

Vergaderjaar 2003–2004

**29 686**

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

**Nr. 4**

### **ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 5 april 2004 en het nader rapport d.d. 6 juli 2004, aangeboden aan de Koningin door de staatssecretaris van Financiën. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 29 maart 2004, no. 04.001276, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Financiën, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende wijziging van enkele belastingwetten in verband met een herziening van de behandeling van de omzetting en kwijtschelding van afgewaardeerde vorderingen en een aanpassing van de regeling voor afwaarderingsverliezen van deelnemingen, met memorie van toelichting.*

*Het voorstel ziet op de herziening van de behandeling van de omzetting en kwijtschelding van afgewaardeerde vorderingen en van de regeling voor afwaarderingsverliezen van deelnemingen. Deze herzieningen waren aanvankelijk opgenomen in het op 24 december 2003 ingediende wetsvoorstel 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 (Kamerstukken II 2003/04, 29 381) (het oorspronkelijke wetsvoorstel). Op verzoek van een meerderheid van de vaste commissie voor Financiën is het wetsvoorstel gesplitst. Bij nota van wijziging zijn de in het onderhavige voorstel opgenomen bepalingen uit het oorspronkelijke wetsvoorstel gehaald (Kamerstukken II 2003/04, 29 381, nr. 7). De Raad heeft op 22 augustus 2003 advies uitgebracht over het voorstel van wet Wijziging van enkele belastingwetten in verband met de invoering van een vrijstelling voor conversiewinst en een aftrekverbod voor de aankoopkosten van een binnenlandse deelneming, zoals het opschrift van het oorspronkelijke wetsvoorstel toen nog luidde (no. W06.03.0284/IV). De Raad had onder meer bedenkingen tegen de onderdelen van het oorspronkelijke wetsvoorstel die betrekking hadden op de vrijstelling voor conversiewinst, en adviseerde de systematiek van het voorstel opnieuw te bezien (Kamerstukken II 2003/04, 29 381, nr. 4, punt 1). In het nader rapport merkte de Staatssecretaris van Financiën op, dat hij, 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, er bij nader inzien de voorkeur aan geeft 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*

<sup>1</sup> 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.

*niet meer voor (Kamerstukken II 2003/04, 29 381, nr. 4, punt 1). Het oorspronkelijke wetsvoorstel is in deze zin aangepast. Het aanmerkelijk gewijzigde voorstel waarin tevens wijzigingen van de artikelen 13b, 13ba, 13bb en 13ea van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) waren opgenomen, is niet opnieuw aan de Raad voor advies aangeboden. De Raad plaatst bij de onderdelen van het voorstel die niet eerder in het kader van het oorspronkelijke wetsvoorstel aan de Raad voor advies zijn aangeboden, de volgende kanttekeningen.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 29 maart 2004, nr. 04.001276, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 5 april 2004, nr. W06.04.0132/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 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, A) 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 getoontzet in de sleutel van de vrijvalwinst, maar gemotiveerd vanuit een aantal deelproblemen. Hierdoor is een complexe en niet steeds doorzichtige regeling ontstaan die uiteindelijk aanleiding heeft gegeven tot het voorliggende reparatievoorstel.*

*De Raad acht het een goede ontwikkeling dat nu wordt voorgesteld om artikel 12 Wet Vpb 1969 en daarmee de winstneming bij de schuldenaar te laten vervallen en terug te keren tot de regeling die tot 1 januari 2001 gold. Het voordeel dat ontstaat door de sfeerovergang wordt weer bij de schuldeiser gecorrigeerd. De schuldeiser, die een afgewaardeerde vordering heeft op een lichaam waarin hij tevens een deelneming houdt, dient winst te nemen tot het bedrag van de eerdere afwaardering als hij deze vordering omzet of prijsgeeft. Voor het tijdstip van winstneming zijn verschillende benaderingen mogelijk. Indien wordt aangesloten bij de omstandigheid, dat de nominale waarde van de vordering wordt aangemerkt als storting op de aandelen, die bij de omzetting worden verkregen, ligt een directe winstneming voor de hand. Dit gold onder de regeling tot 1 januari 2001.*

