

Compartimenteren kun je leren

De compartimenteringsreserve in de
deelnemingsvrijstelling

Rotterdam/Breda

24-7-2015

Inhoudsopgave

1.	Inleiding.....	3
2.	Compartimenteren.....	4
3.	Compartimenteren tot 14 juni 2013.....	6
3.1	Inleiding.....	6
3.2	Jurisprudentie.....	6
3.3	Beleid.....	7
3.4	Parlementaire geschiedenis.....	9
4.	HR 14 juni 2013, nr 11/04538, ECLI:NL:HR:2013:BY1244, V-N 2013/29.19, BNB 2013/177...11	
4.1	Verloop tot aan het arrest.....	11
4.2	Het arrest.....	11
4.3	Na het arrest.....	12
5.	Wet Compartimenteringsreserve.....	13
5.1	Inleiding.....	13
5.2	Artikel 28c lid 1.....	13
5.3	Artikel 28c lid 2.....	14
5.3.1	Algemeen.....	14
5.3.2	Positieve BCR.....	14
5.3.3	Positieve OCR.....	15
5.3.4	Negatieve (O)CR.....	15
5.4	Artikel 28c lid 3.....	16
5.4.1	Algemeen.....	16
5.4.2	Uitwerking BCR.....	17
5.4.3	Uitwerking OCR.....	19
5.5	Artikel 28c lid 4.....	20
5.5.1	Algemeen.....	20
5.5.2	Letter a: Juridische fusie, splitsing, aandelenfusie of aandelenruil van het "CR-lichaam".....	21
5.5.3	Letter b: Juridische fusie, juridische splitsing en liquidatie belastingplichtige.....	24
5.5.4	Letter c: Voeging in fiscale eenheid.....	25
5.6	Artikel 28c lid 5.....	25
5.7	Artikel 28c lid 6.....	26
6.	Overgangsrecht artikel 34c Wet Vpb.....	27
6.1	Terugwerkende kracht.....	27
6.2	Artikel 34c lid 1.....	27
6.3	Artikel 34c lid 2.....	28
7.	Praktijkgevallen.....	30
7.1	Nog niet geregelde aangiften.....	30
7.2	Valutaresultaten.....	30
8.	Losse eindjes.....	32
8.1	Opeenvolgende compartimenteringsreserves.....	32

8.2 Samenloop met de earn-out regeling van artikel 13 lid 6 Wet Vpb.....	33
8.3 Moeten resultaten uit valuta-afdekkingsinstrumenten ook worden gecompartimenteerd?.....	33
8.4 Samenloop met artikel 13l Wet Vpb.....	35
8.5 Samenloop met artikel 15aj lid 6 juncto artikel 13d lid 8 Wet Vpb.....	36
8.6 Samenloop met artikel 15ai Wet Vpb.....	36
9. Slot.....	38

1. Inleiding

Deze syllabus is als handreiking bedoeld bij de behandeling van de compartimenteringsreserve. Op 14 april 2015 is het Wetsvoorstel Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 in verband met de invoering van een compartimenteringsreserve (Wet compartimenteringsreserve) aangenomen door de Eerste Kamer. De wet is op 1 mei 2015 in werking getreden. De reserve heeft een plaats gekregen in artikel 28c Wet Vpb en de bijbehorende overgangsregeling in artikel 34c Wet Vpb.

Het wetsvoorstel is op 14 juni 2013 aangekondigd, op dezelfde dag dat het arrest werd gewezen waarin de Hoge Raad besliste dat regelcompartimentering zonder geschreven overgangsregeling niet mogelijk is. Compartimenteren is onlosmakelijk verbonden met het onderwerp deelnemingsvrijstelling. Er is dan ook meteen actie ondernomen om te bewerkstelligen dat compartimenteren zo snel mogelijk wettelijk zou worden geregeld.

Helaas bleek het onderwerp moeilijker in de wet vast te leggen dan verwacht. De totstandkoming van de wet heeft een langere geschiedenis dan waar aanvankelijk op werd gehoopt. Het wetsvoorstel heeft vele pennen in beweging gezet en bleek een taai, complex vraagstuk te zijn. De tekst is dan ook niet eenvoudig te noemen.

De kennisgroep deelnemingsvrijstelling hoopt met deze handreiking vragen die in de praktijk zullen leven, te kunnen beantwoorden.

Een aantal zaken zijn echter nog steeds onduidelijk. Wij verzoeken een ieder die in de praktijk op problemen stuit waarvoor de handreiking geen oplossing biedt, de casuïstiek voort te leggen aan de kennisgroep. Op die manier hopen wij de handreiking steeds verder te kunnen ontwikkelen.

De syllabus is uitsluitend voor intern gebruik.

2. Compartimenteren

Compartimenteren is het verdelen in compartimenten, gedeeltes. Het is een begrip dat in vele takken van bedrijvigheid wordt gebruikt, maar dat ook een fiscale betekenis heeft. Het gaat er dan altijd om dat sprake is van een sfeerovergang tussen een belaste en een onbelaste sfeer of andersom. Te denken valt aan een belastingplichtige, op wiens winst op enig moment een vrijstelling van toepassing wordt (bosbouwvrijstelling, landbouwvrijstelling, deelnemingsvrijstelling) of die zo'n vrijstelling op enig moment verliest. Of een belastingplichtige die op enig moment een specifiek fiscaal regime deelachtig wordt (fiscale beleggingsinstelling, tonnageregime) of juist zo'n regime verliest.

Bij compartimentering vindt fiscale afrekening niet plaats op het moment van sfeerovergang maar op een later moment, bij winstrealisatie. Om de belastingheffing dan juist te laten plaatsvinden, is het zaak dat die belastingplichtige het resultaat op correcte wijze verdeelt in een deel dat in de belaste sfeer valt/viel en een deel dat in de onbelaste sfeer valt/viel, of in een deel dat wordt belast volgens het specifieke regime en een deel dat normaal wordt belast.

In deze syllabus wordt uiteraard de focus gelegd op het compartimenteren van resultaat in een deel dat wel en een deel dat niet onder de deelnemingsvrijstelling valt. Kennis van de deelnemingsvrijstelling wordt daarbij verondersteld.

Voorbeeld

Stel een aandelenbelang wordt aangeschaft voor € 35 miljoen.

Op dat aandelenbelang is de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Op enig moment is echter de deelnemingsvrijstelling niet meer van toepassing, bijvoorbeeld doordat het lichaam waarin het belang wordt gehouden, aandelen uitgeeft aan een ander, waardoor de omvang van het belang onder de 5% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal zakt (zie artikel 13 lid 2 letter a Wet Vpb). Op dat moment bedraagt de waarde van het aandelenbelang € 14 miljoen.

Enige tijd later wordt het aandelenbelang verkocht voor € 22 miljoen.

Indien nu niet zou worden gecompartmenteerd, zou het resultaat bij de verkoop van het belang – een verlies van € 13 miljoen (€ 35 miljoen – € 22 miljoen) – in zijn geheel aftrekbaar zijn. Op het moment van de verkoop is immers de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zodat alle resultaten uit de deelneming belast dan wel aftrekbaar zijn.

Dat zou echter voorbijgaan aan de omstandigheid dat de waardeontwikkeling van het aandelenbelang voor een deel is opgekomen gedurende de periode dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing was. In die periode is het belang met € 21 miljoen in waarde gedaald (€ 35 miljoen – € 14 miljoen). Dat betekent dat dit deel van de waardeontwikkeling eigenlijk vrijgesteld zou moeten zijn – dus niet aftrekbaar. In de periode waarin de deelnemingsvrijstelling niet meer van toepassing was, is het belang juist in waarde gestegen met € 8 miljoen (van € 14 miljoen naar € 22 miljoen). Een correcte belastingheffing brengt daarom met zich dat het resultaat dat is behaald met de verkoop van het aandelenbelang, in twee gedeeltes moet worden verdeeld – gecompartmenteerd. Het ene deel – een verlies van € 21 miljoen – valt onder de deelnemingsvrijstelling en is niet aftrekbaar; het andere deel – een winst van € 8 miljoen – is behaald in de belaste periode en is daarom belast.

Deze manier van compartimenteren wordt ook wel volledige compartimentering genoemd.

Een andere benadering is de zogenaamde saldocompartimentering. Daarbij wordt een compartimentering toegepast op het gesaldeerde resultaat, in het voorbeeld dus op het verlies van € 13 miljoen. De vraag die dan moet worden beantwoord, is aan welke periode (de vrijgestelde of de belaste) dat verlies is toe te rekenen. In het voorbeeld ligt het voor de hand om te stellen dat het verlies aan de vrijgestelde periode is toe te rekenen; in die periode heeft immers de waardedaling plaatsgevonden, in de belaste periode steeg de deelneming weer in waarde. Indien saldocompartimentering wordt toegepast, zal het verlies van € 13 miljoen dus onder de deelnemingsvrijstelling vallen en niet aftrekbaar zijn.

Uit de jurisprudentie – zie paragraaf 3.2 hierna – weten we dat deze wijze van compartimentering niet de juiste is; de Hoge Raad heeft in het arrest BNB 1997/101 een volledige compartimentering voorgeschreven.

In het voorbeeld is sprake van de verkoop van een aandelenbelang en dus van een gerealiseerde boekwinst(verlies). Op dezelfde manier zou je ook andere voordelen, zoals dividenden, uit een aandelenbelang kunnen of moeten compartimenteren tussen een deel dat is opgekomen in de periode dat

de deelnemingsvrijstelling wel en een deel dat de is opgekomen in de periode dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is.

De aanleiding om het resultaat uit een aandelenbelang te compartimenteren kan liggen in zowel een wijziging van de feiten als in een wijziging van de regelgeving.

In het gegeven voorbeeld ligt de oorzaak van de sfeerovergang in een wijziging van de feiten. De omvang van het belang is onder de 5% gedaald. Van een wijziging van de feiten is ook sprake bij het worden of juist niet meer zijn van een beleggingsdeelneming in de zin van artikel 13 lid 9 Wet Vpb. In zulke gevallen spreken we van feitencompartimentering.

Als de oorzaak van de sfeerovergang ligt in een wijziging van de regelgeving, betekent dit dat als gevolg van een wetswijziging de deelnemingsvrijstelling op een aandelenbelang eerst wel, en na de wetswijziging niet meer van toepassing is, of omgekeerd. Het belangrijkste voorbeeld is de wijziging van de deelnemingsvrijstelling in 2007 als gevolg van de Wet werken aan winst; tot dat moment kon op een aandelenbelang van minder dan 5% de deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn (als het houden van het belang in de lijn van de normale bedrijfsuitoefening lag), terwijl vanaf 2007 de grens van 5% een harde is en op een belang van minder dan 5% dus nooit meer de deelnemingsvrijstelling van toepassing kan zijn^{1 2}. Ook is in 2007 de laag belaste beleggingsdeelneming geïntroduceerd³, waardoor op een aantal belangen die voorheen onder de deelnemingsvrijstelling vielen, die vrijstelling vanaf dat moment niet meer van toepassing was.

Compartimentering als gevolg van wetswijziging wordt wel regelcompartimentering genoemd.

¹ Behoudens de meetregel van artikel 13 lid 5 Wet Vpb en de regeling voor aflopende deelnemingen van artikel 13 lid 16 Wet Vpb.

² In artikel VIII d van het Overgangsrecht werken aan winst is een overgangsmaatregel getroffen waardoor op dergelijke belangen nog 3 jaar de deelnemingsvrijstelling van toepassing bleef.

³ Vanaf 2010 de beleggingsdeelneming.

3. Compartimenteren tot 14 juni 2013

3.1 Inleiding

In het arrest van 14 juni 2013 heeft de Hoge Raad duidelijk aangegeven dat in geval van een wetswijziging er niet wordt gecompartmenteerd (zie hoofdstuk 4 hierna). Tot die tijd is in de jurisprudentie een aantal maal een uitspraak gedaan over compartimenteren in de deelnemingsvrijstelling en heeft ook de Staatssecretaris zich – zowel in zijn hoedanigheid van (mede)wetgever als in zijn hoedanigheid van uitvoerder – een aantal maal uitgesproken over de noodzaak tot compartimenteren en de manier waarop dat moet gebeuren.

In dit hoofdstuk wordt een overzicht gegeven van de jurisprudentie tot aan het arrest van 14 juni 2013, en van de beleidsuitingen en de parlementaire geschiedenis rond het begrip compartimentering.

3.2 Jurisprudentie

HR 2 juli 1986, nr 23 444, BNB 1986/305, was het eerste arrest voor de deelnemingsvrijstelling waarin de Hoge Raad zich uitsprak over het onderwerp.⁴ Het arrest wordt dan ook nog steeds als het "compartimenteringsarrest" aangeduid.

In de casus van het arrest werd een belang in een fiscale beleggingsinstelling verkocht met een boekwinst, waarbij vaststond dat de stille reserve in de aandelen, die tot de boekwinst had geleid, al bestond op het moment dat het lichaam waarin het belang werd gehouden, nog niet de status van beleggingsinstelling had.

De Hoge Raad oordeelde: "Nu het onderwerpelijke voordeel reeds aanwezig was op een tijdstip, waarop de in artikel 13, lid 1, van de Wet geregelde vrijstelling van toepassing was, brengt een redelijke wetstoepassing met zich die vrijstelling te doen gelden ook nu het voordeel eerst is gerealiseerd in een periode waarin de vrijstelling niet meer van toepassing was."

De noodzaak tot compartimentering stelde de Hoge Raad in dit arrest dus op een redelijke wetstoepassing.

In een later arrest, HR 19 juni 1991, nr 26 102, BNB 1991/268, was sprake van een daling van de omvang van een aandelenbelang beneden de 5% als gevolg van een verkoop, waarbij de vraag was of de deelnemingsvrijstelling van toepassing was op de afwaardering van de resterende aandelen. De Hoge Raad oordeelde:

"De in artikel 13 neergelegde vrijstelling strekt ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken. In een stelsel waarin de vrijstelling toepassing vindt voor, en tevens wordt beperkt tot, de voordelen die zijn ontstaan in het tijdvak waarin de vrijstelling heeft bestaan, komt deze strekking beter tot haar recht dan in het in het middel verdedigde stelsel, waarin de vrijstelling afhankelijk wordt gesteld van het bestaan van de deelnemingsverhouding op het tijdstip waarop een voordeel tot uitdrukking wordt gebracht."

In dit arrest baseerde de Hoge Raad de noodzaak tot compartimenteren op de strekking van de deelnemingsvrijstelling, immers het voorkomen dat in deelnemingsverhoudingen dezelfde winst tweemaal wordt belast.

De Hoge Raad heeft in volgende arresten zijn compartimenteringsleer consequent doorgezet, al dan niet onder verwijzing naar eerdere arresten, naar de ratio van de deelnemingsvrijstelling – voorkomen van dubbele heffing of verliesneming – en/of naar een redelijke wetstoepassing: .

- HR 18 maart 1992, nr 27 461, BNB 1992/195 (afwaardering van een aandelenbelang na daling van dat belang beneden de 5%);
- HR 17 mei 1995, nr 30 268, BNB 1995/250 (liquidatie-uitkering van een geïmmigreerde deelneming);

⁴ In BNB 1956/39 besliste de Hoge Raad reeds voor delandbouwwijziging dat resultaten gecompartmenteerd moesten worden.

- HR 4 december 1996, nr 30 655, BNB 1997/256 (verkoopopbrengst na verlies van de status van fiscale beleggingsinstelling);
- HR 8 januari 1997, nr 31 308, BNB 1997/81 (boekwinst bij zetelverplaatsing van een deelneming die even daarvoor de status van fiscale beleggingsinstelling had verloren), en
- HR 18 juni 1997, nr 32 019, BNB 1997/257 (verkoopopbrengst na verlies van de status van fiscale beleggingsinstelling).

In hoofdstuk 2 hebben wij reeds HR 22 januari 1997, nr 31 748, BNB 1997/101 genoemd als arrest waarin de Hoge Raad heeft aangegeven op welke wijze compartimentering plaats moet vinden. De belanghebbende in dat arrest bezat een belang van 7% in een beursfonds, dat zij in het verleden had aangeschaft voor NLG 7 per aandeel. In maart 1990 verkocht zij het grootste deel van dat belang voor NLG 16,50 per aandeel, waarna zij een belang van nog geen 1% overhield. Vanaf dat moment was de deelnemingsvrijstelling niet meer van toepassing op die aandelen. Eind 1990 waren de aandelen NLG 11 per stuk waard. De belanghebbende waardeerde haar resterende pakket aandelen vanaf het moment van verkoop ook op NLG 16,50 per aandeel en wilde die aandelen per eind 1990 ten laste van haar fiscale resultaat afwaarderen tot NLG 11. De inspecteur stond dat niet toe; de kostprijs van die aandelen was immers NLG 7 zodat geen sprake was van een waardedaling.

De Hoge Raad bepaalde echter: "Indien een pakket aandelen zijn status van deelneming verliest, mag de waarde van de aandelen op dat tijdstip worden aangemerkt als de kostprijs daarvan, en staat goed koopmansgebruik toe nadien de aandelen te waarderen op deze kostprijs of de lagere beurskoers."

Hiermee geeft de Hoge Raad allereerst aan dat volledige compartimentering de juiste wijze van compartimentering is. Zou de Hoge Raad tot saldocompartimentering hebben geconcludeerd, dan zou hij immers hebben geoordeeld dat een waardering van de resterende aandelen op NLG 11 aan het eind van 1990 leidt tot een onder de deelnemingsvrijstelling vallende waardestijging van NLG 4. De waardestijging is immers in de vrijgestelde periode ontstaan.

