

22 334

Wijziging van de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting alsmede wijziging van de dividendbelasting (aanpassing aan de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Statens)

22 338

Wijziging van de Wet op de inkomstenbelasting 1964, de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Invorderingswet 1990 (aanpassing aan de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lid-Statens)

NADER VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR FINANCIËN¹

Vastgesteld 14 juli 1992

I. ALGEMEEN

De leden van de **CDA**-fractie hadden met belangstelling kennis genomen van de antwoorden van de staatssecretaris in de memorie van antwoord betreffende beide voorstellen. Zij hadden naar aanleiding van deze beantwoording nog een aantal nadere vragen en opmerkingen.

1. Terugnwerkende kracht

In de memorie van antwoord memoreert de staatssecretaris dat aan beide wetsvoorstellen terugwerkende kracht wordt verleend. Zijdens de leden van de **CDA**-fractie is opgemerkt in het voorlopig verslag dat de terugwerkende kracht niet ten nadele van de belastingplichtige mag gaan.

In de beide wetsvoorstellen wordt op een aantal punten afgeweken van de voorschriften die door de betreffende Richtlijnen werden gesteld. Bij deze punten (materiële fusie-eis, bijzonder regime-eis, aldaar-eis, etc.) kan een voor de belastingplichtige ongunstiger regime zijn gecreëerd dan

¹ Samenstelling: Boorsma (CDA), (voorzitter), Van Dijk (CDA), Stevens (CDA), Van den Berg (PvdA), Schinck (PvdA), Schuyer (D66), Vis (D66), Van Graafeiland (VVD), Hilarides (VVD), De Boer (Groen Links), Barendregt (SGP), Schuurman (RPF) en Veling (GPV).

voorzien was bij de Richtlijn. Deze leden vroegen wat de rechtspositie is van een belastingplichtige die daardoor in een nadelige positie komt te verkeren. Volgens de staatssecretaris maakt het in beginsel niets uit of een richtlijn niet tijdig dan wel niet juist is verwerkt. Bij niet tijdige verwerking kan een belanghebbende zich er dan immers op beroepen ten overstaan van zijn nationale rechter. Deze leden zouden graag van de staatssecretaris vernemen of in zijn visie de belanghebbende dit beroep ook toekomt, indien de niet-tijdige verwerking gerepareerd is door het verlenen van terugwerkende kracht aan de implementatiewetgeving.

2. Onderworpenheid – «aldaar-eis»

In het voorgestelde artikel 13g van de Wet op de vennootschapsbelasting (wetsvoorstel 22 334) is als voorwaarde opgenomen dat de in de andere lidstaat gevestigde vennootschap zonder keuzemogelijkheid, zonder er van te zijn vrijgesteld en zonder toepassing van een bijzonder regime, onderworpen dient te zijn aan de aldaar geheven belasting naar de winst als bedoeld in artikel 2, onderdeel c, van de Moeder/dochterrichtlijn. Eenzelfde voorwaarde wordt gesteld in het voorgestelde artikel 14b Wet IB 1964 (wetsvoorstel 22 338).

Reeds tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer kwam aan de orde dat deze voorwaarde – door hantering van het woord «aldaar» – wellicht in strijd zou komen met de Richtlijn. Tijdens de mondelinge behandeling is er destijds op aangedrongen de toevoeging van het woord «aldaar» ongedaan te maken. De bewoordingen van de Richtlijn lijken echter de beperkte interpretatie in de weg te staan. In de Nota naar aanleiding van het eindverslag (22 334, nr. 7) rechtvaardigt de staatssecretaris de invoering van de «aldaar-eis» op grond van misbruikmogelijkheid (middels het opzetten van «beperkte» vaste inrichting in een andere lidstaat). Ook de eventuele problemen in de uitvoering zijn door de staatssecretaris als argument voor handhaving van het «aldaar-criterium» aangevoerd. Hierop is van verscheidene zijden kritiek uitgeoefend (zie o.a. C.W. van Noordenne in het Maandblad *Belasting-Beschouwingen van Juni 1992*).

Is de staatssecretaris bereid deze eis in de praktijk buiten toepassing te laten, indien belastingplichtige aannemelijk kan maken dat geen sprake is van misbruik, zo vroegen deze leden.

II. MOEDER-DOCHTERRICHTLIJN (22 334)

1. Artikel 13c Vpb in het kader van de fiscale eenheid

Bij het aangaan van een «fiscale eenheid» kunnen standaardvoorwaarden worden gesteld, welke laatstelijk bij resolutie van 30 september 1991 werden aangepast.

Sinds 28 april 1982 is standaardvoorwaarde 15, letter b, opgenomen, die regelt dat op het splitsingstijdstip bij de combinatie over te brengen positieve of te verrekenen negatieve buitenlandse winsten overgaan op de dochtermaatschappij tot wier vermogen de vaste inrichting behoort die deze winsten heeft opgeleverd.