*Indien wordt aangesloten bij het tijdstip van opwaardering van de vordering, indien deze vordering niet zou zijn omgezet in aandelenkapitaal, ligt een winstneming naar rato van de waardeinstijging van de deelneming voor de hand. Dit is de variant die materieel wordt voorgesteld.*

*Indien er van wordt uitgegaan dat na de omzetting het deelnemingsregime zoveel mogelijk dient te gelden, ligt teneinde de belastingclaim te behouden de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling tot het bedrag van de afwaardering van de vordering voor de hand. Een overeenkomstige regeling geldt thans voor afgewaardeerde hybride schuldvorderingen (artikel 13bb Wet Vpb 1969) en voor verliezen bij de omzetting van een vaste inrichting in een deelneming (artikel 13c Wet Vpb 1969).*

*Voorgesteld wordt in afwijking van de regeling die tot 1 januari 2001 gold, af te zien van directe winstneming, maar de winst aan een opwaarderingsreserve toe te voegen. De opwaarderingsreserve valt vervolgens ten gunste van de winst vrij naar rato van de waardeinstijging van de deelneming.*

*In de toelichting wordt deze keuze enkel met een beroep op de proportionaliteitsgedachte gemotiveerd. De Raad acht deze motivering ontoereikend nu de gekozen variant niet uitdrukkelijk is afgewogen tegenover de andere varianten. Het in dezelfde wet naast elkaar bestaan van verschillende varianten om een belastingclaim vast te houden zonder dat daarvoor een uitdrukkelijk motief is aan te wijzen moet onwenselijk worden geoordeeld. Het voorstel lijkt daarenboven meer uitvoeringsproblemen op te roepen dan de andere varianten. De Raad wijst daarbij onder meer op de noodzaak jaarlijks de (incourante) deelneming te waarden totdat de opwaarderingsreserve volledig is vrijgevallen en op de omstandigheid dat de waardering op de peildatum te beïnvloeden is aangezien bij de waardering van incurante aandelen de intrinsieke waarde één van de waardebepalende factoren is.*

*De Raad adviseert de keuze van het tijdstip van winstneming meer uitvoerig toe te lichten.*

1. De Raad acht het een goede ontwikkeling dat wordt voorgesteld om bij de omzetting en kwijtschelding van afgewaardeerde vorderingen de winstneming bij de schuldenaar te laten vervallen en terug te keren tot een systeem van winstneming bij de schuldeiser. Ten aanzien van het tijdstip van winstneming adviseert de Raad de keuze meer uitvoerig toe te lichten.

In de memorie van toelichting is aangegeven dat een uitgestelde winstneming vanuit de proportionaliteitsgedachte de voorkeur verdient. Zolang de bij omzetting verkregen aandelen niet in waarde stijgen, heeft de schuldeiser immers daadwerkelijk een vermogensverlies op zijn vordering gerealiseerd. De Raad merkt terecht op dat een uitgestelde heffing ook kan worden bereikt door de deelnemingsvrijstelling uit te sluiten tot het bedrag van de afwaardering. De laatstgenoemde systematiek geldt ook voor de artikelen 13bb en 13c Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb). Aan het hanteren van deze systematiek kleven in dit geval echter enkele nadelen. In de eerste is er twijfel of de methodiek van uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling in deze situatie nog wel is toegestaan onder de Moeder- dochterrichtlijn. In de tweede plaats komt een uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling door de concernbenadering waarop artikel 13ba Wet Vpb is gestoeld in sommige gevallen niet goed uit de verf. Uitgangspunt is immers dat een correctie dient plaats te vinden bij de (voormalige) schuldeiser. Omdat de schuldeiser niet noodzakelijkerwijs ook de deelneming in de schuldenaar houdt, is een uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling niet in alle gevallen toepasbaar. De memorie van toelichting is in bovenstaande zin aangevuld.