In plaats daarvan geeft de Hoge Raad aan dat de waardestijging van (ook) de resterende aandelen van NLG 7 tot NLG 16,50 onder de deelnemingsvrijstelling valt, en dat in de periode na maart 1990, waarin de deelnemingsvrijstelling niet meer van toepassing was, belanghebbende de waardedaling van NLG 16,50 tot NLG 11 in aftrek mocht brengen. Een volledige compartimentering dus.

De Hoge Raad geeft daarbij ook aan hoe de compartimentering in de praktijk kan worden uitgevoerd. De waarde van de aandelen op het moment van sfeerovergang mag als nieuwe kostprijs van de aandelen gaan gelden. Daarmee wordt een periode afgesloten en gaat een nieuwe periode in met een nieuwe kostprijs. Waardemutaties vanaf dat moment worden afgezet tegen die nieuwe kostprijs en volgen het fiscale regime na de sfeerovergang.⁵

3.3 Beleid

Het arrest BNB 1997/101 leidde tot wat onduidelijkheden. Indien op het moment van statusverlies⁶ sprake blijkt van een waardestijging ten opzichte van de kostprijs, zoals in het arrest, of op het moment van statuswinst⁷ van een waardedaling, is het voor de belastingplichtige niet zo'n probleem om de regel van BNB 1997/101 toe te passen. In het eerste geval leidt die regel tot een opwaardering onder de deelnemingsvrijstelling en in het tweede geval tot een aftrekbare afwaardering. In beide gevallen is er geen fiscale schade als er wordt gehandeld conform het in BNB 1997/101 (en oudere jurisprudentie) gehanteerde waarderingsstelsel⁸.

Als bij statusverlies de waarde blijkt te zijn gedaald beneden de kostprijs is het probleem ook wel te overzien; een afwaardering kan worden genomen maar wel onder de deelnemingsvrijstelling.

Problematisch wordt het als de regel van BNB 1997/101 zou betekenen dat bij een waardestijging ten opzichte van de kostprijs bij statuswinst een belaste opwaardering zou moeten worden genomen, terwijl die waardestijging nog niet is gerealiseerd. Dat lijkt in strijd met goed koopmansgebruik, maar zou kunnen worden afgeleid uit BNB 1997/101.

⁵ Wellicht ten overvloede: deze wijze van compartimentering wijkt af van HR BNB 1965/160 waarin voor de landbouwwijziging de saldocompartimentering is toegepast.

⁶ Bedoeld wordt: verlies van de status van deelneming: geen deelnemingsvrijstelling meer voor belastingplichtige.

⁷ Bedoeld wordt: verkrijgen van de status van deelneming: deelnemingsvrijstelling voor belastingplichtige.

⁸ Kostprijs of lagere beurswaarde (of bedrijfswaarde of werkelijke waarde)

In het Besluit van 3 december 1999, DB99/3318M, V-N 1999/57.24, heeft de Staatssecretaris voor met name deze situatie een oplossing geboden:

"Handhaving kostprijs onder voorwaarde

Indien de belastingplichtige aandelen bezit, waarop gedurende enig tijdvak de deelnemingsvrijstelling van toepassing is en gedurende een volgend tijdvak niet, of omgekeerd, keur ik goed dat de belastingplichtige bij het einde van het eerstbedoelde tijdvak de kostprijs van de aandelen handhaaft onder de voorwaarde dat de belastingplichtige schriftelijk verklaart wat de waarde in het economische verkeer op dat moment is en tevens verklaart zich niet later op het standpunt te zullen stellen dat de kostprijs had moeten worden herzien bij het einde van het eerstbedoelde tijdvak en dat het resultaat uit dien hoofde eerder in de heffing had moeten worden betrokken. In reactie op de schriftelijke verklaring van de belastingplichtige stelt de inspecteur de herziene kostprijs vast en doet de belastingplichtige hiervan mededeling."

In de situatie van een statuswinst met een daaraan voorafgaande waardestijging hoeft de belastingplichtige dus geen winst te nemen in het jaar van sfeerovergang. Hij moet dan wel schriftelijk verklaren wat de waarde van de aandelen op dat moment is, zodat bij een latere vervreemding van de aandelen vaststaat tot welke bedrag sprake is van een belaste waardemutatie en vanaf welk moment van een vrijgestelde. Tevens moet de belastingplichtige verklaren dat hij zich op het moment van vervreemding niet op het standpunt zal stellen dat de inspecteur te laat is met het belasten van de waardestijging omdat hij eigenlijk overeenkomstig BNB 1997/101 in het jaar van sfeerovergang had moeten heffen.

Het Besluit is voor deze situatie geschreven maar kan volgens de tekst ook worden toegepast in gevallen waarin de in BNB 1997/101 uitgezette lijn bij een sfeerovergang geen directe belastingschade tot gevolg zou hebben.

Het arrest BNB 1997/101 en het Besluit uit 1999 gaven een voor de praktijk goed werkende methode om te compartimenteren.

Het Besluit uit 1999 is evenwel bij Besluit van 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, Stort. nr. 47 (de versie uit 2008 van het verzamelbesluit over de deelnemingsvrijstelling), als onderdeel van een reeks Besluiten, ingetrokken. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werken aan winst is aandacht besteed aan compartimenteren. Blijkbaar was de Besluitgever van mening dat dit voldoende handreiking bood.

Alle in paragraaf 3.2 aangehaalde arresten gingen over gevallen van feitencompartimentering, en bovendien over het compartimenteren van waardemutaties, afwaarderingen, boekwinsten bij verkoop of liquidatie-uitkeringen. Over compartimentering van dividenden heeft de Hoge Raad zich nimmer uitgelaten. Tot het arrest van 14 juni 2013 had de Hoge Raad zich eveneens nooit uitgelaten over regelcompartimentering. De Staatssecretaris echter had in Besluiten al diverse malen laten weten van mening te zijn dat de compartimenteringsleer ook de regelcompartimentering omvatte.

IN HET BESLUIT VAN 11 AUGUSTUS 2003, CPP2003/1611M, BNB 2003/336 (het eerste verzamelbesluit over de deelnemingsvrijstelling) geeft de Staatssecretaris als standpunt dat hij in zijn algemeenheid van mening is dat in geval van een sfeerovergang ten gevolge van een wetswijziging op het gebied van de deelnemingsvrijstelling de compartimenteringsgedachte van toepassing is, tenzij de wetgever anders heeft bepaald.

Het standpunt inzake regelcompartimentering in het besluit uit 2003 is gegeven in een antwoord op een vraag over de compartimentering van valutaresultaten op een lening ter financiering van een deelneming

*1.1.2.1. Valutawijzigingen lening; wetswijziging en compartimentering

Vraag:

BV X behaalt in 1998 een valutawinst op een lening die is aangegaan ter verwerving van een buitenlandse deelneming. De lening dateert van vóór 1-1-1997 (de datum met ingang waarvan valutaresultaten op artikel 13, eerste lid-leningen onder de werking van de deelnemingsvrijstelling zijn gebracht).

Dient de valutawinst te worden gecompartmenteerd, zodat het gedeelte dat is ontstaan als gevolg van waardeveranderingen vóór 1-1-1997 belastbaar is en het gedeelte dat na 1-1-1997 is ontstaan onder de deelnemingsvrijstelling valt?

Antwoord:

Ja"

Behalve de regelcompartimentering leert dit besluit ons dus ook dat compartimentering zich niet alleen beperkt tot de deelneming zelf, maar zich ook uitstrekt tot gerelateerde zaken, waarvan de resultaten op

enig moment onder de deelnemingsvrijstelling vallen, zoals de valutaresultaten op een lening ter financiering van de verwerving van een deelneming⁹.

In de eerstvolgende twee versie van het verzamelbesluit¹⁰ wordt dit standpunt herhaald, maar in de daarop volgende versies komt het standpunt niet meer voor, omdat in de parlementaire stukken bij "Werken aan winst" al was opgenomen dat compartimentering ook de regelcompartimentering omvatte.

In het Besluit van 10 september 2004, CPP2004/1656M, BNB 2004/445 beantwoordt de Staatssecretaris een vraag, die samenhangt met de bij compartimentering te hanteren werkwijze:

"Vraag

BV X houdt aandelen in BV Y. De aandelen zijn in de loop van de tijd verworven. In het kader van de bepaling van de jaarwinst waardeert zij deze op de gemiddelde kostprijs.

De aandelen in BV Y vormen thans een deelneming, maar vormden in het verleden gedurende een bepaalde periode geen deelneming. Bij de sfeerovergang is in het verleden geen winst genomen.

BV X verkoopt een gedeelte van de aandelen in BV Y. Dit leidt ertoe dat de over de niet-deelnemingsperiode behaalde winst wordt gerealiseerd.

Kan BV X een LIFO-systeem hanteren bij de bepaling van het compartimenteringsresultaat bij verkoop van de aandelen?

Antwoord

Nee, BV X kan geen LIFO-systeem hanteren bij de bepaling van het compartimenteringsresultaat bij verkoop van de aandelen.

Het stelsel van waardering op gemiddelde kostprijs kan tot een andere verdeling van de winst over de jaren leiden dan een LIFO-systeem. Het is in strijd met de realiteitszin de jaarwinst op basis van gemiddelde kostprijs te bepalen en dan vervolgens het daarin begrepen compartimenteringsresultaat volgens een LIFO-systeem te berekenen."

Hiermee is dus niet gezegd dat het LIFO-systeem niet kan worden gebruikt bij het compartimenteren van een verkoopresultaat op een deelneming, maar wel dat dit alleen kan als dit past bij het stelsel van waardering van de deelneming dat de belastingplichtige hanteert. Als de belastingplichtige de deelneming waardeert volgens de historische kostprijs van iedere verworven tranche, is niet uitgesloten dat bij verkoop van een deel van de aandelen voor het compartimenteren wordt uitgegaan van het LIFO-systeem.

Overigens is ook deze passage bij het Besluit van 26 februari 2008, nr. CPP2008/257M, Stort. nr. 47, komen te vervallen.

3.4 Parlementaire geschiedenis

In de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever zich meerdere malen uitgelaten over zowel compartimenteren van dividenden, als regelcompartimentering.

In de Memorie van Antwoord bij de wet tot implementatie van de moeder-dochterrichtlijn¹¹ wilde de wetgever zich nog niet uitlaten over het compartimenteren van dividenden; dat moest de Hoge Raad maar bepalen. In de Nadere Memorie van Antwoord¹² merkt de wetgever evenwel op vragen van de CDA-fractie of compartimentering van dividenden het uitgangspunt zal zijn – niettegenstaande de meningen in de literatuur die luiden dat compartimentering van dividenden in strijd is met de richtlijn¹³ – op dat dit van de omstandigheden van het geval afhankelijk is.

Bij de invoering van artikel 13g Wet Vpb (vervallen per 1 januari 2007) heeft de wetgever bewust niet gekozen voor compartimentering van dividenden vanwege uitvoeringsproblemen, terwijl het gekozen regime – verrekening – ook hetzelfde doel dient; voorkoming van dubbele heffing¹⁴.

⁹ Het huidige artikel 13 lid 7 Wet Vpb.

¹⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën 9 februari 2004, CPP2003/2240M, BNB 2004/146 en Besluit van 1 februari 2006, CPP2005/2702M, BNB 2006/161

¹¹ Kamerstukken I 1992/1993, Stb. 1992, 518, p.3

¹² Kamerstukken I 1992/1993, Stb. 1992, 518, p.3-4

¹³ Zie het Eindverslag, Kamerstukken I 1992/1993, Stb. 1992, 518, p.8

¹⁴ Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 4

In het Nader Verslag bij het wetsvoorstel tot implementatie van de gewijzigde moeder-dochterrichtlijn in 2005¹⁵ laat de wetgever zich voor het eerst duidelijk uit over een aantal zaken:

- Compartimentering geldt ook voor dividenden.
- Compartimentering geldt ook bij sfeerovergang door wetswijziging, hoewel de Hoge Raad zich daarover nog niet heeft uitgelaten.
- De richtlijn geeft geen regels of uitsluitel over het wel of niet mogen toepassen van compartimentering; zij verbiedt het niet. (De richtlijn ziet immers niet op waardeveranderingen.)
- Er moet onderscheid worden gemaakt tussen de vennootschapsbelasting (tijdvakbelasting) en de dividendbelasting (tijdstipbelasting).

De wetgever vermeldt er niet bij op welke wijze dat laatste onderscheid moet worden gemaakt, maar aangenomen mag worden dat wordt bedoeld dat in de vennootschapsbelasting wel moet worden gecompartmenteerd en in de dividendbelasting niet.

Bij de behandeling van de Wet werken aan winst in 2005/2006 heeft de wetgever opnieuw een aantal malen duidelijk aangegeven wat zijn standpunt is op beide onderwerpen.

In de Memorie van Toelichting geeft hij onomwonden aan dat zowel bij een sfeerovergang als gevolg van een wetswijziging als van een wijziging in de feiten compartimentering het uitgangspunt is. Een overgangsbepaling acht hij niet nodig.

Compartimentering geldt zowel waardeveranderingen als winstuitkeringen. Aangegeven wordt bovendien dat waardestijgingen gedurende de belaste periode uiterlijk bij vervreemding worden belast.¹⁶

Een overgangsbepaling voor artikel 13 lid 5 (oud) Wet Vpb, waarin regels werden gegeven voor de eerste acht maanden na verkrijging of verlies van de status van een fiscale beleggingsinstelling is evenmin opgenomen.¹⁷

Gevraagd om een reactie van de wetgever op een artikel van Schuver – Bravenboer in het Weekblad fiscaal recht¹⁸ waarin wordt betoogd dat de jurisprudentie van de Hoge Raad te weinig aanknopingspunten biedt voor compartimentering van dividenden in EU-situaties, volledig of gesaldeerd compartimenteren en compartimenteren van liquidatie-uitkeringen, antwoordt de wetgever in de Memorie van Antwoord dat hij die opvatting niet onderschrijft.

Hij zegt dat het zeer uitzonderlijk is dat de Hoge Raad afwijkt van de politiek vastgestelde wetsuitleg. Hij gaat er daarom ook vanuit dat de Hoge Raad compartimentering zal toestaan van dividenden, alsmede dat de Hoge Raad zal kiezen voor volledige compartimentering¹⁹.

In het Nader Verslag geeft de wetgever aan dat de compartimenteringsleer intussen vrij algemeen is aanvaard en dat compartimentering alleen bij waardeveranderingen en niet bij dividenduitkeringen tot onevenwichtige resultaten zou leiden.

Op de vraag van diverse fracties in de Tweede kamer waarom compartimentering niet in de wet wordt vastgelegd, merkt de wetgever op dat het niet eenvoudig is om een dergelijk genuanceerd en rechtvaardig leerstuk te codificeren vanwege de veelheid aan mogelijke situaties. Dat nadeel kan worden vermeden via de beproefde methode van het scheppen van duidelijkheid via de toelichting.

Tevens geeft de wetgever aan hoe een dividend moet worden gecompartmenteerd. In beginsel betreft een dividend een uitkering van de winst van het voorgaande jaar, uitgaan dus van de LIFO-gedachte. Dat leidt uitzondering als aannemelijk is – blijkens de Memorie van Antwoord is het dividendbesluit daar een geëigend middel toe – dat de dividenduitkering winst uit een ander jaar betreft²⁰.

Alles bij elkaar genomen kan uit het voorgaande de conclusie worden getrokken dat de wetgever op zowel het punt van de compartimentering van dividenden als van de regelcompartimentering zeker was van zijn zaak. Wetgeving was op deze punten niet nodig, nu uit de toelichting bij de nieuwe wetgeving in voldoende mate volgde wanneer en op welke wijze dient te worden gecompartmenteerd.

Op 14 juni 2013 bleek deze gedachtegang te optimistisch.

¹⁵ Kamerstukken II 2004/2005, 30 031, nr. 6

¹⁶ Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 3 blz. 16-17

¹⁷ Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 3 blz. 59-60

¹⁸ M. Schuver – Bravenboer, Werken aan overgangsrecht zuivere winst, Weekblad fiscaal recht 2006/6684, pagina 988 e.v.

¹⁹ Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. C blz. 18

²⁰ Kamerstukken II 2005/2006, 30 572, nr. 3 blz. 39-40

4. HR 14 juni 2013, nr. 11/04538, ECLI:NL:HR:2013:BY1244, V-N 2013/29.19, BNB 2013/177

4.1 Verloop tot aan het arrest

Belanghebbende houdt een tweetal deelnemingen van 49%, gevestigd in de Verenigde Arabische Emiraten. Tot en met 2005 gold op grond van een ruling de deelnemingsvrijstelling. Deze ruling verloor eind 2005 zijn gelding. In 2006 bestond geen recht meer op toepassing van de deelnemingsvrijstelling vanwege het gebrek aan onderworpenheid, een eis die tot 2007 was opgenomen in artikel 13 lid 2 Wet Vpb. Vanaf 2007 gold op grond van het nieuwe artikel 13 Wet Vpb de deelnemingsvrijstelling weer wel. Op 17 december 2007 keert een van de deelnemingen een dividend uit, welk dividend deels afkomstig is uit de winst over 2006, het enige jaar waarin de deelnemingsvrijstelling niet heeft gegolden. Belanghebbende neemt het standpunt in dat het dividend geheel vrijgesteld is omdat het in 2007 wordt genoten, de inspecteur past compartimentering toe en belast een deel van het dividend.

Het geschil waarover de rechters moeten oordelen, betreft twee vragen. De eerste vraag is of de compartimenteringsleer ook geldt in geval van wetswijziging. Bij bevestigende beantwoording komt de tweede vraag aan de orde, namelijk of ook dividenden gecompartmenteerd moeten worden.