De moedervenootschap zal in de fiscale eenheid de verliezen van de buitenlandse vaste inrichting in mindering hebben gebracht op haar belastbare winst. Zoals in de Resolutie van 30 september 1991 wordt besproken, zal door verbreking van de fiscale eenheid bij de ontvoering

van de dochtervennootschap een situatie ontstaan, waarin de moeder niet meer over de buitenlandse vaste inrichting beschikt. De moedervennootschap heeft dan immers een deelneming in de ontvoegde dochtervennootschap waarvan de vaste inrichting onderdeel uitmaakt. De ontvoeging leidt, vanuit de moedervennootschap gezien, dus tot een omzetting van een vaste inrichting in een deelneming. Artikel 13c Wet Vpb voorziet dan ook in een onthouding van de deelnemingsvrijstelling, voorzover eerder ten laste van de winst gebrachte vaste inrichtingsverliezen nog niet zijn «ingehaald».

Hoewel de genoemde resolutie een regeling geeft ter voorkoming van «dubbele heffing», vroegen deze leden in hoeverre deze regeling nog in overeenstemming is met de Richtlijn. Is het niet mogelijk een regeling op te nemen, waarbij artikel 13c van de Wet op de Vennootschapsbelasting in bovengeschetste situaties niet wordt toegepast ten aanzien van de moedermaatschappij. Nu in standaardvoorwaarde 15, letter b, is geregeld dat de te verrekenen negatieve buitenlandse winsten overgaan op de dochtermaatschappij, zal het door artikel 13c beoogde effect (voorkoming van frustrering van de inhaalregeling voor vaste inrichting verliezen door omzetting in een deelneming) immers al bereikt zijn.

Deze leden vroegen of de huidige regeling – welke in feite voorziet in een dubbele mogelijkheid tot inhaal – in bona-fide gevallen niet in strijd komt met de (uitgangspunten van de) Richtlijn.

Bijzonder-regime-eis

Het toevoegen van de niet in de Richtlijn genoemde «bijzonder-regime-eis» wordt in de memorie van toelichting gerechtvaardigd op grond van artikel 1, tweede lid van de Richtlijn. Dit artikel staat de Lid-Staten toe nationale voorschriften ter bestrijding van «fraude en misbruik» toe te passen. Deze leden meenden dat het geïntroduceerde begrip «bijzonder regime» nog niet goed uit de verf is gekomen. In de memorie van toelichting is gesteld dat sprake is van een bijzondere regime, indien een verlaagd tarief of een begunstiging in de sfeer van de bepaling van de belastbare grondslag geldt.

In de nota naar aanleiding van het eindverslag merkte de staatssecretaris op, dat een afschrijvingsregime niet als een bijzonder regime behoefde te worden aangemerkt, indien het onderdeel uitmaakt van het algemene fiscale regime dat in die Lidstaat geldt. Hij wees hier met name op specifiek geldende verlaagde belastingtarieven of vrijstellingen waardoor de desbetreffende lichamen in dat land in een fiscaal geprivilegieerde positie verkeren. Indien nu in een Lidstaat een «bijzonder» afschrijvingsregime (vervroegde afschrijving) voor schepen van toepassing is, kan een vennootschap met één schip («single purpose company») in een fiscaal geprivilegieerde positie komen te verkeren. Hetzelfde geldt, indien alleen voor schepen een investeringsaftrekregime zou gelden. Kan de staatssecretaris toelichten, waarom een begunstiging bij de bepaling van de belastbare grondslag een bijzonder regime vertegenwoordigt en de geprivilegieerde fiscale behandeling van zeeschepen niet, indien deze zich afspeelt binnen het algemeen fiscaal regime van (vervroegde) afschrijving en investeringsaftrek, zo vroegen de leden van de CDA-fractie.

2. Compartimentering

De leden van de CDA-fractie hadden met belangstelling kennis genomen van de antwoorden van de staatssecretaris op vragen omtrent

de compartimentering van ontvangen dividenden. De staatssecretaris acht het blijkens zijn antwoorden niet wenselijk een standpunt kenbaar te maken, doch verwijst voor een eindoordeel omtrent deze problematiek naar ons hoogste rechtscollege. In de betreffende jurisprudentie (HR 2 juli 1986, nr. 23444, BNB 1986/305 en HR 19 juni 1991, nr. 26102, V-N 1992, blz. 2108) is door de Hoge Raad in situaties van overgang van het ene naar het andere regime met betrekking tot de winst behaald bij vervreemding van aandelen, een onderscheid gemaakt naar gelang de periode waarin die winst zijn oorsprong vond. Vervolgens wordt elk voordeel van de op deze wijze gesplitste winst belast naar het regime zoals dat gold in de desbetreffende periode (zie memorie van toelichting op oorspronkelijke tekst wetsvoorstel 22334 A).

Echter, gegeven het feit dat:

- a. alleen een geschil aan de rechter zal worden voorgelegd en
- b. een belastingplichtige die beroep doet op de deelnemingsvrijstelling veelal tegen compartimentering zal zijn, leiden de antwoorden van de staatssecretaris tot de conclusie dat hij compartimentering bij zijn beleid als uitgangspunt zal nemen. Alleen in dat geval immers kan de Hoge Raad aan een oordeel over deze problematiek komen.

