het belasten van de winst rekening wordt gehouden met tegenover de (bruto)winst staande kosten, verband houdende met de winstbron. In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel vennootschaps-

belasting 1960 is daaromtrent dan ook uitdrukkelijk gesteld dat de met de deelneming verband houdende kosten niet meer op de ter zake van de deelneming vrijgestelde baten in mindering behoeven te worden gebracht. «Daardoor wordt voorkomen dat deze kosten noch bij de moedermaatschappij, noch bij de dochtermaatschappij ten laste van de winst zouden kunnen worden gebracht.» (Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, blz.20). Ook de ter zake van de aankoop van een deelneming gemaakte kosten vormen kosten die verband houden met een deelneming. Er is geen reden om wel de kosten die verband houden met een deelneming tijdens het bestaan van die deelneming en ter zake van de verkoop van de deelneming in aftrek toe te staan en de kosten ter zake van de aankoop van de deelneming niet.

Dit laat onverlet dat met de kwalificatie «kosten die verband houden met de deelneming» nog niet is bepaald op welk tijdstip deze kosten ten laste van de fiscale winst kunnen worden gebracht. De toerekening van die kosten aan de boekjaren vindt plaats met in achtneming van «goed koopmansgebruik».

Naar het oordeel van de Raad past het voorstel om een aftrekverbod voor de aankoopkosten van een deelneming op te nemen niet in het regime voor de deelnemingsvrijstelling in binnenlandse verhoudingen en dient het op grond daarvan te worden geschrapt. De stelling in onderdeel 3 van het deel

Algemeen van de toelichting dat tot de publicatie van het arrest van de Hoge Raad van 24 mei 2002, nr. 37 021, BNB 2002/262, de niet-aftrekbaarheid van aankoopkosten van een binnenlandse deelneming onomstreden was op basis van vaste en recente jurisprudentie van de Hoge Raad, is te stellig geformuleerd, en kan het voorstel dan ook niet dragen.

De Raad wijst op het arrest van 19 oktober 1988, BNB 1989/43, waarin de Hoge Raad op grond van een uitgebreide analyse van de wetsgeschiedenis de kosten van verkoop van een deelneming in aftrek toeliet. Dit arrest van de Hoge Raad heeft in de praktijk de vraag opgeroepen op welke wijze de aankoopkosten van een deelneming bij de fiscale winstbepaling in aanmerking genomen moeten worden. In het arrest van 2 maart 1994, BNB 1994/164, oordeelde de Hoge Raad dat deze aankoopkosten als onderdeel van de kostprijs van de deelneming geactiveerd dienen te worden. In de arresten van 8 juli 1996/367 en 368 wordt dit oordeel bevestigd. Met dit oordeel is echter nog geen uitsluitsel gegeven over de vraag of de aankoopkosten niet op enig tijdstip ten laste van het fiscale resultaat kunnen worden gebracht. In het geschil dat heeft geleid tot het arrest van 24 mei 2002, BNB 2002/262, heeft de Hoge Raad de gelegenheid gekregen zich over deze vraag uit te laten. De Hoge Raad overweegt het volgende: «3.3. Ook uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever met betrekking tot binnenlandse deelnemingen heeft gekozen voor een brutovrijstelling, waarbij kosten die met een dergelijke deelneming verband houden, ten laste van de winst kunnen worden gebracht (zie Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, blz. 20). Ook de ter zake van de aankoop van een deelneming gemaakte kosten vormen kosten die verband houden met een deelneming. Zij behoren dus in beginsel bij de moedervennootschap in aftrek te komen. Indien zij, zoals in het algemeen bij ter zake van de aankoop van een bedrijfsmiddel gemaakte kosten volgens de regels van goed koopmansgebruik moet geschieden, als onderdeel van de kostprijs van de deelneming worden geactiveerd, zouden zij langs de weg van afschrijving op die kostprijs ten laste van het resultaat moeten worden gebracht, maar door de bijzondere aard van het bedrijfsmiddel deelneming is dit niet mogelijk. Dit in aanmerking genomen, is de Hoge Raad thans, in afwijking van de in zijn arresten van 8 juli 1996, nrs. 30 918 en 31 496, BNB 1996/367 en BNB 1996/368, neergelegde zienswijze, van oordeel dat de bijzondere aard van het bedrijfsmiddel deelneming meebrengt dat goed koopmansgebruik toelaat kosten ter zake van de aankoop van een deelneming op gelijke wijze als kosten ter zake van de verkoop van een deelneming ten laste van het resultaat te brengen in het jaar waarin zij zijn gemaakt. In gevallen waarin in het verleden kosten ter zake van de aankoop van een deelneming als onderdeel van de kostprijs zijn geactiveerd, zullen die kosten alsnog in aanmerking kunnen worden genomen.» De Hoge Raad beantwoordt de vraag mitsdien in positieve zin, en herstelt tevens de band met het arrest van 19 oktober 1988, BNB 1989/43. Deze arresten kunnen niet worden aangemerkt als vaste en recente jurisprudentie waarin onomstreden de niet-aftrekbaarheid van aankoopkosten is vastgelegd. Wel kan uit deze arresten worden afgeleid, dat het tijdstip van aftrek van de aankoopkosten een proces van moeizame en wisselende gedachtevorming is geweest.