Rechtbank Haarlem 2 september 2011, AWB 10/2827 beantwoordt beide vragen bevestigend. De Rechtbank stelt de inspecteur in het gelijk op grond van de bedoeling van de wetgever, zoals te kennen uit de wetsgeschiedenis. Er dient dus (regel)compartimentering plaats te vinden van het dividend. Tegen de uitspraak van de rechtbank wordt sprongcassatie ingesteld.

A-G Wattel (conclusie van 11 oktober 2012, V-N 2012/58.12) concludeert tot onmiddellijke werking van nieuwe wetgeving bij afwezigheid van geschreven overgangsrecht. Het is niet aan de rechter om op basis van een redelijke wetstoepassing of de strekking van een wet (die er niet meer is) die wet ondanks zijn afschaffing te blijven toepassen.

Volgens Wattel kan bovendien onder de moeder-dochterrichtlijn niet worden gecompartmenteerd; hij verwijst hiervoor naar de gevoegde zaken Denkavit, Vitic en Voomeer van het HvJEU²¹. Niet compartimenteren na wetswijziging voorkomt derhalve een conflict met de moeder-dochterrichtlijn. Een conflict dat niet op evenwichtige wijze kan worden opgelost, maar alleen door het slechter behandelen van intern deelnemingsdividend dan grensoverschrijdend deelnemingsdividend.

Wattel komt tot de conclusie dat regelcompartimentering niet toegepast kan worden zonder geschreven overgangsrecht. In feite hoeft hij dan de tweede vraag niet meer te beantwoorden omdat de casus immers een regimewijziging inhoudt als gevolg van wetswijziging.

Wattel gaat toch op de vraag in voor die gevallen waarin sprake is van feitencompartimentering. Hij is dan van mening dat compartimentering ook voor dividenden voor de hand ligt, zulks mede op grond van de inwisselbaarheid van vermogenswinsten en dividenden, maar dat de praktische bezwaren ertegen moeilijk te overzien zijn. Zoals gezegd levert compartimentering waarschijnlijk wel een probleem op met de moeder-dochterrichtlijn.

4.2 Het arrest

De Hoge Raad volgt de A-G:

"3.3. De middelen keren zich onder meer tegen de hiervoor in 3.2 vermelde oordelen. De Hoge Raad stelt voorop dat indien de wetgever bij wijziging van een wetsbepaling in de wijzigingswet geen overgangsbepaling opneemt, moet worden uitgegaan van de hoofdregel van onmiddellijke werking van de gewijzigde bepaling. In de wet waarbij artikel 13 van de Wet is gewijzigd ontbreekt een dergelijke overgangsbepaling, zodat de per 1 januari 2007 geldende tekst van artikel 13 van de Wet met ingang van die dag toepassing dient te vinden op voordelen die op of na die dag worden gerealiseerd. Daaraan doet niet af dat de wetgever blijkens de toelichting bij deze wetswijziging ervan is uitgegaan dat compartimentering zou plaatsvinden, in die zin dat voor zover voordelen uit deelneming toerekenbaar zijn aan belastingtijdvakken vóór 1 januari 2007 de tot dan geldende tekst daarop nog toepassing zou vinden. Bij afwezigheid van overgangsmaatregelen die afwijken van de

²¹ HvJEU 17 oktober 1996, nrs. C-283/94, C-291/94 en C-292/94.

hoofregel van onmiddellijke werking is het niet aan de rechter om in afwijking van de nieuw geldende wettekst de vóór die wijziging geldende wetsbepaling te blijven toepassen voor zover voordelen toerekenbaar zijn aan tijdvakken van voordie wetswijziging. De middelen slagen in zoverre en behoeven voor het overige geen behandeling.”

De Hoge Raad beslist dus niet zozeer dat regelcompartimentering niet aan de orde kan zijn, maar beslist met een beroep op de rechtszekerheid dat een wetswijziging onmiddellijk in werking treedt als de wetgever geen overgangsbepaling in het leven heeft geroepen. Als de wetgever een dergelijke overgangsmaatregel wél in de wet opneemt, bijvoorbeeld bestaand in een compartimenteringsgebod, heeft de Hoge Raad daar geen probleem mee. Met andere woorden: regelcompartimentering is op zich geen probleem, maar het moet wel in de wet zijn opgenomen als die wet wordt gewijzigd.

4.3 Na het arrest

Het arrest was een duidelijke streep door de rekening van de Staatssecretaris. Snel ingrijpen was gewenst. Belastingplichtigen die voordeel hebben bij het niet compartimenteren zouden immers een beroep doen op het arrest, terwijl belastingplichtigen die voordeel hebben bij wel compartimenteren, zich juist zouden beroepen op de bedoeling van de wetgever, zoals die blijkt uit de wetsgeschiedenis en op de passages in de Besluiten waarin de Staatssecretaris heeft aangegeven dat er moet worden gecompartmenteerd.

Voorbeeld

Stel weer even het voorbeeld uit Hoofdstuk 2, waarbij de sfeerovergang niet het gevolg is van een wijziging in de feiten, maar van een wetswijziging.

In dat geval zou de belastingplichtige zich op grond van het arrest BNB 2013/177 op het standpunt stellen dat niet moet worden gecompartmenteerd; hij zal dus een verlies van € 13 miljoen in aftrek willen brengen omdat het verlies wordt gerealiseerd in de periode dat de deelnemingsvrijstelling niet (meer) van toepassing is.

Stel in diezelfde situatie nu eens dat de deelneming op het moment van sfeerovergang niet in waarde zou zijn gedaald tot € 14 miljoen maar in waarde gestegen tot € 37 miljoen. In dat geval zou de belastingplichtige zich met een beroep op door de Staatssecretaris opgewekt vertrouwen op het standpunt stellen dat wél moet worden gecompartmenteerd. Compartimentering zou er dan immers toe leiden dat een winst van € 2 miljoen is vrijgesteld (€ 37 miljoen -/- € 35 miljoen) omdat die is toe te rekenen aan de vrijgestelde periode, terwijl aan de belaste periode een waardedaling van € 15 miljoen is toe te rekenen, die hij in aftrek zal willen brengen.

Actie volgde dan ook snel: op dezelfde dag dat het arrest werd gewezen volgde een persbericht, waarin een wetsvoorstel werd aangekondigd dat compartimentering wettelijk moest vastleggen. Op 17 juli 2013 vervolgens werd het wetsvoorstel bij de Raad van State ingediend (wetsvoorstel 33 713).

Na een aantal (verstrekende) wijzigingen is het wetsvoorstel op 16 oktober 2014 door de Tweede kamer aangenomen en op 14 april 2015 door de Eerste Kamer²².

De wet treedt in werking de dag na plaatsing in het Staatsblad; 1 mei 2015.

²² Wet van 16 april 2015 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 in verband met de invoering van een compartimenteringsreserve (Wet compartimenteringsreserve), Staatsblad 30 april 2015, nr. 158

5. Wet Compartimenteringsreserve

5.1 Inleiding

Gekozen is voor het codificeren van zowel regel- als feitencompartimentering in een algemene wettelijke regeling, die derhalve geldt voor alle situaties waarin een sfeerovergang plaatsvindt waarbij eerst de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing was en daarna niet meer, en omgekeerd. Tevens geldt de regeling voor alle denkbare deelnemingsvoordelen.

Het compartimenteren vindt plaats door de vorming van een zogenoemde compartimenteringsreserve, waardoor (belast of onbelast) resultaat pas wordt verantwoord bij realisatie. De reserve wordt gevormd op het moment van sfeerovergang en kan een belaste of onbelaste reserve zijn, alsmede een positieve of een negatieve. Vermindering vindt plaats indien en voorzover realisatie plaatsvindt van het voordeel. De belaste compartimenteringsreserve is een fiscale reserve, vergelijkbaar met de HIR, de KER en de opwaarderingsreserve. De onbelaste compartimenteringsreserve vormt geen onderdeel van de fiscale balans, maar wordt extracomptabel bijgehouden.

De regeling is opgenomen in artikel 28c Wet Vpb, welk artikel 6 leden kent.

Artikel 34c Vpb bevat een overgangsmaatregel, die ervoor zorgt dat de wet niet alleen al vanaf 14 juni 2013 effect heeft, maar ook van toepassing is op sfeerovergangen van voor die datum.

In het vervolg van dit hoofdstuk wordt ieder lid van artikel 28c in een afzonderlijke paragraaf besproken. Iedere paragraaf begint met de wettekst van het betreffende lid.

5.2 Artikel 28c lid 1

" 1. Indien de belastingplichtige een belang heeft in een lichaam waarop de deelnemingsvrijstelling:
a. op enig moment van toepassing wordt terwijl de deelnemingsvrijstelling tot dat moment niet van toepassing was op dit belang of een gedeelte daarvan (sfeerovergang), wordt door de belastingplichtige een belaste compartimenteringsreserve gevormd;
b. op enig moment niet meer van toepassing is terwijl de deelnemingsvrijstelling tot dat moment wel van toepassing was op dit belang of een gedeelte daarvan (sfeerovergang), wordt door de belastingplichtige een onbelaste compartimenteringsreserve gevormd."

Het eerste lid van artikel 28c beschrijft wanneer een compartimenteringsreserve (hierna: "CR") wordt gevormd.

Op het moment van sfeerovergang van belast (geen deelnemingsvrijstelling) naar onbelast (wel deelnemingsvrijstelling) wordt een belaste CR ("BCR") gevormd (letter a). De reserve heeft betrekking op de belaste periode en belichaamt de claim die de belastingdienst heeft op de belastingplichtige terzake van de voordelen uit het belang, die aan die periode zijn toe te rekenen.

Op het moment van sfeerovergang van onbelast naar belast wordt een onbelaste CR ("OCR") gevormd (letter b). Deze CR is er meer ten behoeve van de belastingplichtige; zij belichaamt het bedrag waarvoor de belastingplichtige nog recht heeft op toepassing van de deelnemingsvrijstelling met betrekking tot het belang.

Hoewel daar tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel wel om is gevraagd, wordt de CR niet bij voor bezwaar vatbare beschikking vastgesteld. In de bestaande praktijk bij feitencompartimentering werd immers ook geen beschikking afgegeven.

Overigens blijven de fiscale waarderingsregels van toepassing als het gaat om het verantwoorden van waardemutaties. Een belang dat niet onder de deelnemingsvrijstelling valt, kan dus op grond van goed koopmansgebruik worden afgewaardeerd ten laste van de fiscale winst als daar aanleiding toe is. Een belang dat wel onder de deelnemingsvrijstelling valt, kan worden gehervaaardeerd op basis van HR 14 juni 1978, nr 18 405, BNB 1979/181. In dat arrest besliste de Hoge Raad dat goed koopmansgebruik zich er niet tegen verzet een deelneming boven haar kostprijs te waarderen. Vanwege de toepassing van de deelnemingsvrijstelling heeft deze hervaaarding geen fiscaal gevolg.

Gedurende de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel heeft de NOB de wetgever verzocht om de belastingplichtige de keuze te bieden om bij een sfeerovergang van belaste naar onbelaste sfeer, in plaats van een BCR te vormen, direct af te rekenen. Dat kan onder omstandigheden gunstig zijn, bijvoorbeeld in

geval van de beschikbaarheid van compensabele verliezen. In antwoord daarop heeft de wetgever gesteld dat een dergelijke directe afrekening niet past bij het systeem van de CR. In elk geval past een dergelijke afrekening niet binnen goed koopmansgebruik nu zich geen realisatie van het voordeel heeft voorgedaan. Het zou echter wel passen in de methodiek die de Hoge Raad in BNB 1997/101 heeft voorgeschreven. Bovendien zou een bevestigende beantwoording van de vraag wel hebben gepast in het verlengde van het Besluit van 3 december 1999 (zie paragraaf 3.2). Indien een belastingplichtige op deze manier zijn compensabele verliezen wil benutten, kan hij er natuurlijk ook voor kiezen het belang te vervreemden – binnen het concern verhangen – voorafgaand aan de sfeerovergang van belast naar onbelast om zo de belaste boekwinst te realiseren.

5.3 Artikel 28c lid 2

5.3.1 Algemeen

“2. De belaste of onbelaste compartimenteringsreserve, bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, onderscheidenlijk in het eerste lid, onderdeel b, wordt gesteld op het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van het belang op het tijdstip direct voorafgaande aan een sfeerovergang als bedoeld in het eerste lid en de boekwaarde daarvan.

De boekwaarde van het belang wordt op het tijdstip, bedoeld in de eerste volzin, vermeerderd met het bedrag waarvoor een compartimenteringsreserve wordt gevormd.”

Het tweede lid van artikel 28c bepaalt voor welk bedrag de CR wordt gevormd.

De CR wordt gevormd voor het verschil tussen de waarde in het economische verkeer (WEV) van het belang op het moment van sfeerovergang, en de boekwaarde ervan.

De BCR geeft dus het bedrag aan, waarvoor een claim van de fiscus bestaat. Indien naderhand een voordeel uit het belang wordt genoten – of dat nu dividend of een al dan niet gerealiseerde waardemutatie is – dient de BCR om zeker te stellen dat op dat (of een later) moment wordt afgerekend over die claim. Op dezelfde wijze stelt de OCR het bedrag vast waarvoor de belastingplichtige nog recht kan of moet doen gelden op de deelnemingsvrijstelling.

Tegelijk met de vorming van de CR wordt de boekwaarde van het belang vermeerderd of verminderd met het bedrag van de CR, waardoor het belang voor de WEV te boek komt te staan. Overigens wordt in de tweede volzin van het tweede lid alleen gesproken over “vermeerderd”. De toelichting gaat echter uit van zowel de mogelijkheid van vermeerdering als van vermindering.

Nu zal een negatieve BCR niet gauw voorkomen. Over het algemeen zal immers goed koopmansgebruik toestaan aandelen waarop de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is, te waarderen naar de kostprijs of lagere werkelijke waarde. Zodoende zal op het moment van een sfeerovergang van de belaste naar de onbelaste sfeer, het aandelenbelang reeds op de (lagere) waarde gewaardeerd zijn zodat voor een negatieve BCR geen ruimte is.

Voor een aandelenbelang waarop de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing is, kan belastingplichtige de methodiek hanteren van waarderen op kostprijs of lagere bedrijfswaarde. In de praktijk zal het ook vaak voorkomen dat belastingplichtige, ondanks een lagere waarde, de deelneming op kostprijs is blijven waarderen. Een afwaardering naar de lagere werkelijke waarde raakt immers het resultaat niet. Een negatieve CR zal zich dan ook waarschijnlijk alleen voordoen in gevallen van een sfeerovergang van onbelast naar belast; een negatieve OCR dus.

5.3.2 Positieve BCR

Als de WEV hoger is dan de boekwaarde, is de CR positief. Een positieve BCR zal als een fiscale reserve op de fiscale balans komen te staan en onderdeel zijn van het fiscale eigen vermogen.

Voorbeeld

Stel een deelneming met een boekwaarde van 100, geheel met EV gefinancierd, is op het moment van sfeerovergang 130 waard.

De volgende journaalpost wordt gemaakt:

Deelneming	30	
Aan BCR		30

De fiscale balans ziet er dan als volgt uit.

Deelneming	130	EV	100
		CR	30

Nu een fiscale reserve niet separaat op de fiscale balans voorkomt, maar onderdeel is van het fiscale eigen vermogen, luidt de balans eigenlijk:

Deelneming	130	EV	130
------------	-----	----	-----

In de vermogensvergelijking vindt de vorming van een BCR als volgt zijn weerslag:

Eindvermogen	130
-/- Beginvermogen	<u>100</u>
Vermogensmutatie	30
-/- dotatie BCR	<u>-/- 30</u>
Fiscale winst	0

Hieruit volgt dat de vorming van een BCR de fiscale winst dus niet raakt; de claim die de belastingdienst heeft op de belastingplichtige terzake van de waardemutatie uit de belaste periode, wordt immers pas op het moment van realisatie in de belastingheffing betrokken.

5.3.3 Positieve OCR

Als de WEV hoger is dan de boekwaarde, is de CR positief. De positieve OCR is onderdeel van het fiscale vermogen maar zal niet als aparte fiscale reserve op de balans staan; ze wordt extracomptabel bijgehouden.

Voorbeeld

Stel een deelneming met een boekwaarde van 100, geheel met EV gefinancierd, is op het moment van sfeerovergang 130 waard.

De volgende journaalpost wordt gemaakt:

Deelneming	30
Aan EV	30

De fiscale balans ziet er dan als volgt uit.

Deelneming	130	EV	130
------------	-----	----	-----

In de vermogensvergelijking vindt de vorming van een OCR als volgt zijn weerslag:

Eindvermogen	130
-/- Beginvermogen	<u>100</u>
Vermogensmutatie	30
-/- deelnemingsvrijstelling	<u>-/- 30</u>
Fiscale winst	0

Hieruit volgt dat ook de vorming van een OCR de fiscale winst niet raakt; zij loopt via de deelnemingsvrijstelling in de vermogensvergelijking. Tegelijk zal extracomptabel moeten worden vastgelegd dat een OCR van 30 is gevormd. Hiertoe zal wellicht nog een uniforme manier van vastlegging moeten worden voorgeschreven, maar een vastlegging in ATK of IKB lijkt voor de hand te liggen.

5.3.4 Negatieve (O)CR

Als de WEV lager is dan de boekwaarde, is de CR negatief. Dat zal zich zoals gezegd waarschijnlijk alleen voordoen bij een OCR.

Voorbeeld

Stel een deelneming met een boekwaarde van 100, geheel met EV gefinancierd, is op het moment van sfeerovergang 70 waard.