2. *In artikel 13ba, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969 wordt de omzetting omschreven als het door de schuldenaar voldoen van de met de schuldvordering corresponderende schuld door het uitgeven van aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten of bewijzen van deelgerechtigdheid. Deze omschrijving sluit niet aan bij de bewoordingen van Boek 2 BW inzake de stortingsplicht bij uitgifte van aandelen. Het draait bij de omzetting om het beroep dat de vennootschap kan doen op verrekening van de schuld, die de vennootschap heeft aan degene die aandelen neemt, met de vordering uit hoofde van de stortingsplicht; compensatie door de aandeelhouder is niet mogelijk. De in artikel 13ba, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969 opgenomen omschrijving van het emissieproces is wel erg «kort door de bocht».*

*De Raad adviseert de bewoordingen van het artikel meer aan te passen aan die van Boek 2 BW.*

*Tevens adviseert de Raad naast het uitgeven van aandelen ook het uitgeven van rechten op aandelen in het artikel op te nemen teneinde onduidelijkheden over de reikwijdte van de bepaling weg te nemen.*

2. De Raad adviseert de omschrijving van een omzetting van een vordering in aandelen als omschreven in artikel 13ba, tweede lid, onderdeel a, meer aan te passen aan die van het Burgerlijk Wetboek, waar in Boek 2 BW voor de omschrijving van een omzetting de term stortingsplicht bij de uitgifte van aandelen wordt gebruikt en Boek 6 BW de term verrekening van schulden hanteert. De Raad merkt op dat het bij de omzetting draait op het beroep dat de vennootschap kan doen op verrekening van de schuld, die de vennootschap heeft aan degene die aandelen neemt, met de vordering uit hoofde van de stortingsplicht.

De term stortingsplicht is wel van toepassing op de uitgifte van aandelen waar immers een wettelijke stortingsplicht voor bestaat, maar niet voor het uitgeven van winstbewijzen, lidmaatschapsrechten en bewijzen van deelgerechtigdheid. Voor de omschrijving van een omzetting is daarom niet aangesloten bij de bewoordingen van het Burgerlijk Wetboek maar is aangesloten bij de omschrijving zoals die is opgenomen in artikel 12 Wet Vpb dat bij dit wetsartikel komt te vervallen. Door aan te sluiten bij deze omschrijving wordt tevens aangegeven dat geen inhoudelijke wijziging van het begrip wordt beoogd.

De vraag of en wanneer rechten op aandelen op één lijn moeten worden gesteld met aandelen is in een aantal recente arresten van de Hoge Raad aan de orde geweest. Omdat de consequenties daarvan nog niet volledig zijn te overzien, heb ik vooralsnog geen gevolg gegeven aan het advies van de Raad om naast het uitgeven van aandelen ook het uitgeven van rechten op aandelen in het artikel op te nemen.

*3. De in de Wet inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) opgenomen terbeschikkingstellingsregeling met betrekking tot schuldvorderingen van een aanmerkelijk belanghouder op «zijn» vennootschap (artikel 3.92 Wet IB 2001) is een anti-arbitragemaatregel (Kamerstukken II 1999/2000, 26 727, nr. 89, blz. 10). Beoogd wordt de inkomstenbelastingdruk op door de aandeelhouder ontvangen rente ongeveer even hoog te doen zijn als de gecombineerde aanmerkelijk belang- en vennootschapsbelastingheffing over dividenden. De regeling met betrekking tot de schuldvorderingen is opgenomen in een meer omvattende regeling die ook op andere vermogensbestanddelen betrekking heeft. Door deze ruimere regeling leiden ook de waardeveranderingen van de hoofdsom tot een progressief belaste of aftrekbare post in box I, hoewel het voorkomen van tariefsarbitrage daartoe niet dwingt.*

*Het opnemen van schuldvorderingen in de terbeschikkingstellingsregeling leidt nu tot een verdergaande uitbreiding van die regeling (artikel 3.92a Wet IB 2001) en een complexe aanvullende anti-arbitragemaatregel (artikel 3.98a Wet IB 2001).*

*Naar het oordeel van de Raad dient bezien te worden of de terbeschikkingstellingsregeling niet meer toegespitst kan worden op de specifieke tariefsarbitrage die de onderscheiden vermogensbestanddelen en de voordelen daaruit oproepen. Het op elkaar stapelen van anti-arbitragemaatregelen die steeds opnieuw nodig zijn om tariefsarbitrage tegen te gaan, dient te worden voorkomen.*

*De Raad adviseert in de toelichting op deze problematiek in te gaan en opnieuw te bezien op welke wijze zo gericht mogelijk tariefsarbitrage voorkomen kan worden.*

3. De Raad brengt in herinnering dat de in de Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen terbeschikkingstellingsregeling met betrekking tot schuldvorderingen van een aanmerkelijk belanghouder op «zijn» vennootschap (artikel 3.92 van de Wet inkomstenbelasting 2001) een anti-arbitragemaatregel is. Naar het oordeel van de Raad dient bezien te worden of de terbeschikkingstellingsregeling niet meer toegespitst kan worden op de specifieke tariefsarbitrage die de onderscheiden vermogensbestanddelen en de voordelen daaruit oproepen.