*Ook de motivering dat aanzienlijke budgettaire gevolgen verbonden zijn aan de aftrek van de aankoopkosten van een deelneming, rechtvaardigt op zich niet de inbreuk op het zogenoemde totale winstbegrip, dat een van de kernelementen van de Wet Vpb 1969 vormt. De omstandigheid dat bij de belastingheffing ten onrechte gedurende enige tijd geen rekening is gehouden met deze aftrekpost brengt mogelijk risico mee voor het budgettaire meerjarenbeleid, maar is een gevolg van de uitleg die de belastingdienst aan de desbetreffende bepaling heeft gegeven. De gevolgen van de door het arrest gebleken onjuiste uitleg van de wetsbepaling vormen een normaal «bedrijfsrisico» en dienen niet eenzijdig op kopers van deelnemingen te worden afgewenteld.
De Raad adviseert artikel 13, eerste lid, vijfde volzin, Wet Vpb 1969 te schrappen.*

4. Naar het oordeel van de Raad past het voorstel om een aftrekverbod voor de aankoopkosten van een deelneming op te nemen niet in het regime voor de deelnemingsvrijstelling in binnenlandse verhoudingen. Er is, aldus de Raad, geen reden om wel de kosten die verband houden met een deelneming tijdens het bestaan van die deelneming in aftrek toe te staan, en de kosten terzake van de aankoop van de deelneming niet.

Over de vraag of aankoopkosten van een deelneming behoren tot de in artikel 13, eerste lid, eerste volzin, van de Wet Vpb bedoelde categorie «kosten die verband houden met een deelneming» welke (in binnenlandse verhoudingen) aftrekbaar zijn, zijn in de wetsgeschiedenis geen expliciete uitspraken gedaan. Dit onderwerp is pas later komen boven drijven en heeft in een proces van moeizame en wisselende gedachtevorming in de jurisprudentie een antwoord gekregen. In zijn arrest van 24 mei 2002 heeft de Hoge Raad de genoemde vraag uiteindelijk positief beantwoord. Ik heb daarvoor begrip, maar ik wil er tevens op wijzen dat de wetsgeschiedenis waarnaar wordt verwezen, evenzeer aanknopingspunten biedt voor een andere opvatting.

Daarnaast is van belang dat de Hoge Raad in een aantal arresten heeft aangegeven dat alle uitgaven die ertoe dienen een activum functioneel te maken, behoren tot de kostprijs van dat activum. De aankoopkosten van een bedrijfsmiddel moeten als dergelijke uitgaven worden aangemerkt en behoren dus tot de kostprijs van het verworven bedrijfsmiddel. Uitgaven ter zake van de aankoop van een bedrijfsmiddel kwalificeren daarmee evenzeer als de aankoopprijs van het bedrijfsmiddel zelf als kapitaaluitgaven. Deze komen alleen tot uitdrukking in de winst via afschrijvingen op het bedrijfsmiddel of als onderdeel van het vervreemdingsresultaat. Afschrijving is bij deelnemingen niet aan de orde omdat geen sprake is van slijtage. Bovendien volgt uit het regime van de deelnemingsvrijstelling dat afboekingen op de boekwaarde zijn vrijgesteld. Bij bedrijfsmiddelen waarop niet wordt afgeschreven komen kapitaaluitgaven pas tot uiting in het resultaat bij vervreemding. Naar mijn mening is er geen duidelijke reden om deelnemingen op dit punt anders te behandelen dan andere bedrijfsmiddelen waarop niet wordt afgeschreven, zoals grond.