De journaalpost luidt nu als volgt:

EV	30	
Aan Deelneming		30

Nu de OCR extracomptabel wordt bijgehouden luidt de fiscale balans als volgt

Deelneming	70	EV	70
------------	----	----	----

De vermogensvergelijking laat het volgende zien:

Eindvermogen	70
-/- Beginvermogen	100
Vermogens mutatie	-/- 30
+ deelnemingsvrijstelling	30
Fiscale winst	0

De vorming van deze negatieve OCR van -/- 30 en het verdere verloop ervan zal extracomptabel moeten worden vastgelegd.

5.4 Artikel 28c lid 3

5.4.1 Algemeen

“3. Ingeval de belastingplichtige na een sfeerovergang als bedoeld in het eerste lid een voordeel, een ontvangen winstuitkering daaronder begrepen, uit hoofde van het belang verkrijgt dat toerekenbaar is aan de periode voorafgaande aan de sfeerovergang:

a. wordt de boekwaarde van het belang verminderd met het bedrag van dat voordeel, dan wel, indien dit lager is, met het bedrag van de belaste of onbelaste compartimenteringsreserve op het tijdstip direct voorafgaande aan het verkrijgen van het voordeel, en

b. wordt de belaste compartimenteringsreserve tot het bedrag van dat voordeel toegevoegd aan de winst, onderscheidenlijk wordt de onbelaste compartimenteringsreserve verminderd met het bedrag van dat voordeel zonder dat dit tot een toevoeging aan de winst leidt.

Ingeval de toevoeging aan de winst van een belaste compartimenteringsreserve, bedoeld in de eerste volzin, onderdeel b, niet daadwerkelijk in de heffing wordt betrokken, worden die compartimenteringsreserve en de boekwaarde van het belang waarop de compartimenteringsreserve betrekking heeft, vermeerderd met het bedrag van die toevoeging.”

In dit lid wordt de wijze geregeld waarop voordelen uit het belang, die zijn gerealiseerd na de sfeerovergang en de vorming van de CR, in de CR worden verwerkt.

Hoewel de wettekst van het derde lid uitdrukkelijk bepaalt dat onder “voordeel” een ontvangen winstuitkering wordt begrepen, zal het in de praktijk met name gaan om winstuitkeringen (dividenden).

Voordelen uit gerealiseerde waardemutaties worden immers door het vierde lid bestreken – zie de volgende paragraaf.

Resteren de ongerealiseerde waardemutaties in het begrip voordeel, maar die passen eigenlijk niet in het stelsel van de CR. Immers, de vorming van een CR is het moment waarop de ongerealiseerde waardemutaties uit de periode voorafgaand aan de sfeerovergang tot uitdrukking komen. Voor dat bedrag wordt de CR gevormd. Vindt nu na dat tijdstip opnieuw een ongerealiseerde waardemutatie plaats, een af- of opwaardering, dan heeft die dus per definitie betrekking op de periode na de sfeerovergang en beïnvloedt die de CR niet.

Niettemin is duidelijk dat onder “voordeel” in lid 3 alle mogelijke voordelen worden gevat. Ingeval van een sfeerovergang van belast naar onbelast zijn dat alle voordelen waarop in de onbelaste sfeer de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Denk daarbij bijvoorbeeld aan valutaresultaten op de deelneming, maar ook aan rente op hybride leningen en uitkeringen op winstbewijzen, die ingevolge artikel 13 lid 4 Wet Vpb (meesleepregeling) onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

De eerste volzin van het derde lid bepaalt dat ingeval de belastingplichtige na een sfeerovergang een voordeel uit hoofde van het belang verkrijgt, dat is toe te rekenen aan de periode voor de sfeerovergang, de boekwaarde van het belang wordt verminderd met het bedrag van dat voordeel. Als de CR lager is dan het bedrag van dat voordeel, wordt de boekwaarde van het belang verminderd met het bedrag van de CR voorafgaand aan de ontvangst van dat voordeel (letter a). Dat laatste doet zich voor als het derde lid al een of meerdere keren is toegepast.

Tegelijk wordt de BCR tot het bedrag van het voordeel toegevoegd aan de winst; de OCR wordt met het bedrag van het voordeel verminderd zonder toevoeging aan de winst (letter b).

Het voordeel wordt dus conform de compartimenteringsregels in de heffing betrokken en daartegenover wordt de BCR verminderd met hetzelfde bedrag. De claim op de BCR is immers voor dat bedrag reeds geëffectueerd. De OCR wordt verminderd zonder toevoeging aan de winst voorzover het voordeel betrekking heeft op de aan de sfeerovergang voorafgaande, onbelaste periode. Er is dan immers een stukje van het recht op de deelnemingsvrijstelling verbruikt, zodat het bedrag waarvoor recht op de deelnemingsvrijstelling bestaat, minder wordt.

Tijdens de parlementaire behandeling is de vraag gesteld op welke wijze de toerekening van een dividend aan een periode moet plaatsvinden. De wetgever heeft die vraag aldus beantwoord dat het dividendbesluit daarbij bepalend is; daarin kan het lichaam aangeven uit welke winst het dividend afkomstig is. Is daarover in het dividendbesluit niets vermeld, dan geldt de LIFO-methode. Dit is overigens al langer geldend beleid en ook bij de totstandkoming van de Wet werken aan winst is dit aan de orde geweest.

Als de toevoeging aan de winst van de BCR niet daadwerkelijk in de heffing kan worden betrokken, dan worden ingevolge de tweede volzin zowel de BCR als de boekwaarde van het belang weer vermeerderd met het voordeel. Zodoende wordt in dat geval alles bij het oude gelaten. Dat de toevoeging aan de winst niet in de heffing kan worden betrokken heeft te maken met twijfel over de gevolgen van de moeder-dochterrichtlijn. In de literatuur wordt op basis van EU-jurisprudentie verdedigd dat de toevoeging aan de winst is gelijk te stellen aan een belastingheffing over dividend, die is verboden door genoemde richtlijn²³. Indien dit in de praktijk zal worden uitgeprocedeerd en deze procedure wordt verloren door de belastingdienst, is zodoende in de tweede volzin de claim veilig gesteld.

5.4.2 Uitwerking BCR

Eerste volzin

Uitgangspunt is de balans uit de voorbeelden in paragraaf 5.3.2:

Deelneming	130	EV	100
		CR	30

O feigenlijk (zie paragraaf 5.3.2):

Deelneming	130	EV	130
------------	-----	----	-----

Er wordt een dividend uitgekeerd van 10, dat afkomstig is uit de belaste periode.

De volgende journaalposten moeten worden gemaakt:

Liquide middelen	10	
Aan Deelneming		10

En

BCR	10	
Aan EV (winstreserve)		10

Dat leidt tot de volgende balans:

²³ Zie bijvoorbeeld L.P. Cats en B. Suvaal, Compartimenteren maakt creatie? WFR 2014/846, § 2.2.

Deelneming	120	EV	110
Liquide middelen	10	CR	20

In de vermogensvergelijking is dus geen sprake van een vermogensmutatie – zie de eerste journaalpost – maar letter b van lid 3 bepaalt dat de BCR aan de winst wordt toegevoegd met 10, net als de vrijval van een HIR of KER. In wezen had de balans er dus als volgt uit moeten zien:

Deelneming	120	EV	130
Liquide middelen	10		

En had kunnen worden volstaan met de volgende journaalpost

Liquide middelen	10
Aan Deelneming	10

In de vermogensvergelijking loopt de verantwoording van het dividend als volgt

Eindvermogen	130
-/- Beginvermogen	130
Vermogensmutatie	0
+ afboeking BCR	10
Fiscale winst	10

Op dit punt is het goed te wijzen op het volgende.

Stel nu dat een deelnemingsvoordeel wordt genoten van 40, waarvan vaststaat dat het afkomstig is uit de belaste periode. De BCR bedraagt echter maar 30 omdat de waarde in het economisch verkeer op het moment van sfeerovergang 130 was. In de praktijk is dit zeer goed mogelijk: de waarde in het economisch verkeer wordt immers niet (alleen) beïnvloed door de aanwezige winstreserves. Denk bijvoorbeeld aan beursgenoteerde aandelen.

Wat is nu rechtens in deze situatie? Duidelijk is dat de maximaal aan de winst toe te voegen BCR 30 bedraagt, maar ook dat de resterende 10 ook uit de belaste periode afkomstig is. Het is dus vanuit de compartimenteringsgedachte de vraag of op die 10 de deelnemingsvrijstelling zou moeten worden toegepast.

Moet deze 10 dan afzonderlijk – dus los van het systeem van artikel 28c – worden belast?

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer heeft de wetgever op dit punt duidelijkheid gebracht²⁴. In antwoord op vragen uit de Kamer heeft de wetgever medegedeeld dat de toevoeging aan de winst van een BCR (of de onbelaste afname van een OCR) is gemaximeerd op het bedrag van die BCR (of OCR). Als het voordeel groter is, is op het meerdere het regime van toepassing dat geldt in de periode dat het voordeel wordt ontvangen. In het gegeven voorbeeld valt de 10 dan ook onder de deelnemingsvrijstelling.

Op diezelfde plek heeft de wetgever ook duidelijk gemaakt dat een *meegekocht dividend* geen deel uitmaakt van het bedrag waarvoor de CR is gevormd. De 10 uit het voorbeeld hierboven zou heel goed een meegekocht dividend kunnen zijn geweest. Dat kan echter alleen als vaststaat dat het voordeel niet alleen afkomstig is uit de belaste periode, maar zelfs uit de periode voordat belastingplichtige het belang heeft verworven.

Als dat het geval is, moet het worden afgeboekt van de kostprijs en is artikel 28c lid 3 niet van toepassing.

Tweede volzin

Als het voordeel niet in de heffing kan worden betrokken, worden de journaalposten weer teruggedraaid en resulteert het volgende beeld:

Deelneming	130	EV	110
Liquide middelen	10	CR	30

²⁴ Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 33 713, C, pagina 7, en nogmaals verduidelijkt in de Nadere Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 33 713, E, pagina 4.

O feigenlijk

Deelneming	130	EV	140
Liquide middelen	10		

Dus alleen de journaalpost

Liquide middelen 10

Aan EV (winstreserve) 10

Waarbij die winst dan vanwege de deelnemingsvrijstelling niet in de heffing wordt betrokken.

In de vermogensvergelijking dus

EV	140
-/- BV	130
Vermogensmutatie	10
+ afboeking BCR	10
-/- toevoeging BCR	-/- 10
-/- deelnemingsvrijstelling	-/- 10
Winst	0

5.4.3 Uitwerking OCR

Ook hier geldt als uitgangspunt de balans uit paragraaf 5.3.2:

Deelneming	130	EV	130
------------	-----	----	-----

Er wordt een dividend uitgekeerd van 10, dat afkomstig is uit de onbelaste periode.

De volgende journaalpost wordt gemaakt:

Liquide middelen 10

Aan Deelneming 10

Daarnaast wordt extracomptabel een bedrag van 10 van de OCR afgeboekt, zodat deze nu 20 bedraagt.

De volgende balans resulteert:

Deelneming	120	EV	130
Liquide middelen	10		

De wettekst bepaalt uitdrukkelijk dat sprake is van een voordeel, zij het dat dit voordeel via de deelnemingsvrijstelling uit de fiscale winst wordt geëlimineerd. De OCR neemt immers af zonder toevoeging aan de fiscale winst.

In de vermogensvergelijking is dus geen sprake van een vermogensmutatie – zie de eerste journaalpost – maar letter b van lid 3 bepaalt dat de OCR (extracomptabel) wordt verminderd met 10.

De vermogensvergelijking ziet er dus simpelweg als volgt uit:

Eindvermogen	130
-/- Beginvermogen	130
Vermogensmutatie/fiscale winst	0

Ook hier kan zich de in paragraaf 5.4.2 gesignaleerde situatie voordoen (voordeel 40 terwijl de OCR 30 bedraagt en niettemin vaststaat dat het voordeel afkomstig is uit de periode voorafgaand aan de sferoovergang). In dit geval zal het meerdere (10) dus in de heffing moeten worden betrokken omdat het is ontvangen in de periode dat de deelnemingsvrijstelling niet meer van toepassing was.

Door nu met een CR te werken, kan dus de uitwerking in een concreet geval toch anders zijn dan met compartimenteren zonder wettelijke regeling. In dat laatste geval zou de 10 ook onder de deelnemingsvrijstelling zijn gevallen.

5.5 Artikel 28c lid 4

5.5.1 Algemeen

"4. Op het tijdstip waarop het belang in het lichaam, bedoeld in het eerste lid, geheel of voor een deel niet meer tot het vermogen van de belastingplichtige behoort, wordt, na een sfeerovergang als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, de belaste compartimenteringsreserve geheel of voor het deel dat betrekking heeft op dat deel van dat belang toegevoegd aan de winst en wordt, na een sfeerovergang als bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, de onbelaste compartimenteringsreserve geheel of voor het deel dat betrekking heeft op dat deel van dat belang verminderd zonder dat dit tot een toevoeging aan de winst leidt.

De eerste volzin vindt mede toepassing bij:

- a. de overgang van vermogen onder algemene titel in het kader van een fusie of een splitsing van het lichaam waarin de belastingplichtige een belang heeft waarop de compartimenteringsreserve betrekking heeft, de inbreng van aandelen in dat lichaam tegen uitreiking van aandelen dan wel een aandelenruil;*
- b. een fusie of splitsing waarbij de belastingplichtige ophoudt te bestaan, dan wel de ontbinding van de belastingplichtige en vereffening van het vermogen van de belastingplichtige, of*
- c. het aangaan van een fiscale eenheid tussen de belastingplichtige en het lichaam waarop de compartimenteringsreserve betrekking heeft.*

Ingeval onderdeel a van toepassing is, kan de toevoeging van een belaste compartimenteringsreserve aan de winst achtenwege blijven voor zover het bij de fusie, splitsing, inbreng of aandelenruil verkregen belang in de plaats treedt van het belang waarop die fusie, splitsing, inbreng of aandelenruil betrekking heeft.

Na toepassing van de derde volzin valt de belaste compartimenteringsreserve mede geheel of naar evenredigheid vrij op het tijdstip waarop het belang waarop die fusie, splitsing, inbreng of aandelenruil betrekking had, dan wel het belang in de verkrijgende rechtspersoon ingeval het lichaam, bedoeld in het eerste lid, in het kader van de fusie of splitsing is opgehouden te bestaan, geheel of voor een deel, niet meer middellijk of onmiddellijk behoort tot het vermogen van de belastingplichtige."

Het vierde lid stelt vast wanneer de CR geheel of gedeeltelijk verdwijnt, namelijk op het moment dat het belang geheel of gedeeltelijk niet meer tot het vermogen van de belastingplichtige behoort. Hiervan is in ieder geval sprake als het belang wordt verkocht. In dat geval wordt een BCR aan de winst toegevoegd – een belaste vrijval dus – en een OCR geheel verminderd, zonder dat dit tot een toevoeging aan de winst leidt – een onbelaste vrijval dus (eerste volzin).

Voorbeelden

Het belang uit het voorbeeld in paragraaf 5.3 dat een boekwaarde had van 100 en een WEV van 130 op moment van sfeerovergang, wordt op enig moment verkocht voor 150.

- Er is een BCR gevormd van 30 en de deelneming staat op de balans voor een boekwaarde van 130. De boekwinst bedraagt dus 20. Daarnaast heeft de fiscus nog een claim op de BCR van 30. Gevolg: De BCR van 30 valt belast vrij, de 20 boekwinst wordt onder de deelnemingsvrijstelling genoten.
- Er is een OCR gevormd van 30. Ook in dit geval staat de deelneming op de balans met een boekwaarde van 130 en is er een boekwinst van 20. Gevolg is nu dat de 20 wordt belast (immers genoten in de belaste periode) en de OCR onbelast vrijvalt. Hierop had de belastingplichtige immers nog recht.
- In het voorbeeld dat de deelneming voor 100 op de balans stond maar op moment van sfeerovergang 70 waard was, is er een negatieve OCR gevormd van 30. De boekwaarde van de deelneming is 70 zodat belastingplichtige een boekwinst van 80 maakt welke geheel belast is. Dit is terecht want de boekwinst is immers ontstaan in de belaste periode. De negatieve OCR "valt" onbelast vrij, met andere woorden dit verlies is niet aftrekbaar.

Stel nu dat het belang wordt verkocht voor 90. Gevolgen:

- Ingeval de boekwaarde op moment van sfeerovergang 100 was en de WEV 130 is er een BCR gevormd van 30. Het boekverlies bedraagt nu 40 hetgeen niet aftrekbaar is. De BCR van 30 valt belast vrij want dat was de claim die de fiscus nog had.

- Ingeval bij een boekwaarde van 100 en een WEV van 130 er een OCR is gevormd van 30 is eveneens sprake van een boekverlies van 40, maar nu is dat aftrekbaar. De positieve OCR van 30 valt onbelast vrij.
- Indien op het moment van sfeerovergang van onbelast naar belast de boekwaarde 100 bedroeg en de WEV 70, is er een negatieve OCR gevormd van 30. Bij verkoop voor 90 is er een boekwinst van 20 die is belast. De negatieve OCR "valt" onbelast vrij, met andere woorden de vrijval is niet aftrekbaar.

Als het belang "voor een deel" uit het vermogen van de belastingplichtige verdwijnt, zegt het vierde lid dat dan de vrijval van de CR plaatsvindt "voor het deel dat betrekking heeft op dat deel van dat belang". De CR zal dus pro rata moeten worden afgewikkeld; als de helft van het belang wordt verkocht, zal de CR voor de helft vrijvallen.