De Raad merkt terecht op dat de terbeschikkingstellingsregeling in de wet is opgenomen om tariefsarbitrage te voorkomen. Daarnaast is met de terbeschikkingstellingsregeling echter ook beoogd om de parallel in de fiscale behandeling tussen de ondernemer die zijn onderneming voor eigen rekening drijft enerzijds en de ondernemer die gebruik maakt van de rechtsvorm van een B.V. anderzijds, te versterken. Met het onderbrengen van schuldvorderingen onder de terbeschikkingstellingsregeling is bovendien nog een evenwicht gecreëerd tussen de verstrekking van eigen en vreemd vermogen aan de «eigen» vennootschap. Onder de Wet op de inkomstenbelasting 1964 gold voor schuldvorderingen op een «eigen» BV ook reeds een specifieke regeling. De rente op een dergelijke schuldvordering werd net als andere rente belast als inkomsten uit vermogen naar het progressieve tarief, doch ook de vervreemdingsvoordelen behaald met dergelijke vordering werden in de inkomstenbelastinggrondslag opgenomen, namelijk als winst uit aanmerkelijk belang. Met het invoeren van de terbeschikkingstellingsregeling in de Wet IB 2001 is in de eerste plaats beoogd evenwicht te bewaren tussen de omvang van de grondslagvermindering bij de «eigen» BV bij een rentebetaling aan de eigenaar van die BV en de grondslagvermeerdering bij de eigenaar ter zake van het genieten van die rente. Tevens beoogt de terbeschikkingstellingsregeling de parallel tussen belastingplichtigen die voor eigen rekening en risico ondernemen en belastingplichtigen die door tussenkomst van een besloten vennootschap ondernemen, te versterken. In het licht van deze doelstellingen bij de invoering van de terbeschikkingstellingsregeling, zie ik geen aanleiding te bezien of de terbeschikkingstellingsregeling niet meer toegespitst kan worden op specifieke tariefsarbitrage.

In dit kader merk ik nog op dat naast de doelstelling te waarborgen dat na het vervallen van artikel 12 Wet Vpb er evenwicht bestaat tussen enerzijds de afwaardering in box I tegen het progressieve tarief en anderzijds de gecombineerde heffing van vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting in box II, met de voorgestelde maatregelen eveneens een betere aansluiting wordt bereikt met de fiscale behandeling van een IB-ondernemer die een afgewaardeerde schuldvordering op een vennootschap omzet in aandelenkapitaal. De verkregen aandelen blijven in die situatie veelal tot het ondernemingsvermogen behoren waardoor een latere waardeinstijging progressief wordt belast. Een progressieve heffing doet zich volgens het wetsvoorstel nu ook voor bij de omzetting van een afgewaardeerde schuldvordering op een «eigen» BV in aandelen van die BV, wanneer na de omzetting de waarde van de aandelen stijgt.

*4. De in het voorstel opgenomen regelingen zijn door de gang van zaken rond de splitsing reeds minutieus geanalyseerd.<sup>1</sup> In deze commentaren zijn onduidelijkheden en enige knelpunten in het voorstel gesignaleerd. De Raad adviseert in de toelichting aan deze commentaren aandacht te geven.*

4. Het advies van de Raad om aandacht te schenken aan de verschenen commentaren in de literatuur is ter harte genomen. Voorzover dit tot wijzigingen heeft geleid is het voorstel van wet alsmede de memorie van toelichting hierop aangepast.

*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,  
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

<sup>1</sup> Redactie Vakstudie-Nieuws, 9 januari 2004, blz. 34–44; J. A. R. van Eijdsden, Weekblad voor fiscaal recht, 19 februari 2004, blz. 209–228; A. C. P. Bobeldijk en M. M. Borggreven, Weekblad voor fiscaal recht, 19 februari 2004, blz. 228–239.