Een verschil ten opzichte van bedrijfsmiddelen waarop niet wordt afgeschreven ontstaat alleen doordat voor deelnemingen nadrukkelijk is bepaald dat de winst bij verkoop van de aandelen is vrijgesteld en het verlies bij verkoop niet aftrekbaar is (Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, blz. 20). Het verkoopresultaat bestaat daarbij uit de verkoopopbrengst minus de kostprijs/boekwaarde. Omdat de aankoopkosten van deelnemingen als onderdeel van de kostprijs een element vormen van het vervreemdingsresultaat, is een aftrek als kosten ter zake van dergelijke uitgaven niet meer aan de orde. Geactiveerde aankoopkosten spelen dan nog slechts een rol bij de bepaling van de hoogte van een eventueel liquidatieverlies ter zake van de desbetreffende deelneming. Een liquidatieverlies is op grond van artikel 13d van de Wet Vpb aftrekbaar. In het licht van het vorenstaande meen ik dat de opvatting dat een aftrekverbod voor aankoopkosten van een deelneming past binnen de systematiek van de deelnemingsvrijstelling, goed verdedigbaar is. De memorie van toelichting is op dit punt aangevuld.

Ik kan mij vinden in de opvatting van de Raad dat de stelling in paragraaf 3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting dat de niet-aftrekbaarheid van aankoopkosten van binnenlandse deelnemingen onomstreden was op

basis van vaste jurisprudentie, te stellig is geformuleerd. De memorie van toelichting is op dit punt bijgesteld.

Voorts stelt de Raad dat de budgettaire gevolgen van het arrest geen inbreuk rechtvaardigen op het totaalwinstbegrip en dat de (budgettaire) gevolgen van dit arrest een normaal bedrijfsrisico vormen, welke gevolgen niet eenzijdig op kopers van deelnemingen dienen te worden afgewenteld. Deze stellingen onderschrijf ik niet.

Wat het totaalwinstbegrip betreft, kan worden opgemerkt dat de deelnemingsvrijstelling naar haar aard een inbreuk maakt op dit begrip, omdat deelnemingsresultaten – die in beginsel een bestanddeel vormen van de totaalwinst – zijn vrijgesteld. Het onderhavige wetsvoorstel betreft een nadere invulling van de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling en daarmee van die bestaande inbreuk. Daarbij is het naar mijn mening, gelet op de parlementaire geschiedenis en de tot 24 mei 2002 gewezen jurisprudentie, verdedigbaar te stellen dat met het voorstel de tot de genoemde datum bestaande reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling wordt bestendigd. Gezien hetgeen hiervoor is uiteengezet over de behandeling van kapitaaluitgaven onder het regime voor de deelnemingsvrijstelling, betreft deze bestendiging van de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling naar mijn mening een te rechtvaardigen inbreuk op het totaalwinstbegrip.

Wat betreft de verdedigbaarheid van het voorstel in het licht van de budgettaire gevolgen, moet naar mijn mening de hele ontwikkeling van de fiscale behandeling van aankoopkosten van deelnemingen in ogenschouw worden genomen. Tot 24 mei 2002 stond, mede naar aanleiding van relatief recente jurisprudentie, buiten twijfel dat aankoopkosten van deelnemingen op het tijdstip van aankoop (nog) niet in aftrek konden worden gebracht, maar volgens goed koopmansgebruik moesten worden geactiveerd omdat ze deel uitmaken van de kostprijs van de deelneming. In diverse publicaties is daarvoren gekomen dat hiermee de behandeling van aankoopkosten vaststond, al is wel geopperd dat aankoopkosten van deelnemingen wellicht bij de verkoop van de deelneming in aftrek zouden moeten kunnen worden gebracht. Kopers van deelnemingen wisten tot 24 mei 2002 dan ook niet beter dan dat ze hun aankoopkosten moesten activeren. Ook in de budgettaire meerjarenramingen werkte dit door.