Stel nu dat na de sfeerovergang en de vorming van een BCR opnieuw aandelen worden bijgekocht. Vervolgens wordt een deel van het totale belang vervreemd. Hoe wordt nu bepaald welk deel wordt vervreemd? Als dat immers aandelen zijn, die zijn aangekocht na de vorming van de BCR, is op de hele boekwinst de deelnemingsvrijstelling van toepassing zonder dat er invloed is op de BCR. Dat is anders als ook aandelen zijn vervreemd waarop de BCR ziet.

Nu zal dit probleem zich bij een BV niet zo gauw voordoen omdat de aandelen zijn genummerd en geregistreerd in het aandelenregister van de BV; ook bij een verkoop wordt precies vermeld welke aandelen zijn verkocht. Maar hoe te handelen bij de toonderaandelen van een NV? In de literatuur wordt wel verdedigd dat in dat geval de belastingplichtige zelf kan bepalen welke aandelen er zijn verkocht²⁵. Of dit juist is, zal de praktijk moeten uitwijzen. De wettekst en wetsgeschiedenis bieden geen oplossing voor dit probleem.

Daarnaast zou als gevolg van de vervreemding van een deel van het belang wederom een sfeerovergang van onbelast naar belast kunnen plaatsvinden, als het belang door de vervreemding onder de 5% zakt. Moet dan naast het restant van de reeds bestaande BCR een nieuwe OCR worden gevormd? Deze vragen komen in de literatuur naar voren²⁶ maar zijn door de wetgever niet van een passend antwoord voorzien. In zijn algemeenheid geldt dat zich volgorde in de tijd meerdere sfeerovergangen kunnen voordoen, waarbij dan inderdaad de mogelijkheid bestaat dat meerdere CR'en worden gevormd en afgewikkeld. Dat zal dus ook in deze situatie kunnen gebeuren. In Hoofdstuk 8 over de "Losse eindjes" (paragraaf 8.1) wordt deze situatie verder uitgewerkt.

De meest voorkomende wijze van niet meer tot het vermogen behoren, is uiteraard een vervreemding van het belang. De tweede volzin van het vierde lid bepaalt wat mede moet worden verstaan onder het geheel of gedeeltelijk niet meer tot het vermogen behoren:

- Een overgang van vermogen onder algemene titel in het kader van een juridische fusie of juridische splitsing, een aandelenfusie of een aandelenruil van het lichaam waarin het belang wordt gehouden waarop de CR ziet (letter a);
- Een juridische fusie of splitsing waarbij de belastingplichtige verdwijnt (ophoudt te bestaan) en waarbij het vermogen van belastingplichtige onder algemene titel overgaat, en de liquidatie van belastingplichtige (vereffening en ontbinding van het vermogen van de belastingplichtige) (letter b), en
- Het aangaan van een fiscale eenheid tussen belastingplichtige en het lichaam waarin het belang wordt gehouden waarop de CR ziet (letter c).

5.5.2 Letter a: Juridische fusie, splitsing, aandelenfusie of aandelenruil van het "CR-lichaam"

Ook in deze gevallen verdwijnt het belang waarop de CR ziet – geheel of gedeeltelijk – uit het vermogen van de belastingplichtige. Het bijzondere in deze gevallen is evenwel dat er iets anders, een ander aandelenbelang, voor in de plaats komt, of een ander aandelenbelang bijkomt, dat (een deel van) de waarde van het oorspronkelijke aandelenbelang belichaamt.

In letter a wordt gesproken van een juridische fusie of juridische splitsing; het gaat daarbij om een fusie of splitsing waarbij het lichaam waarop de CR betrekking heeft verdwijnt.

²⁵ Zie bijvoorbeeld W.R. Kooiman en M.H.C. Ruijschop, Compartimenteren met reserve, TFO 2014/132.3.

²⁶ Zie bijvoorbeeld L.G.C. Sahin en W.C.M. Martens, De compartimenteringsreserve, MBB 2014/01.

In geval van een juridische fusie gaat het lichaam op in een andere, verkrijgende vennootschap en verkrijgt de belastingplichtige aandelen in die verkrijgende vennootschap in de plaats van de aandelen in het lichaam waarop de CR betrekking heeft.

Bij een zuivere juridische splitsing verdwijnt het lichaam waarop de CR betrekking heeft eveneens, maar verkrijgt de belastingplichtige in plaats daarvan aandelen in de vennootschappen waarin het lichaam is gesplitst.

Bij een juridische afsplitsing tenslotte verdwijnt het lichaam waarop de CR betrekking heeft, niet. De belastingplichtige houdt de aandelen in het lichaam waarop de CR betrekking heeft, maar hij krijgt er daarnaast aandelen bij in het lichaam waarin een deel van het vermogen van het lichaam waarop de CR betrekking heeft, is afgesplitst. Het is de vraag of gesteld zou kunnen worden dat het belang in het lichaam waarop de CR betrekking heeft, voor een deel niet meer tot het vermogen van de belastingplichtige behoort. De wettekst is echter duidelijk: een afsplitsing valt onder letter a.

Ook is een afsplitsing mogelijk waarbij de afsplitsende vennootschap de aandelen verkrijgt van de vennootschap(pen) waarin een deel van haar vermogen is afgesplitst. Naar de letter van de wet valt deze afsplitsing ook onder letter a. Naar onze mening kan dit echter niet zijn bedoeld omdat het aandelenbelang waarop de CR ziet, niet uit het vermogen van de belastingplichtige verdwijnt, ook niet voor een deel. Bij een moeder-dochter-afplitsing bestaat dus geen aanleiding voor een afrekening op de voet van lid 4. In de Nota naar aanleiding van het Verslag²⁷ is bevestigd dat bij deze zogenoemde "uitzaksplitsing" de BCR niet vrijvalt.

Letter a noemt vervolgens de "inbreng van aandelen in dat lichaam tegen uitreiking van aandelen". Bedoeld wordt de inbreng van de aandelen van het lichaam waarop de CR betrekking heeft in een andere vennootschap zodat een middellijk houderschap ontstaat. Weliswaar is de tekst ruimer maar in de praktijk zal het vaak een aandelenfusie ex artikel 3.55 Wet IB zijn.

Hoewel de tekst van letter a daarop ook zou kunnen duiden, wordt niet bedoeld de inbreng van aandelen van een andere vennootschap in het lichaam waarop de CR betrekking heeft. In dat geval blijven de aandelen in het lichaam waarop de CR betrekking heeft, gewoon (rechtstreeks) tot het vermogen van de belastingplichtige behoren. En dan bestaat er ook geen aanleiding voor een afrekening op dat moment.

Met "aandelenruil" wordt bedoeld het vervreemden van de aandelen van het lichaam waarop de CR betrekking heeft, tegen een koopprijs, die bestaat uit aandelen van een andere vennootschap. In de literatuur wordt wel gesteld dat de wetgever in relatie tot de aandelenruil hierbij de ruilaren met betrekking tot effecten op het oog heeft gehad²⁸.

In de gevallen waarop letter a ziet, luidt de hoofdregel voor belastingplichtigen die een belang hebben in een lichaam dat bij een fusie of splitsing is betrokken, dat belastingplichtigen geacht worden hun aandelen in dat lichaam te hebben vervreemd. Zie de artikelen 3.55 tot en met 3.57 Wet IB voor respectievelijk de aandelenfusie, de juridische splitsing en de juridische fusie. Deze artikelen hebben op grond van de schakelbepaling van artikel 8 Wet Vpb ook gelding voor de vennootschapsbelasting. Indien echter sprake is van een gefacileerde fusie of splitsing biedt de wet de mogelijkheid van een fiscale in de plaats treding door de verkregen aandelen. Om de fiscale claim op de stille en fiscale reserves op de verdwenen aandelen te behouden schuift deze in die gevallen door naar de verkregen aandelen doordat de boekwaarde van de verdwenen aandelen overgaat op de verkregen aandelen. De fiscale in de plaats treding van de aandelen is voor de vennootschapsbelasting geregeld in de artikelen 13i, 13j en 13k Wet Vpb.

Als gevolg van de vervreemdingsfictie zou over de BCR moeten worden afgerekend als het lichaam waarop de BCR betrekking heeft, bijvoorbeeld zou verdwijnen middels een juridische fusie. Dit zou reorganisaties kunnen bemoeilijken hetgeen natuurlijk niet de bedoeling kan zijn en bovendien in strijd zou zijn met Europese regelgeving. Naar analogie met de artikelen 13i, 13j en 13k is daarom in de derde volzin van lid 4 uitdrukkelijk een in de plaats treding geregeld.

In het geval van letter a, aldus de derde volzin van lid 4, kan de vrijval van de BCR achterwege blijven voorzover het bij de fusie, splitsing, aandelenruil of inbreng verkregen belang in de plaats treedt van het belang waarop de fusie, splitsing, aandelenruil of inbreng betrekking heeft.

²⁷ Kamerstukken 2013/2014, 33 713, nr. 6, blz. 9

²⁸ Zie bijvoorbeeld L.P. Cats en B. Suvaal, Creatief met compartimenteren, WFR 2014/180 § 3.3

Nu de OCR geen fiscale reserve is maar extracomptabel wordt bijgehouden, hoefde dit alleen voor de BCR te worden geregeld.

Voorbeelden

Juridische fusie

BV X heeft een BCR terzake van haar aandelenbelang in BVD. BVD draagt in het kader van een juridische fusie met BV B haar gehele vermogen onder algemene titel over aan BV B, waarbij BVD ophoudt te bestaan. In het vermogen van BV X treden de aandelen in BV B in de plaats van de aandelen BVD. De BCR terzake van BVD hoeft nu niet vrij te vallen, maar blijft bestaan en heeft vanaf de fusie betrekking op de aandelen in BV B.

Juridische splitsing

BV X heeft een BCR terzake van haar aandelenbelang in BVD. BVD draagt in het kader van een juridische splitsing haar gehele vermogen onder algemene titel over aan de twee vennootschappen waarin zij wordt gesplitst: BV B en BV C, waarbij BVD ophoudt te bestaan. BV B verkrijgt hierbij 70% van het vermogen van BVD, BV C de andere 30%. In het vermogen van BV X treden de aandelen in BV B en BV C tezamen in de plaats van de aandelen BVD. De BCR terzake van BVD hoeft ook nu niet vrij te vallen, maar blijft bestaan en heeft vanaf de splitsing betrekking op de aandelen in BV B en BV C en wel voor 70% op BV B en voor 30% op BV C.

Juridische afsplitsing

BV X heeft een BCR terzake van haar aandelenbelang in BVD. BVD draagt in het kader van een juridische afsplitsing 40% van haar vermogen onder algemene titel over aan BV B, waarbij BVD blijft bestaan. In het vermogen van BV X treden de aandelen in BV B voor 40% in de plaats van de aandelen BVD; de aandelen BVD belichamen nu de resterende 60% van het vermogen van die BV voorafgaand aan de afsplitsing.

De BCR terzake van BVD hoeft nu niet voor 40% vrij te vallen, maar blijft bestaan en heeft vanaf de afsplitsing enerzijds nog steeds voor 60% betrekking op de aandelen BVD, maar daarnaast ook voor 40% op de aandelen in BV B. De wetgever heeft immers aangegeven dat de BCR ten tijde van de afsplitsing naar evenredigheid van de WEV moet worden verdeeld over het belang in de afsplitsende en de verkrijgende vennootschap²⁹.

Indien niet belastingplichtige, maar BVD zelf aandelen in BV B verkrijgt bij de afsplitsing, blijft de BCR voor 100% op BVD betrekking hebben; zoals hiervoor gezegd, bestaat in een dergelijk geval geen aanleiding voor een vrijval van de BCR, hetgeen is bevestigd in de parlementaire behandeling.

Aandelenfusie/aandelenruil

BV X heeft een BCR terzake van haar aandelenbelang in BVD. De aandelen in BVD worden bij een aandelenfusie overgedragen aan BV B tegen uitreiking van aandelen in BV B aan BV X. De aandelen in BV B treden hierbij in de plaats van de aandelen BVD.

De derde volzin heeft in deze situatie tot gevolg dat de BCR bij BV X gaat gelden voor de aandelen in BV B, echter alleen voorzover BV X uit de aandelen BV B voordelen geniet die betrekking hebben op de aandelen BVD. Indien BV X dus nadien een dividend van BV B ontvangt, dat afkomstig is van BVD en toerekenbaar aan de belaste periode van BVD, zal een belaste afboeking van de BCR plaatsvinden. Als BV X het belang in BV B vervreemdt, zal de BCR belast vrijvallen.

De wetgever meent dat het in dit laatste geval ook bij de strekking van de BCR past om de BCR te laten vrijvallen in het geval dat BV B de aandelen in BVD vervreemdt. Tot dat moment behoorden de aandelen in BVD immers nog middellijk tot het vermogen van BV X, maar na de vervreemding van de aandelen BVD door BV B is dat ook niet meer het geval. Om dit te regelen is de derde volzin van lid 4 niet voldoende.

De wetgever heeft dan ook nog een vierde volzin aan lid 4 toegevoegd. Indien de derde volzin toepassing heeft gevonden valt de BCR vrij niet alleen als BV X de aandelen in BV B vervreemdt, maar ook als BV B de aandelen in BVD vervreemdt.

Let wel: een dividenduitkering door BVD aan BV B heeft geen gevolgen voor de BCR bij BV X. Een dividenduitdeling wordt immers bestreken door lid 3 en daarin is een dergelijke bepaling niet opgenomen.

²⁹ Nota naar aanleiding van het nader verslag, Kamerstukken 2013/2014, 33 713, nr. 9, blz. 7.

In de literatuur is gesignaleerd dat de vierde volzin van lid 4 ertoe kan leiden dat de gekozen vorm van een interne reorganisatie tot verschillende uitkomsten kan leiden terwijl de bereikte eindsituatie dezelfde is³⁰. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld.

Ingeval BVD uit de voorbeelden hierboven “wegfuseert” in een andere vennootschap, BV B, die aandelen uitreikt aan de belastingplichtige BV X, kan een beroep worden gedaan op de doorschuifmogelijkheid van de derde volzin. Dan wordt de BCR doorgeschoven naar de aandelen in BV B die in het kader van de fusie worden verkregen.

Wanneer echter voorafgaand aan de fusie van BVD in BV B, de aandelen in BVD eerst tegen uitreiking van aandelen zijn ingebracht in BV B, zou op basis van de letterlijke tekst van de vierde volzin kunnen worden betoogd dat de BCR niet meer kan worden doorgeschoven bij het wegfuseren van BVD in BV B. Na deze aandelenfusie behoort het belang in BVD middellijk tot het vermogen van BV X en na het wegfuseren van BVD behoort er helemaal geen belang in BVD meer middellijk of onmiddellijk tot het vermogen van BV X.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer³¹ heeft de wetgever opgemerkt dat die uitwerking niet bij de strekking van de vierde volzin past en ook niet wenselijk is. Uiteindelijk resteert in beide gevallen immers dezelfde situatie, namelijk de belastingplichtige die alleen nog een belang houdt in BV B (waarin ook het vermogen van BVD onder algemene titel is opgegaan). Daarom bevestigt de wetgever dat in de geschetste situatie bij het wegfuseren van BVD in BV B, nadat daaraan voorafgaand de aandelen in BVD tegen uitreiking van aandelen zijn ingebracht in BV B, toepassing van de vierde volzin achterwege blijft aangezien de BCR als gevolg van de voorafgaande aandelenfusie al is doorgeschoven naar de aandelen in BV B en het vermogen van BVD via het belang van de belastingplichtige in BV B nog middellijk blijft behoren tot het vermogen van de belastingplichtige.

Vergelijkbaar met het hiervoor genoemde voorbeeld is een scala aan situaties denkbaar waarin lid 4 tot problemen of vragen aanleiding kan geven. In voorkomende gevallen verzoeken wij de casusposities voor te leggen aan de kenniscgroep. Niet onbelangrijk is ook in hoeverre de belastingdienst zicht kan blijven houden op alle betrokken vennootschappen nadat zich een splitsing of een aandelenruil heeft voorgedaan, met name als niet alle betrokken vennootschappen tot hetzelfde dossier behoren.

5.5.3 Letter b: Juridische fusie, juridische splitsing en liquidatie van belastingplichtige

Als belastingplichtige zelf verdwijnt bij een juridische fusie of splitsing, of wordt geliquideerd, houdt hij op te bestaan en is er eveneens aanleiding de CR in zijn geheel af te wikkelen. De Wet Vpb bepaalt immers in de artikelen 14a en 14b dat belastingplichtige geacht wordt zijn vermogensbestanddelen te hebben vervreemd. Dat geldt dus ook voor de deelneming waarop de CR betrekking heeft. De vervreemding van die deelneming heeft tot gevolg dat de deelneming niet meer tot het vermogen van belastingplichtige behoort met als gevolg vrijval van de CR.

In geval van een fusie of splitsing geldt echter ook weer dat de wet de mogelijkheid biedt om de fiscale afrekening over stille en fiscale reserves uit te stellen en door te schuiven naar de verkrijgende vennootschap. Hier gaat het dus om het vermogen van de belastingplichtige. In geval van een fusie of splitsing treedt de verkrijger in de plaats van de verdwijner/splitser en als de verdwijner/splitser een fiscale claim zoals een BCR heeft, gaat die onder algemene titel mee over op de verkrijger. Dat volgt in deze gevallen uit de artikelen 14a lid 2 en 14b lid 2 Wet Vpb, maar geldt eveneens bij een fusie of (af)splitsing met voorwaarden als bedoeld in de artikelen 14a lid 3 en 14b lid 3 Wet Vpb.

Voor de duidelijkheid nog even een opmerking over het verschil in verwerking tussen letter a en letter b. In de gevallen, genoemd in letter a, blijft de BCR bestaan maar heeft die na de fusie of splitsing betrekking op het aandelenbelang dat in de plaats treedt van het belang in het CR-lichaam. In de gevallen van letter b gaat de BCR zelf over op een andere vennootschap, de verkrijgende vennootschap bij de fusie of splitsing, maar blijft hij betrekking houden op hetzelfde aandelenbelang.

³⁰ L.P. Cats en B. Suvaal in WFR 2014/846 § 3.2.3

³¹ Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 33 713, C, pagina 6

5.5.4 Letter c: Voeging in fiscale eenheid

Op het moment van aangaan van een fiscale eenheid tussen de belastingplichtige en het lichaam waarop de CR betrekking heeft, verdwijnt vanuit fiscale optiek eveneens het belang in dat lichaam uit het vermogen van de belastingplichtige. Door de voeging in de fiscale eenheid wordt immers belasting geheven alsof er één belastingplichtige is. Hoewel de belastingplichtige de aandelen in het lichaam nog steeds bezit, verbreekt in fiscaal opzicht dus de deelnemingsrelatie en daarmee de mogelijkheid de CR langs de lijnen van het derde lid te kunnen afwikkelen. Om die reden valt de CR bij het aangaan van een fiscale eenheid met het lichaam waarop de CR betrekking heeft, eveneens vrij.

In de oorspronkelijke bewoordingen zag letter c ook op de situatie dat de belastingplichtige als dochter in een fiscale eenheid wordt gevoegd. Dat is echter minder logisch; in dat geval gaat de CR namelijk over op de fiscale eenheid waarvan belastingplichtige deel uitmaakt. Daarom valt die situatie niet (meer) onder het vierde lid.

5.6 Artikel 28 c lid 5

“5. In afwijking van het vierde lid wordt bij ontbinding van een lichaam als bedoeld in het eerste lid, op het tijdstip direct voorafgaande aan het tijdstip waarop de vereffening van dat lichaam is voltooid:

1°. na een sfeerovergang als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, de belaste compartimenteringsreserve voor het deel dat betrekking heeft op dat lichaam toegevoegd aan de winst, en wordt het voor de aandelen in dat lichaam opgeofferde bedrag, bedoeld in artikel 13d, tweede lid, vermeerderd met het bedrag dat aan de winst wordt toegevoegd, en

2°. na een sfeerovergang als bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, de onbelaste compartimenteringsreserve met het deel dat betrekking heeft op dat lichaam verminderd.”

Artikel 28c lid 5 regelt de afwikkeling van de CR in het geval het lichaam waarin het aandelenbelang wordt gehouden waarop de CR betrekking heeft, wordt geliquideerd.

Ook in dat geval wordt – net als onder lid 4 – een BCR aan de winst toegevoegd – een belaste vrijval dus (aanheden ten 1°) – en een OCR geheel verminderd, zonder dat dit tot een toevoeging aan de winst leidt – een onbelaste vrijval dus (aanheden ten 2°). Dat gebeurt op het tijdstip direct voorafgaand aan het tijdstip waarop de vereffening is voltooid.

Voor de BCR bepaalt lid 5, aanhef en ten 1° evenwel ook nog dat het opgeofferde bedrag voor het aandelenbelang wordt verhoogd met het bedrag dat aan de winst wordt toegevoegd. Deze systematiek is in lijn met hetgeen tijdens de parlementaire behandeling bij Werken aan winst is opgemerkt inzake compartimenteren en een liquidatieverlies. Ook daar werd bij een sfeerovergang van belast naar onbelast het opgeofferde bedrag vastgesteld op de waarde in het economische verkeer ten tijde van de sfeerovergang, onder de voorwaarden dat die waardemutatie wel in de heffing was betrokken.³² De reden daarvoor is dat op deze manier zeker wordt gesteld dat het liquidatieverlies op het aandelenbelang niet verloren gaat.

Een voorbeeld kan dat verduidelijken.

Voorbeeld

Stel weer de balans uit paragraaf 5.3.2:

Deelneming	130	EV	100
		BCR	30

De oorspronkelijke kostprijs van het aandelenbelang, en het opgeofferde bedrag, is dus 100. Door de toepassing van artikel 28c lid 2 is de BCR van 30 ontstaan maar is ook de boekwaarde van het aandelenbelang verhoogd met 30. Het aandelenbelang wordt geliquideerd en de liquidatie-uitkering bedraagt 110. In de vrijgestelde periode is er dus een verlies geleden van 20 dat echter wel atrekbaar behoort te zijn omdat sprake is van een liquidatieverlies. Het opgeofferde bedrag zou echter, zonder nadere bepaling, nog steeds 100 bedragen en leiden tot een liquidatiewinst. Door in de wet vast te leggen dat het opgeofferde bedrag wordt verhoogd met de belaste vrijval, bedraagt het liquidatieverlies, terecht, 20.

³² Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr 3 blz. 66/67

Per saldo is in het jaar van afwikkeling een belaste bate van 10 gerealiseerd: de belaste vrijval van de BCR ad 30, verminderd met het aftrekbaar liquidatieverlies van 20. En die belaste bate van 10 belichaamt precies de waardestijging van het belang ten opzichte van de oorspronkelijke kostprijs, afkomstig uit de – belaste – periode voorafgaand aan de sfeerovergang.

Deze verhoging van het opgeofferde bedrag is in de wettekst niet opgenomen voor de OCR. Een dergelijke bepaling is niet nodig. Als een aandelenbelang wordt geliquideerd in de periode dat de deelnemingsvrijstelling niet geldt, speelt het opgeofferde bedrag geen rol meer.

In het hierboven vermelde voorbeeld is, afgezet tegen de oorspronkelijke kostprijs van het aandelenbelang, sprake van een liquidatiewinst. In het voorbeeld over de BCR is deze belast omdat ze afkomstig is uit de belaste periode voor de sfeerovergang (op het moment van de sfeerovergang was de deelneming immers 130 waard). Dat is bewerkstelligd door de verhoging van het opgeofferde bedrag met het bedrag van de aan de winst toegevoegde BCR.

In geval van een sfeerovergang van onbelast naar belast – is een OCR gevormd van 30 en wordt de boekwaarde verhoogd naar 130. Er begint dan een belaste periode voor het aandelenbelang waarin een afwaardering dus aftrekbaar is. Ingeval van een liquidatie uitkering van 110 is dus 20 aftrekbaar en valt de OCR van 30 onbelast vrij.

5.7 Artikel 28c lid 6

“6. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld voor het geval waarin de belastingplichtige een belang heeft in een lichaam waarop artikel 13aa:

a. op enig moment van toepassing wordt terwijl dat artikel tot dat moment niet van toepassing was op dit belang of een gedeelte daarvan, of

b. op enig moment niet meer van toepassing is terwijl dat artikel tot dat moment wel van toepassing was op dit belang of een gedeelte daarvan.”

Het zesde lid van artikel 28c ziet op gevallen waarin geen sprake is van een sfeerovergang van belast naar onbelast of omgekeerd, maar van een sfeerovergang van een beleggingsdeelneming waarvoor de deelnemingsverrekening van de artikelen 13aa en 23c Wet Vpb geldt (een “verrekeningsdeelneming”) naar een situatie waarin de artikelen 13aa en 23c niet van toepassing zijn (letter b) en omgekeerd (letter a). Naar de letterlijke tekst gaat het dan dus zowel om een sfeerovergang van een verrekeningsdeelneming naar de onbelaste sfeer (deelnemingsvrijstelling) (en omgekeerd) als een sfeerovergang van verrekeningsdeelneming naar de belaste sfeer (en omgekeerd). Feitelijk ziet het zesde lid echter alleen op die laatste sfeerovergangen; een sfeerovergang tussen verrekeningsdeelneming en de onbelaste sfeer zal immers al onder het eerste lid vallen. Niettemin vermeldt de Memorie van Toelichting dat lid 6 ook op die sfeerovergangen ziet³³, hetgeen enigszins verwarrend is.

Het lid bepaalt dat bij AMvB nadere regels zullen worden gesteld voor compartimentering.

In de Memorie van Toelichting bij artikel 28c wordt gesteld dat deze sfeerovergangen maar zelden zullen voorkomen. Dit zal juist zijn als het een sfeerovergang betreft van verrekeningsdeelneming naar belast en omgekeerd waar het zesde lid feitelijk op ziet. De wetgever geeft vervolgens aan dat een verrekeningsdeelneming in beginsel op dezelfde manier wordt behandeld als een deelneming waarop de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is. Vindt de sfeerovergang plaats van verrekeningsdeelneming naar vrijgestelde deelneming, dan wordt een BCR gevormd, en bij een sfeerovergang van vrijgestelde deelneming naar verrekeningsdeelneming een OCR, aldus de Memorie van Toelichting. Deze passage lijkt echter weer situaties te betreffen die onder het eerste lid vallen.

De in lid 6 genoemde AMvB is nog niet verschenen. De wetgever heeft aangegeven dat deze pas zal verschijnen nadat door de Belastingdienst naar aanleiding van de zich voordoende casuïstiek beleid is ontwikkeld. Daarom ook hier het verzoek om voorkomende gevallen te melden aan de kennisgroep.

³³ Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2012–2013, 33 713, nr. 3, pagina's 8 en 9.

6. Overgangsrecht artikel 34c Vpb

6.1 Terugwerkende kracht

In de Wet Compartimenteringsreserve is in artikel II een formele terugwerkende kracht opgenomen tot 14 juni 2013, de datum van het arrest BNB 2013/177 uit Hoofdstuk 4, om zodoende anticiperend gedrag van belastingplichtigen te voorkomen na dat arrest.

Artikel 28c van de wet heeft evenwel materieel een veel verder werkende terugwerkende kracht. Indien zich namelijk vóór 14 juni 2013 al een sfeerovergang heeft voltrokken, zal de belastingplichtige evengoed alsnog een CR moeten vormen. Deze overgangsmaatregel is opgenomen in artikel 34c Wet Vpb.

Op de materieel terugwerkende kracht is veel kritiek geuit; het zou een onbeperkte terugwerkende kracht geven aan de wet omdat alle sfeerovergangen in het verleden nog nopen tot het vormen van een CR, als tenminste de belangen er nog zijn. De wetgever heeft dit tijdens de parlementaire behandeling gerelativeerd door erop de te wijzen dat de nieuwigheid van de wet in velen alleen zit in de regelcompartimentering, en dat dit met name zal voorkomen als gevolg van Werken aan winst, de wetswijziging in 2007, en die daarna in 2010. Bovendien, aldus de wetgever, kent de praktijk het leerstuk van compartimentering al sinds 1986, zodat er niet iets geheel nieuws wordt geïntroduceerd.

Niettemin is ook tijdens de behandeling in de Eerste Kamer herhaalde malen gevraagd om de materieel terugwerkende kracht te beperken tot de periode vanaf inwerkingtreding van de Wet werken aan winst, 1 januari 2007. Dit bleef echter op verzet stuiten bij de staatssecretaris. Uiteindelijk heeft de staatssecretaris in de Nota naar aanleiding van het verslag³⁴ toch nog een toezegging gedaan. Deze toezegging houdt in dat belastingplichtigen die voordeel hebben bij het arrest van 14 juni 2013, BNB 2013/177 zich op dat arrest kunnen beroepen voor zover sprake is van een realisatie van een belang en met betrekking tot dat belang de sfeerovergang als gevolg van een wetswijziging zich heeft voorgedaan vóór 1 januari 2007. Voor de realisatie van een belang waarvoor zich op of na 1 januari 2007 een sfeerovergang heeft voorgedaan als gevolg van een wetswijziging, geldt de compartimentering zoals in de Wet compartimenteringsreserve is aangegeven.³⁵

Uiteindelijk zal het in de praktijk erop neerkomen dat in vrijwel alle gevallen moet worden gecompartmenteerd. Ingeval van sfeerovergang als gevolg van een wijziging in de feiten moest er altijd al worden gecompartmenteerd en daar heeft dit wetsvoorstel niets aan veranderd.

Als er sprake is van een sfeerovergang als gevolg van de Wet werken aan winst of een latere wetswijziging en een realisatiemoment na 13 juni 2013 moet er eveneens worden gecompartmenteerd. Is er sfeerovergang als gevolg van een wetswijziging vóór 1 januari 2007 en ligt het realisatiemoment na 13 juni 2013, heeft belastingplichtige de keuze. Is het voordelig om niet te compartimenteren, kan er op grond van bovenstaande toezegging een beroep gedaan worden op het arrest.

Een speciale categorie vormen de belastingplichtigen waarbij een sfeerovergang als gevolg van een wetswijziging heeft plaatsgevonden maar bij wie het realisatiemoment vóór 14 juni 2013 ligt. Hieraan besteden we in hoofdstuk 7 aandacht.

6.2 Artikel 34c lid 1

"1. Indien de belastingplichtige een belang heeft in een lichaam waarop vóór 14 juni 2013 een sfeerovergang als bedoeld in artikel 28c heeft plaatsgevonden, wordt een in dat artikel bedoelde reserve gevormd op het tijdstip direct voorafgaande aan het moment waarop:

- a. de belastingplichtige na 13 juni 2013 voor het eerst een voordeel als bedoeld in artikel 28c, derde lid, verkrijgt;*
- b. het belang geheel of gedeeltelijk niet meer tot het vermogen van de belastingplichtige behoort als bedoeld in artikel 28c, vierde lid, of*

³⁴ EK 2014/2015, 33 713, nr. G

³⁵ De Staatssecretaris heeft daarbij nog opgemerkt dat de toezegging leidt tot een budgettaire derving van € 10 miljoen.

c. artikel 28c, vijfde lid, toepassing vindt."

Indien vóór 14 juni 2013 al een sfeerovergang heeft plaatsgevonden, moet de belastingplichtige dus ook een CR vormen, maar dat hoeft niet direct op 14 juni 2013 te gebeuren. Het eerste lid van artikel 34c bepaalt dat de vorming van een CR dan pas hoeft plaats te vinden op het eerste van de volgende drie momenten:

- het moment direct voorafgaand aan dat waarop de belastingplichtige na 13 juni 2013 voor het eerst een voordeel uit het belang verkrijgt en dus artikel 28c lid 3 van toepassing is (letter a);
- het moment direct voorafgaand aan dat waarop het belang geheel of gedeeltelijk niet meer tot het vermogen van belastingplichtige behoort als bedoeld in artikel 28c lid 4 (letter b); of
- het moment direct voorafgaand aan dat waarop het lichaam wordt geliquideerd en dus artikel 28c lid 5 van toepassing is (letter c).

In de gevallen van letter b en c zal de CR dus meteen daarna weer moeten worden afgewikkeld (behalve indien de CR wordt doorgeschoven).

6.3 Artikel 34c lid 2

"2. Bij toepassing van het eerste lid wordt:

a. een belaste compartimenteringsreserve als bedoeld artikel 28c, eerste lid, onderdeel a, gesteld op het bedrag, bedoeld in artikel 28c, tweede lid, waarbij die reserve wordt verminderd met voordelen die de belastingplichtige in de periode vanaf het tijdstip van de sfeerovergang, bedoeld in het eerste lid, tot 14 juni 2013 heeft genoten voor zover die voordelen daadwerkelijk in de heffing zijn betrokken;

b. een onbelaste compartimenteringsreserve als bedoeld in artikel 28c, eerste lid, onderdeel b, gesteld op het bedrag, bedoeld in artikel 28c, tweede lid, waarbij die reserve wordt verminderd met voordelen die de belastingplichtige in de periode vanaf het tijdstip van de sfeerovergang, bedoeld in het eerste lid, tot 14 juni 2013 heeft genoten voor zover die voordelen betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de sfeerovergang.

Op het tijdstip, bedoeld in het eerste lid, wordt de boekwaarde van het belang vermeerderd met het bedrag waarvoor de reserve wordt gevormd."

Het tweede lid van artikel 34c laat zien dat het de belastingplichtige niet bepaald gemakkelijk wordt gemaakt. Uitgangspunt is immers dat de CR wordt gevormd voor het bedrag genoemd in artikel 28c lid 2, hetgeen het verschil is tussen de WEV van het aandelenbelang op moment sfeerovergang en de boekwaarde op dat moment. Vervolgens wordt dat bedrag verminderd met de voordelen die de belastingplichtige vóór 14 juni 2013 al heeft gerealiseerd en die afkomstig zijn uit de periode voor de sfeerovergang. Voor de BCR is dat in letter a vermeld, voor de OCR in letter b.

En ook de boekwaarde van het aandelenbelang op het moment van de sfeerovergang moet worden vermeerderd (of verminderd) met het bedrag waarvoor de CR wordt gevormd, zo bepaalt de laatste volzin van lid 2. Dat is het bedrag van de CR inclusief de verminderingen uit de periode tussen de sfeerovergang en 14 juni 2013.

Let op: de vermindering van de BCR op grond van letter a vindt alleen plaats indien de voordelen in de periode tussen de sfeerovergang en 14 juni 2013 daadwerkelijk in de heffing zijn betrokken. Dat is een (logische) afwijking van het normale stelsel van het derde lid van artikel 28c.

Belastingplichtige moet in feite hetzelfde werk verrichten, maar dan op een later tijdstip, hetgeen de administratieve last verzwakt. De vraag rijst dan ook waarom hij niet gewoon per 14 juni 2013 een CR moet vormen. Naar verluidt heeft dat te maken met de inschatting van de wetgever dat het niet zo vaak zal voorkomen dat een voordeel wordt gerealiseerd dat afkomstig is uit oudere jaren. Bovendien was het de belastingplichtigen voorafgaand aan BNB 2013/177 al bekend dat moest worden gecompartmenteerd, omdat dit in de Besluiten en de wetsgeschiedenis was aangegeven.