Met het arrest van 24 mei 2002 ging de Hoge Raad ten aanzien van de activeringseis om, waardoor aankoopkosten van deelnemingen aftrekbaar werden op het tijdstip van de aankoop. Bovendien oordeelde de Hoge Raad dat ook reeds geactiveerde aankoopkosten uit het verleden alsnog in aftrek konden worden gebracht. Met name dit laatste maakt het arrest bijzonder, omdat het hierdoor een vorm van terugwerkende kracht krijgt. Aan in het verleden afgehandelde aanslagen over een periode waarin volgens de toen heersende opvatting duidelijkheid leek te bestaan, worden alsnog (onverwachte) consequenties voor de toekomst verbonden. Voor de desbetreffende belastingplichtigen betekent dit een onverwacht voordeel. Voor de overheid betekent het een onverwachte verslechtering van het budgettaire meerjarenbeeld.

Omdat deze consequenties noch door de overheid noch door belastingplichtigen konden worden voorzien, acht ik het onderhavige voorstel – waarmee de situatie waarvan algemeen werd aangenomen dat deze voor 24 mei 2002 bestond wordt bestendigd – verantwoord. Deze bestendiging kan naar mijn mening moeilijk worden gekarakteriseerd als het eenzijdig afwentelen van een normaal «bedrijfsrisico» op de kopers van deelnemingen.

5. Zoals hiervoor in punt 4 is opgemerkt is met de kwalificatie «kosten die verband houden met de deelneming» nog niet bepaald op welk tijdstip deze kosten ten laste van de fiscale winst kunnen worden gebracht. De toerekening van die kosten aan de boekjaren vindt plaats met in achtneming van «goed koopmansgebruik».

Als tijdstip waarop de aankoopkosten ten laste van de fiscale winst kunnen worden gebracht, komen in aanmerking:

- a. het tijdstip van aankoop;*
- b. toerekening aan de bezitsperiode van de deelneming;*
- c. (uiterlijk) het tijdstip van verkoop.*

In het hiervoor aangehaalde arrest van 24 mei 2002, BNB 2002/262, heeft de

Hoge Raad overwogen dat het in het algemeen passend binnen «goed koopmansgebruik» zou zijn de aankoopkosten van een deelneming door middel van afschrijving ten laste van de jaren waarin de deelneming wordt aangehouden te brengen, maar dat de bijzondere aard van het bedrijfsmiddel geen afschrijving toestaat. Op die grond valt b. af en kiest de Hoge Raad voor a. als tijdstip voor het nemen van de kosten ten laste van de fiscale winst. De Raad merkt op, dat de wetgever kan bepalen dat bepaalde kosten niet als onderdeel van de kostprijs van een bedrijfsmiddel geactiveerd behoeven te worden, maar aangemerkt kunnen worden als transitorische post die in een aantal jaren ten laste van de winst wordt gebracht. Aangezien het, zoals de Hoge Raad ook heeft gesteld, meer binnen goed koopmansgebruik past aankoopkosten toe te rekenen aan de periode waarin het aangekochte bedrijfsmiddel functioneert binnen de onderneming, dan de aankoopkosten ineens ten laste van het resultaat te brengen, adviseert de Raad de aankoopkosten van een deelneming uitdrukkelijk aan te merken als een afzonderlijk transitorische post die ten laste van de boekjaren waarin de deelneming wordt aangehouden wordt afgebroken. Aangezien niet op voorhand kan worden voorzien hoe lang de deelneming zal worden aangehouden, kan de toerekeningsperiode bijvoorbeeld worden gesteld op tien jaar met dien verstande dat bij eerdere vervreemding van de deelneming de nog resterende transitorische post ineens ten laste van het resultaat wordt gebracht. De Raad adviseert het voorstel in deze zin aan te vullen.