Voorbeeld 1

In 2009 heeft belastingplichtige een aandelenbelang met een boekwaarde van 100, waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Als gevolg van de wijziging van artikel 13 Vpb in 2010 is vanaf 2010 de deelnemingsvrijstelling niet langer van toepassing. De waarde van het aandelenbelang op 1 januari 2010 is 110. In 2015 wordt een dividend van 6 uitgekeerd uit de winst van een jaar vóór 2010.

Op het tijdstip direct voorafgaande aan de uitkering van het dividend moet (extracomtabel) een OCR worden gevormd van 10. Tegelijk wordt de boekwaarde van het belang met 10 verhoogd. Op het tijdstip

van de uitkering van het dividend wordt de boekwaarde van het belang verminderd met 6 en wordt de OCR eveneens verminderd met 6 zonder toevoeging aan de winst.

Voorbeeld 2

Stel in 2006 wordt een aandelenbelang verkregen voor 100. In 2006 geldt de deelnemingsvrijstelling niet maar als gevolg van de Wet werken aan winst geldt vanaf 2007 de deelnemingsvrijstelling. Op 1 januari 2007 is de waarde van het aandelenbelang 110. Tot 2015 worden geen voordelen uit de deelneming ontvangen. In 2015 wordt de deelneming verkocht voor 180.

Op het tijdstip direct voorafgaande aan de verkoop van het aandelenbelang moet nu een BCR worden gevormd voor het verschil tussen de WEV en de boekwaarde op 1 januari 2007: 10. Tegelijk moet de boekwaarde van het aandelenbelang worden verhoogd met 10. Op het tijdstip van de verkoop wordt de BCR aan de winst toegevoegd; in 2015 wordt dus een belaste bate van 10 verantwoord. De vervreemdingswinst van $180 - 110 = 70$ is vrijgesteld.

Voorbeeld 3

Stel in 2006 wordt een aandelenbelang verkregen voor 100. In 2006 geldt de deelnemingsvrijstelling niet maar als gevolg van de Wet werken aan winst geldt vanaf 2007 de deelnemingsvrijstelling. Op 1 januari 2007 is de waarde van het aandelenbelang 110. In 2008 wordt een dividend van 6 uit de deelneming ontvangen, dat afkomstig is uit de winst over 2006. In 2015 wordt de deelneming verkocht voor 180.

Op het tijdstip direct voorafgaande aan de verkoop van het aandelenbelang moet nu een BCR worden gevormd voor het verschil tussen de WEV en de boekwaarde op 1 januari 2007 – 10 – verminderd met het dividend van 6, mits dat (op basis van de toen geldende visie op compartimenteren; zie Hoofdstuk 3) in 2008 in de heffing is betrokken. Tegelijk moet de boekwaarde van het aandelenbelang worden verhoogd met 4 ($10 - 6$). Op het tijdstip van de verkoop wordt de BCR aan de winst toegevoegd; in 2015 wordt dus een belaste bate van 4 verantwoord. De vervreemdingswinst van $180 - 104 = 76$ is vrijgesteld.

Indien het dividend van 6 in 2008 niet daadwerkelijk in de heffing zou zijn betrokken, zou de uitkomst gelijk zijn aan die in Voorbeeld 2.

7. Praktijkgevallen

Het laat zich aanzien dat zich in de praktijk problemen zullen voordoen, waarmee tijdens de behandeling van het wetsvoorstel geen rekening is gehouden. In het volgende hoofdstuk met de titel "losse eindjes" noemen we een aantal vragen die naar onze mening nog niet zijn beantwoord of waaraan tijdens het wetgevende proces geen aandacht is besteed. Op dit moment beperken de problemen zich tot vragen met betrekking tot deelnemingsvoordelen die in de periode voorafgaand aan het arrest BNB 2013/177 – en dus ook voorafgaand aan de inwerkingtreding van de artikelen 28c en 34c Wet Vpb – zijn ontvangen. Want hoe dient de behandeling daarvan te geschieden?

In dit hoofdstuk worden twee bestaande praktijkgevallen behandeld.

7.1 Nog niet geregelde aangiften

Ook op dit moment zullen er nog ongeregelde aangiften liggen over jaren voor 2013. Hoe nu te handelen wanneer in die oudere jaren voordelen uit een aandelenbelang zijn ontvangen? Voordelen dus, die zijn ontvangen vóór inwerkingtreding van artikel 28c, maar ook vóór de datum van het arrest BNB 2013/177.

Voorbeeld

Belastingplichtige heeft een oneigenlijke deelneming – een belang van minder dan 5%, dat volgens de wetgeving tot 2007 onder de deelnemingsvrijstelling valt indien het houden ervan in de lijn van de normale bedrijfsuitoefening ligt. Volgens het overgangsrecht bij Werken aan winst is op dit belang tot 2010 de deelnemingsvrijstelling van toepassing, en vanaf 2010 niet meer. In 2011 wordt een dividend van 100 ontvangen, waarvan 60 afkomstig is uit de winst van vóór 2010. De aangifte 2011 is op 14 juni 2013 nog niet geregeld.

Belastingplichtige zal zich nu uiteraard niet beroepen op BNB 2013/177, maar op de parlementaire geschiedenis rond Werken aan winsten en op de Besluiten waarin de staatssecretaris heeft laten weten dat regelcompartimentering moet worden toegepast, ook al is er geen geschreven overgangsrecht. Deze belastingplichtige zal van het dividend 60 onder de deelnemingsvrijstelling willen brengen. De Wet compartimenteringsreserve werkt formeel terug tot 14 juni 2013. In deze casus ligt het realisatiemoment echter vóór die datum waardoor de wet toepassing mist en daarmee ook het daarin opgenomen artikel 34c. Formeel moet de inspecteur zich beroepen op BNB 2013/177 en het gehele voordeel in de heffing betrekken. Belastingplichtige doet onder verwijzing naar de Besluiten een beroep op opgewekt vertrouwen.

Geadviseerd wordt voor deze gevallen contact op te nemen met de kennisgroep.

7.2 Valutaresultaten

Een onderwerp dat nog wel eens problemen zou kunnen opleveren, wordt gevormd door valutaresultaten, die verband houden met een deelneming. Let op: het gaat hier niet om valutaresultaten op de deelneming zelf, dergelijke valutaresultaten vallen op basis van reeds lang bestaande jurisprudentie onder de deelnemingsvrijstelling³⁶.

Tot en met 2003 gold een aftrekbeperking van kosten van buitenlandse deelnemingen. Onder "kosten" werd in dat verband mede begrepen valutaresultaten, zowel positief als negatief, op leningen die waren aangegaan voor de verwerving van deelnemingen. Daar waar deze aftrekbeperking in zijn algemeenheid dus in het nadeel van de belastingplichtige uitpakte, was dit anders indien in verband met een (buitenlandse) deelneming een valutawinst op de lening werd behaald. Dat was immers de facto vrijgesteld.

³⁶ HR 9 juni 1982, nr 21 142, BNB1982/230 met noot Nooteboom. Overigens is de vraag of het onder de deelnemingsvrijstelling brengen van een valutaverlies op een deelneming in strijd is met EU-recht (met een beroep op het arrest *Deutsche Shell*), ten tijde van het schrijven van deze syllabus nog steeds voorwerp van een gerechtelijke procedure.

Met ingang van 2004 is – naar aanleiding van het Bosal-arrest³⁷ – deze aftrekbeperking komen te vervallen, waardoor ook behaalde valutawinsten op leningen in verband met deelnemingen in de belaste sfeer terechtkwamen³⁸. Een dergelijke valutawinst behoeft echter pas te worden genomen bij realisatie, waardoor wij nu nog steeds kunnen worden geconfronteerd met de vraag of op zo'n valutawinst de compartimenteringsleer van toepassing is. Duidelijk is dat een dergelijke valutawinst een voordeel is, als bedoeld in artikel 28c lid 3. Maar wat als zo'n valutawinst zich manifesteert in een nog niet geregelde aangifte over een ouder jaar?

Voorbeeld

Belastingplichtige ontvangt in 2000 een in Amerikaanse dollars luidende geldlening ter verwerving van een Amerikaanse deelneming. De lening wordt in 2011 afgelost. Bij die aflossing wordt een valutawinst gerealiseerd van 1.000, waarvan 400 betrekking heeft op de waardeontwikkeling van de Amerikaanse dollar ten opzichte van de gulden/euro in de periode tot en met 2003.

Op grond van de destijds geldende wet is deze 400 vrijgesteld, maar onder het vanaf 2004 geldende regime niet. Het realisatiemoment bevindt zich vóór de inwerkingtreding van de Wet compartimenteringsreserve. Ook hier geldt dat formeel op basis van het arrest van 14 juni 2013 de gehele winst belast moet worden. Ook hier beroept de belastingplichtige zich op uitspraken van de staatssecretaris.

Voor deze gevallen wordt geadviseerd contact op te nemen met de kenniscgroep.

Stel in dit voorbeeld dat het realisatiemoment zich in 2015 bevindt. Volgens de hoofdregel had belastingplichtige dan moeten compartimenteren wat ook de wenselijke uitkomst voor belastingplichtige is. Deze belastingplichtige zal daarom geen beroep doen op de toezegging die in de Eerste Kamer is gedaan met betrekking tot wettelijke sfeerovergangen vóór 1 januari 2007.

Als belastingplichtige over de gehele periode een valutaverlies had geleden, zou het een geval zijn waarbij wel een beroep op de toezegging gedaan zou worden teneinde het gehele verlies te kunnen aftrekken.

³⁷ HvJEU 18 september 2003, zaak C-168/01 (Bosal Holding BV), Jur. EG 2003, p. I-9409, na conclusie Alber, VN 2003/46.10, BNB 2003/344 met noot Meussen, FED 2003/581 met noot Boer.

³⁸ Behoudens de mogelijkheid via een beschikking ex artikel 13 lid 7 Wet Vpb valutaresultaten onder de deelnemingsvrijstelling te brengen.

8. Losse eindjes

Zoals wij in het vorige hoofdstuk al aangaven, kunnen zich in de praktijk een aantal situaties voordoen waaraan in het wetgevend proces geen aandacht is besteed. Enkele ervan worden hierna (kort) behandeld. Verzoek is om in voorkomende gevallen contact op te nemen met de kennisgroep.

8.1 Opeenvolgende compartimenteringsreserves

Uiteraard kan zich de situatie voordoen dat zich ten aanzien van een en hetzelfde aandelenbelang meerdere malen een sfeerovergang voordoet. In zo'n situatie zal op meerdere momenten een CR moeten worden gevormd. In deze paragraaf wordt aan de hand van een voorbeeld uitgelegd uit hoe de belastingheffing in deze situatie plaatsvindt.

Voorbeeld

In jaar 1 wordt een deelneming van 20% verworven waarop de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is. De aankoopprijs bedraagt 100.

In jaar 3 vindt een sfeerovergang plaats van de belaste naar de onbelaste sfeer; vanaf jaar 3 is de deelnemingsvrijstelling wel van toepassing. Op dat moment is de deelneming 150 waard.

In jaar 5 vindt opnieuw een sfeerovergang plaats, vanaf dat moment verliest de deelneming wederom de deelnemingsvrijstelling. Op dat moment is de waarde 180.

In jaar 6 wordt een dividend van 10 ontvangen, dat afkomstig is uit de winst over jaar 2.

In jaar 7 wordt de deelneming verkocht voor 160.

Hoe pakt de belastingheffing over de jaren 6 en 7 uit?

Ter gelegenheid van de eerste sfeerovergang – van de belaste naar de onbelaste sfeer – in jaar 3 wordt een BCR gevormd van 50 (150 –/– 100). De deelneming wordt gevalueerd op 150.

In jaar 5 vindt opnieuw een sfeerovergang plaats, van de onbelaste naar de belaste sfeer; op dat moment wordt de deelneming te boek gesteld voor 180 en wordt een OCR gevormd van 30 (180 –/– 150).

Jaar 6:

Het dividend van 10 is afkomstig uit de winst over jaar 2, dus uit de belaste periode. Op grond van artikel 28c lid 3 wordt de BCR voor een bedrag van 10 aan de winst toegevoegd en wordt hetzelfde bedrag op de boekwaarde van de deelneming in mindering gebracht. De deelneming staat dan voor 170 te boek. De BCR bedraagt nu 40, de OCR nog steeds 30.

Dividend 10:

☑ Belast: 10 (afl. BCR)

Jaar 7:

Bij de verkoop van de deelneming wordt op grond van artikel 28c lid 4 de BCR geheel aan de winst toegevoegd en valt de OCR geheel vrij zonder toevoeging aan de winst.

Nu de deelneming voor 170 te boek staat, levert de verkoop een boekverlies van 10 op (170 –/– 160). Dat boekverlies is kennelijk afkomstig uit de periode na de laatste sfeerovergang (in jaar 5). In die periode geldt de deelnemingsvrijstelling niet; het verlies van 10 is dus aftrekbaar.

Gerelateerd aan de kostprijs van de deelneming van 100 uit jaar 1 is bij de verkoop een boekwinst van 60 behaald, welke als volgt kan worden ontleed:

Belaste vrijval BCR	40
Onbelaste vrijval OCR	30
Aftrekbaar boekverlies	<u>-/– 10</u>
	60

8.2 Samenloop met de earn-out regeling van artikel 13 lid 6 Wet Vpb³⁹

Cats en Suvaal vragen aandacht voor de samenloop van de compartimenteringsreserve met de earn-out regeling. Zij geven zelf al aan dat een veelheid aan situaties denkbaar is. De vragen die zij stellen, hebben betrekking op zowel de koper als de verkoper.

Zij beginnen met het voorbeeld van een belastingplichtige die in 2010 voor 100 een belang verworft. Begin 2014 wordt de deelnemingsvrijstelling van toepassing en is de WEV 150. Er wordt een BCR gevormd van 50 en de boekwaarde wordt verhoogd naar 150. In 2016 wordt het belang tegen twee termijnen verkocht, waarvan de totale omvang op 200 wordt geschat. De winst bij verkoop van 50 is geheel toerekenbaar aan de onbelaste periode. De BCR moet worden afgewikkeld maar één van de vragen is op welk moment? Is dat na het ontvangen van de tweede termijn? En valt dan de eerste termijn onder lid 3 omdat op grond van artikel 13 lid 6 moet worden aangenomen dat er een deelnemingsverhouding bestaat totdat de earn-out is afgewikkeld?

Of is het al na het ontvangen van de eerste termijn? En zo ja, welk deel van het belang wordt op dat moment geacht niet meer tot het vermogen van belastingplichtige te behoren (lid 4)?

Of moet worden gesteld dat reeds op het moment van levering van de aandelen de BCR moet worden afgewikkeld omdat op dat moment het aandelenbelang het vermogen van belastingplichtige verlaat?

Voor de koper stellen zij zich onder andere de vraag of de earn-out verplichting, die tegenover de nieuw verworven deelneming staat, in voorkomende gevallen ook moet worden gecompartmenteerd, namelijk als de deelneming bij de koper weer een sfeerovergang ondergaat voordat die verplichting is afgewikkeld.

Het gaat het bereik van deze syllabus te buiten om uitgebreid op deze kwesties in te gaan. Daar speelt mee dat bij de parlementaire behandeling door de staatssecretaris steeds naar voren is gebracht dat hij op dit moment geen regeling wil treffen. In de Memorie van Antwoord voor de Eerste Kamer op bladzijde 7 is in dit verband het volgende opgenomen:

"Naar aanleiding van de vraag van de leden van de fractie van het CDA om in te gaan op de in het WFR gesignaleerde vragen bij samenloop met de earn-out regeling merk ik het volgende op. In de nota naar aanleiding van het nader verslag is eerder opgemerkt dat mij in de bestaande praktijk geen concrete situaties bekend zijn waar deze samenloop op dit moment aanleiding geeft tot problemen. Dit betreft uiteraard specifiek de samenloop van de earn-out regeling met de al bestaande praktijk van compartimentering, en niet de eventuele (toekomstige) samenloop met de in het onderhavige wetsvoorstel te introduceren compartimenteringsreserve zoals deze leden en de auteurs lijken te veronderstellen. Bij de samenloop van de compartimenteringsregeling met de earn-out regeling gaat het verder om een samenloop van twee complexe regelingen waarbij zich, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, verschillende vraagpunten kunnen voordoen en waarbij het lastig is bij voorbaat alle relevante aspecten te overzien. Mocht zich in een concreet geval een dergelijke samenloop voordoen, dan ligt het naar mijn mening in de rede dat de belastingplichtige en de inspecteur, waar nodig in overleg, op basis van de omstandigheden van dat concrete geval tot een uitkomst komen die past binnen de ratio van beide regelingen."

8.3 Moeten resultaten uit valuta-afdekkingsinstrumenten ook worden gecompartmenteerd?⁴⁰

Op grond van artikel 13 lid 7 Wet Vpb wordt een voordeel uit een rechtshandeling als een voordeel uit een deelneming aangemerkt, indien de inspecteur vooraf bij beschikking heeft vastgesteld dat die rechtshandeling strekt tot het afdekken van een valutarisico op een deelneming.

Daarbij kan worden gedacht aan een valutaswap of iets dergelijks, maar ook aan het opnemen van een lening in dezelfde valuta als waarin de deelneming luidt. Ook de lening waarmee de aankoop van de deelneming is gefinancierd kan als een dergelijke rechtshandeling hebben te gelden.

Doel is een fiscaal neutraal resultaat te bereiken tussen voordelen uit een deelneming en valutaresultaten uit een afdekkingsinstrument: beide zijn vrijgesteld.