6. De Hoge Raad heeft in het hiervoor aangehaalde arrest van 24 mei 2002, BNB 2002/262, geoordeeld, dat in gevallen waarin in het verleden kosten ter zake van de aankoop van een deelneming als onderdeel van de kostprijs zijn geactiveerd, die kosten alsnog in aanmerking zullen kunnen worden genomen. Dit oordeel geeft nog niet volledig uitsluitel over het tijdstip waarop de geactiveerde aankoopkosten alsnog ten laste van het resultaat kunnen worden gebracht. Advocaat-Generaal Groeneveld heeft in zijn conclusie op het arrest ten aanzien van de timing van de aftrek van aankoopkosten krachtens goed koopmansgebruik gesteld dat, indien de bedrijfswaarde van de deelneming niet duurzaam beneden de historische kostprijs van de deelneming daalt, de aankoopkosten geactiveerd dienen te blijven; en het jaar van verkoop van de deelneming het aangewezen jaar is voor het in aftrek brengen van de aankoopkosten, omdat de deelneming in dat jaar uit het ondernemingsvermogen verdwijnt. Onduidelijk is of de Hoge Raad ingeval van activering van de aankoopkosten het tijdstip van het in aftrek brengen van die kosten wil vervroegen tot het boekjaar waarover nog geen definitieve aanslag is opgelegd of slechts wil vastleggen dat in deze gevallen de aftrek in het boekjaar van vervreemding gewaarborgd blijft. De Raad adviseert een uitdrukkelijke overgangsbepaling in het voorstel op te nemen met betrekking tot de wijze waarop de in het verleden geactiveerde aankoopkosten ten laste van het fiscale resultaat kunnen worden gebracht. Indien het voorstel wordt aangevuld op de wijze zoals in punt 5 van dit advies is geadviseerd, zou het overgangsregime daarbij kunnen aansluiten. Er zou dan bijvoorbeeld bepaald kunnen worden dat de aankoopkosten van deelnemingen die langer dan tien jaar geleden zijn verworven, ineens ten laste van de fiscale winst komen en dat de aankoopkosten van deelnemingen die jonger zijn dan tien jaar naar rato van de reeds verstreken periode ineens ten laste van de fiscale winst komen en voor de resterende periode overeenkomstig het nieuwe regime gefaseerd ten laste van de fiscale winst komen. De Raad merkt op, dat het voorgestelde artikel III uitgaat van de veronderstelling, dat het regime dat gold voor het arrest van de Hoge Raad van 24 mei 2002, BNB 2002/262, een volledig aftrekverbod voor aankoopkosten van een deelneming inhield. Zoals in punt 4 van dit advies is beschreven en tevens in de conclusie van de Advocaat-Generaal Groeneveld is gesteld, is deze veronderstelling gestoeld op een discutabele uitleg. Er is dan ook geen reden met terugwerkende kracht de met het stelsel van fiscale winstbepaling in overeenstemming zijnde aftrek van aankoopkosten van een deelneming ongedaan te maken. De Raad adviseert artikel III van het voorstel te schrappen.

5. en 6. Zoals hiervoor onder punt 4 is opgemerkt, kan het onderhavige voorstel worden beschouwd als het bestendigen van een bestaande lijn. In die zin bezien, leidt het voorstel niet tot een lastenverzwaring. Daarnaast is het

kenbaar geweest dat belastingplichtigen er niet op konden rekenen dat de situatie ontstaan door het arrest van 24 mei 2002, zou worden gehandhaafd (besluit van 12 juni 2002, nr. CPP2002/1737M, de brief van 13 december 2002, kamerstukken II 2002/03, 26 800, nr. 17 en nog recentelijk het Besluit van 9 december 2003, DGB 2003/6625M). Daarom acht ik het toekennen van terugwerkende kracht aan de regeling opgenomen in het onderhavige wetsvoorstel, onder de onderhavige bijzondere omstandigheden, verantwoord. De suggestie van de Raad om aankoopkosten van een deelneming via een transitorische post over een periode van 10 jaar in aftrek toe te laten, strookt niet met de door mij gehuldigde opvatting dat uitgaven ter zake van de verwerving van een deelneming niet kwalificeren als kosten die verband houden met een deelneming. Daarnaast resteert ook bij de suggestie van de Raad nog een aanzienlijke budgettaire derving. Daarom spreekt deze suggestie mij niet aan.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H.D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Financiën,
J. G. Wijn