Indien zich ten aanzien van de deelneming waarop het afdekkingsinstrument ziet, een sfeerovergang voordoet, kan de vraag opkomen of ook de voordelen uit het afdekkingsinstrument moeten worden gecompartmenteerd. Dienen deze voordelen eveneens als voordeel uit de deelneming in de zin van artikel 28c lid 3 te worden aangemerkt?

³⁹ Zie Cats en Suvaal in WFR 2014/180, § 5

⁴⁰ Zie L.G.C. Sahin en W.C.M. Martens, De compartimenteringsreserve, MBB 2014/01, par. 4.5.1

Sahin en Martens zijn van mening dat een valuta-afdekkingsinstrument niet kan worden aangemerkt als een belang in de zin van artikel 28c. Dat is correct, maar de voordelen uit zo'n instrument kunnen – onder de voorwaarde van de afgifte van een beschikking door de inspecteur – wel als deelnemingsvoordeel worden aangemerkt. Naar de tekst van artikel 28c lid 3 dienen van de CR derhalve ook voordelen uit een valuta-afdekkingsinstrument te worden afgeboekt.

Omdat er niet noodzakelijkerwijs een verband is tussen de waarde van de deelneming op het moment van sfeerovergang en de waarde van een valuta-afdekkingsinstrument, en dus evenmin tussen de hoogte van een gevormde CR en de waarde van het valuta-afdekkingsinstrument, leidt dit tot de vreemde situatie dat de CR afneemt met voordelen die geen verband houden met de waarde waarvoor de CR is gevormd. Dat kan ertoe leiden dat "echte" deelnemingsvoordelen uit de periode voorafgaand aan de sfeerovergang, niet meer van de CR kunnen worden afgeboekt omdat de CR daarvoor niet hoog genoeg meer is.

Deze situatie zal zich overigens alleen voordoen als een deelneming een sfeerovergang van de onbelaste naar de belaste sfeer ondergaat. Als de sfeerovergang omgekeerd is, is op de deelneming voor de sfeerovergang de deelnemingsvrijstelling dus niet van toepassing geweest. Een beschikking uit hoofde van artikel 13 lid 7 kon in die periode dus niet aan de orde zijn. Indien na of ter gelegenheid van de sfeerovergang naar de onbelaste sfeer een beschikking ex artikel 13 lid 7 wordt gevraagd voor een op de deelneming betrekking hebbend afdekkingsinstrument, zal deze uit de aard der zaak pas gelding hebben vanaf dat moment.

Voorbeeld

Laten we weer eens uitgaan van het voorbeeld uit paragraaf 5.3.3. waarbij we er nu vanuit gaan dat het een deelneming in vreemde valuta betreft, terwijl de belastingplichtige aangifte doet in euro's. De kostprijs van de deelneming bedraagt in euro's 100. Er is bij de sfeerovergang een OCR gevormd van 30 (waarde deelneming op moment sfeerovergang in euro's 130, kostprijs 100).

Het valutarisico op die - in buitenlandse valuta luidende - deelneming is afgedekt middels de lening waarmee zij is gefinancierd. Deze lening luidt dus in dezelfde valuta en bedraagt eveneens 100. Zij geldt als afdekkingsinstrument, waarvoor een beschikking ex artikel 13 lid 7 is verkregen.

Na de sfeerovergang wordt de lening afgelost. De lening stond nog steeds voor 100 te boek⁴¹ en terzake wordt een voordeel, een koerswinst, behaald van 40, waarvan 20 afkomstig is uit de periode van voor de sfeerovergang.

Ervan uitgaande dat naar de letterlijke tekst van artikel 28c lid 3 dit voordeel kwalificeert voor de toepassing van het artikel dient de OCR met 20 te worden verminderd zonder toevoeging aan de winst. De OCR bedraagt daarna dus 10.

Vervolgens wordt een dividend van 30 ontvangen, afkomstig uit de winst van vóór de sfeerovergang, dus uit de onbelaste periode. Van dat dividend kan evenwel nog slechts 10 in mindering worden gebracht op de OCR, die bedraagt immers nog maar 10. Dat leidt ertoe dat de overige 20 belast is, terwijl vaststaat dat het afkomstig is uit de winst over de onbelaste periode. Het dividend is immers ontvangen in de periode dat de deelnemingsvrijstelling niet meer gold.

Nu moet voor ogen worden gehouden dat het doel van het valuta-afdekkingsinstrument is om valutaresultaten die met de deelneming worden behaald, te neutraliseren. Idealiter zal dan ook het valutaresultaat op het afdekkingsinstrument even groot zijn als, maar tegengesteld aan, het valutaresultaat op de deelneming, zodat er per saldo geen valutaresultaat en dus geen voordeel te onderkennen valt. De CR zal in dat geval geen wijziging ondergaan.

Van deze ideale situatie is evenwel lang niet altijd sprake, al is het alleen maar doordat de valutaresultaten op deelneming en afdekkingsinstrument zich op verschillende momenten manifesteren. Bovendien kunnen de waarde van de deelneming en het afdekkingsinstrument zeer goed uiteenlopen; terwijl de waarde van het afdekkingsinstrument alleen wordt beïnvloed door valutakoersmutaties, spelen bij de waarde van de deelneming uiteraard ook de resultaten van de deelneming een rol.

⁴¹ Artikel 28c lid 2 gebiedt immers niet dat ook het valuta-afdekkingsinstrument ten tijde van de sfeerovergang voor de waarde in het economisch verkeer te boek wordt gesteld.

De situatie uit het voorbeeld zal zich in de praktijk dus kunnen voordoen, waarbij tevens een rol speelt de vraag in hoeverre de deelneming en het afdekkingsinstrument in samenhang dienen te worden gewaardeerd.

Het voert echter te ver om in deze syllabus uitgebreider op de bijzonderheden van artikel 13 lid 7 en de samenhang met de CR in te gaan.

Bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is artikel 13 lid 7 nimmer aan de orde geweest. Wellicht dat daarom moet worden verondersteld dat de wetgever een voordeel uit een valuta-afdekkingsinstrument niet op het oog heeft gehad als voordeel in de zin van artikel 28c lid 3.

Sahin en Martens stellen een "fiscale afwijking" van het valuta-afdekkingsinstrument voor op het moment van sfeerovergang: op dat moment wordt het instrument op de waarde in het economisch verkeer gesteld en het daaruit voortvloeiende resultaat wordt nog onder de deelnemingsvrijstelling gebracht. Alle voordelen uit het instrument, die na de sfeerovergang opkomen, worden dan belast (of in aftrek gebracht). Op dit voorstel is echter niet door de wetgever gereageerd.

8.4 Samenloop met artikel 13l Wet Vpb⁴²

Artikel 13l sluit zogenaamde bovenmatige deelnemingsrente van aftrek uit. Deelnemingsrente is de rente die is verschuldigd op zogenaamde deelnemingsschulden. Deelnemingsschulden worden in artikel 13l lid 3 – kortweg – gedefinieerd als het bedrag waarmee de gezamenlijke verkrijgingsprijs van de deelnemingen het eigen vermogen te boven gaat. Onder deelnemingen worden alleen de deelnemingen waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is begrepen (13l lid 8 letter b).

Artikel 13l lid 4 leidt ertoe dat indien deelnemingen op een hoger bedrag dan de verkrijgingsprijs worden gewaardeerd, voor het bepalen van de deelnemingsschuld het eigen vermogen wordt verminderd met het verschil tussen de boekwaarde en de verkrijgingsprijs van de deelnemingen. Op die manier wordt voor het bepalen van de deelnemingsschuld nog steeds aangesloten bij de verkrijgingsprijs.

Uit artikel 13l lid 8 letter b volgt dat de samenhang met de CR zich alleen kan voordoen bij een sfeerovergang van belast naar onbelast; vanaf het moment van die sfeerovergang is artikel 13l van toepassing: dan is er immers pas sprake van een "bezit waarop deelnemingsvrijstelling van toepassing is" (art. 13l, lid 8 letter b). Bij de vorming van een BCR wordt de boekwaarde van een deelneming verhoogd met het bedrag van de BCR, terwijl artikel 13l aansluit bij de verkrijgingsprijs, die op historische gegevens is gebaseerd. Ingeval een BCR is gevormd zal dus ter bepaling van de deelnemingsschuld voor de toepassing van artikel 13l, op grond van artikel 13l lid 4 een neerwaartse aanpassing van het eigen vermogen, inclusief BCR, moeten plaatsvinden..

Een voorbeeld kan dit verduidelijken.

Voorbeeld

Een aandelenbelang is verworven voor 100. De balans na verwerving luidt als volgt.

Aandelenbelang	100	EV	20
		Schuld	80

Op enig moment wordt op het belang de deelnemingsvrijstelling van toepassing, het belang heeft op dat moment een waarde van 130. De balans luidt nu als volgt.

Deelneming	130	EV	20
		BCR	30
		Schuld	80

De toepassing van artikel 13l lid 4 leidt er echter toe dat het EV wordt verminderd met het verschil tussen de boekwaarde van de deelneming (130) en de verkrijgingsprijs (100): 30. Het eigen vermogen bedraagt dan 20 en de deelnemingsschuld is dan 80 (EV 20 -/- deelneming 100).

⁴² Zie L.G.C. Sahin en W.C.M. Martens, De compartimenteringsreserve, MBB 2014/01, par. 4.5.2

Sahin en Martens pleiten ervoor de waarde in het economisch verkeer op het moment van sfeerovergang (130) aan te merken als verkrijgingsprijs. In dat geval hoeft volgens hen geen aanpassing van het eigen vermogen op grond van artikel 13l lid 4 plaats te vinden en bovendien zou de verkrijgingsprijs dan beter aansluiten bij het opgeofferde bedrag waarvoor in artikel 28c lid 5 in een aanpassing is voorzien. Voor de uitkomst in het bovenstaande voorbeeld zou dit geen verschil maken. In het voorbeeld zou de verkrijgingsprijs dan 130 bedragen en het eigen vermogen 50, zodat de deelnemingsschuld ook in deze benadering 80 bedraagt. Hoewel deze benadering wellicht in administratieve zin praktisch kan zijn, heeft de wetgever er niet voor gekozen. Bovendien zou deze benadering in andere gevallen tot een ongewenste uitkomst leiden. Deze ongewenste uitkomst bestaat eruit dat deze benadering tot een te hoog EV kan leiden voor de toepassing van artikel 13l als de verkrijgingsprijs van de deelneming uit de rekenregel kan worden geëlimineerd omdat sprake is van een uitbreidingsinvestering in de zin van artikel 13l lid 5.

8.5 Samenloop met artikel 15aj lid 6 juncto artikel 13d lid 8 Wet Vpb⁴³

Als een gevoegde dochter in een fiscale eenheid een deelneming bezit terzake waarvan een CR is gevormd, en deze dochter wordt ontvoegd, treedt zij op grond van artikel 15aj lid 5 Wet Vpb voor hetgeen ze na de ontvoeging voortzet, in de plaats van de fiscale eenheid. Dat betekent dus dat de CR bij de ontvoeging met de ontvoegde dochter "meegaat".

Op het moment van ontvoeging zal ook het opgeofferde bedrag voor de ontvoegde dochter bij de moeder moeten worden vastgesteld. De aandelen in de ontvoegde dochter worden op het ontvoegingstijdstip immers te boek gesteld voor dat opgeofferde bedrag, aldus artikel 15aj lid 6.

Het opgeofferde bedrag bij ontvoeging wordt volgens artikel 13d lid 8 wet Vpb gesteld op het eigen vermogen van de ontvoegde dochter, verminderd met de fiscaal toelaatbare reserves.

Is de CR een fiscaal toelaatbare reserve in de zin van artikel 13d lid 8?

Hierbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen een BCR en een OCR.

Een OCR wordt immers extracomptabel gevormd en maakt gewoon onderdeel uit van het eigen vermogen.

Een OCR is geen fiscaal toelaatbare reserve in de zin van artikel 13d lid 8, die in mindering moet worden gebracht op het eigen vermogen om het opgeofferde bedrag voor de ontvoegde dochter te bepalen.

Dat is anders bij een BCR; dat is immers een fiscale reserve gelijk de KER of de HIR. Het bedrag van de BCR zal dus bij de vaststelling van het voor de ontvoegde dochter opgeofferde bedrag in mindering moeten worden gebracht op het eigen vermogen van die dochter.

Sahin en Martens stellen de vraag of dit tot een redelijke uitkomst leidt.

Stel een fiscale eenheid tussen M en D, waarbij gevoegde dochter D als enige bezit een aandelenbelang in C heeft waarvoor een BCR is gevormd van 30. Het belang in C heeft in lijn met eerdere voorbeelden in deze syllabus een kostprijs van 100, gefinancierd met eigen vermogen, en dus na de sfeerovergang een boekwaarde van 130.

Op enig moment wordt D ontvoegd, waarbij zij voor onder meer het aandelenbelang in C in de plaats treedt van de fiscale eenheid. Het bij M voor D opgeofferde bedrag wordt bij de ontvoeging gesteld op het eigen vermogen, verminderd met de fiscaal toelaatbare reserves. Ervan uitgaande dat de BCR zo'n reserve is, bedraagt het opgeofferde bedrag voor D bij M 100. Bij liquidatie van D kan M dus maximaal een liquidatieverlies van 100 verantwoorden, terwijl D wel over de BCR moet afrekenen.

Indien D evenwel C zou liquideren, wordt over de BCR afgerekend op grond van artikel 28c lid 5, maar wordt tegelijkertijd het opgeofferde bedrag voor C bij D verhoogd met het bedrag van de afgewikkelde BCR. Het opgeofferde bedrag voor C bij D bedraagt zodoende 130, en evenzo het maximale liquidatieverlies.

Dieper wordt op de vraag of het een redelijke uitkomst is, niet ingegaan; beantwoord wordt zij al evenmin, Het blijft slechts bij dit signaal en het verzoek voorkomende gevallen bij de kenniscgroep te melden.

8.6 Samenloop met artikel 15ai Wet Vpb

Indien binnen een fiscale eenheid een vermogensbestanddeel met een stille reserve erin wordt overgedragen, is fiscaal uiteraard geen boekwinst zichtbaar. Zodoende zouden vermogensbestanddelen binnen een fiscale eenheid onbelast kunnen worden overgedragen, waarna de ontvangende maatschappij wordt verkocht. De boekwinst is dan via de deelnemingsvrijstelling onbelast ontvangen. Daartegen werpt

⁴³ Zie L.G.C. Sahin en W.C.M. Martens, De compartimenteringsreserve, MBB 2014/01, par 4.5.3

artikel 15ai Wet Vpb een dam op. Ingeval zich een dergelijke transactie voordoet, bepaalt artikel 15ai dat het betreffende vermogensbestanddeel direct voorafgaand aan de ontvoeging van de overdrager of de overnemer, op de waarde in het economisch verkeer wordt gewaardeerd. Aldus wordt de stille reserve alsnog bij de fiscale eenheid belast.

Stel nu dat het vermogensbestanddeel dat op deze manier binnen de fiscale eenheid wordt overgedragen, een aandelenbezit is, waarvoor een CR is gevormd.

De vraag of de CR meegaat met de ontvoegde dochter, is in de vorige paragraaf behandeld.

Deze paragraaf behandelt de invloed van artikel 15ai ingeval het overgedragen vermogensbestanddeel een aandelenbezit is waarop een CR rust.

Anders dan misschien verwacht zou worden speelt artikel 15ai alleen een rol bij de aanwezigheid van een OCR, en niet bij een BCR. We gaan er immers vanuit dat een aandelenbezit of deelneming binnen de fiscale eenheid wordt overgedragen, *waarop reeds een CR rust*. Artikel 15ai stelt dan de eis dat er op het moment van de interne overdracht een meerwaarde in het overgedragen vermogensbestanddeel moet zitten. De boekwaarde van de deelneming in het CR-lichaam is echter al vermeerderd met het bedrag van de CR. Dat leidt ertoe dat de in artikel 15ai geëiste meerwaarde een meerwaarde moet zijn *bovenop die reeds verhoogde boekwaarde*. Als daarvan sprake is, is ook duidelijk dat die waardeverhoging ten opzichte van de (met het bedrag van de CR verhoogde) boekwaarde is toe te rekenen aan de periode na de sfeerovergang.

In geval van een BCR valt die meerwaarde dus onder de deelnemingsvrijstelling zodat artikel 15ai geen effect heeft. Alleen in geval van een OCR leidt artikel 15ai bij ontvoeging tot een afrekening; na de sfeerovergang is immers de deelnemingsvrijstelling niet meer van toepassing.

9. Slot

Alles overziend biedt de regeling van de compartimenteringsreserve een werkbare wijze om de compartimentering onder de deelnemingsvrijstelling vorm te geven.

Dat neemt niet weg dat over een tamelijk groot aantal zaken nog onzekerheid bestaat, zoals bleek uit de laatste twee hoofdstukken van deze syllabus. Vermoedelijk is hier het motto "de uitvoeringspraktijk zal zich er wel mee redden" gehanteerd, en dat zal de uitvoeringspraktijk ook wel.

Daarom is het belangrijk om in voorkomende gevallen de hulp van de kennisgroep deelnemingsvrijstelling in te roepen, ook omdat de door de kennisgroep verzamelde gevallen mogelijk input kunnen zijn voor nadere regelgeving.

De kennisgroep spreekt de hoop uit met deze syllabus, in combinatie met de landelijk georganiseerde EP's over de compartimenteringsreserve, een handzaam naslagwerk te hebben geproduceerd waar de aanslagregeland ambtenaar mee uit de voeten kan.