Kan de staatssecretaris met deze conclusie instemmen? Zo niet, kan hij dan aangeven wat wel zijn beleid zal zijn, ook indien geen sprake is van fraude of misbruik? Het kan immers niet zo zijn dat er geen beleid is op dit punt.

III. FUSIE RICHTLIJN (22 338)

1. De materiële fusie-eis

Indien niet is voldaan aan de «materiële fusie-eis», zullen blijkens het wetsvoorstel door de inspecteur «nadere» voorwaarden kunnen worden gesteld. Indien een belastingplichtige zich niet met deze voorwaarden kan verenigen en van mening is dat deze in strijd zijn met de Richtlijn, kan hij dit in de beroepsfase ten overstaan van de belastingrechter kenbaar maken.

Indien een belastingplichtige van deze mogelijkheid geen gebruik maakt, is het naar de mening van de staatssecretaris omdat reeds in een volledige rechtsgang is voorzien – niet toegestaan bij een latere gelegenheid tegenover de fiscale rechter de wijze van verwerken van de Richtlijn te zijnen aanzien aan de orde te stellen. Er zou hier sprake zijn van een geval van rechtsverwerking, aangezien in het geheel geen gebruik is gemaakt van een geboden en deugdelijke rechtsgang.

Naar de mening van de leden van de CDA-fractie lijkt deze opvatting te kort te doen aan het in ons belastingstelsel verankerde beginsel van rechtsbescherming. Daar veelal de consequenties van het accepteren van een bepaalde (standaard)voorwaarde pas in een veel later stadium aan het licht komen, zal de belastingplichtige – ondanks zijn eerdere acceptatie – deze voorwaarde te allen tijde moeten kunnen laten toetsen aan de Richtlijn.

Dit klemmt te meer nu in de literatuur herhaaldelijk is gewezen op de door de materiële fusie-eis opgeroepen strijd met de Richtlijn.

Indien deze eis inderdaad in strijd blijkt te zijn met de Richtlijn –

hetgeen niet onmogelijk lijkt – zal op basis van het Emmott-arrest (C 208/92) – de beroepstermijn nog niet verstreken kunnen zijn.

Mocht de materiële fusie-eis op zich niet in strijd met de Richtlijn zijn, dan bestaat nog altijd de mogelijkheid dat de door de inspecteur gestelde voorwaarden dat wél zijn. Ook in die gevallen zou op basis van het Emmott-arrest de beroepstermijn geacht kunnen worden nog niet verstreken te zijn.

Daarnaast bestaat nog de mogelijkheid dat, hoewel geen strijd met de Richtlijn bestaat, een in een eerder stadium geaccepteerde voorwaarde na verloop van enkele jaren zo knellend blijkt te zijn, dat zij in strijd komt met de «geest» van het voorliggende wetsvoorstel: te weten het faciliteren van fusies.

Ook in dit laatste geval zou een rechterlijke toetsing gewenst zijn. Een beroep op rechtsverwerking ten aanzien van voorwaarden welke in een later stadium pas in hun volle omvang tot uiting kunnen komen lijkt ongewenst. Indien het standpunt van de staatssecretaris wordt gevolgd, dan zou in geval van enige twijfel iedere belastingplichtige worden gedwongen van de rechtsgang gebruik te maken op straffe van rechtsverwerking. Deze leden achten een dergelijke indirecte «procesuitlokking» ongewenst. Zij vernamen gaarne het standpunt van de staatssecretaris. Is de staatssecretaris bereid tot een tegemoetkoming terzake?

2. Ingekochte/niet-geamortiseerde aandelen

De aan het woord zijnde leden zouden graag van de staatssecretaris vernemen of in het kader van een aandelenruil ook ingekochte/niet-geamortiseerde aandelen kunnen worden gebruikt om uitgereikt te worden aan de aandeelhouders van de te verwerven vennootschap. Hierbij wordt bedoeld op aandelen welke in de bewoordingen van BNB 1957/20 ter tijdelijke belegging worden ingekocht, dan wel door een vennootschap als masse de manoeuvre worden gebruikt bij de introductie van haar aandelen ter beurse (BNB 1962/60).

3. Certificaathouders

Bij een fusie is voor de faciliteiten vereist dat de verkrijgende vennootschap tenminste vijftig procent van de stemrechten verwerft in de over te nemen vennootschap. Blijkens de nota naar aanleiding van het eindverslag (wetsvoorstel 22 338), blz. 6–7, wordt aangenomen dat de certificaathouder die het recht bezit om de meerderheid van de bestuurders van het administratiekantoor te ontslaan met een stemgerechtigde aandeelhouder wordt gelijkgesteld. Naar de ervaring van deze leden betreft het voorgaande een bijzondere situatie. Certificaathouders bezitten slechts in uitzonderingsgevallen het recht tot vervanging van een meerderheid van de bestuurders van het administratiekantoor. Deze leden vroegen of voor gecertificeerde aandelen de fusiefaciliteit op deze wijze niet illusoir wordt. In feite gaat het ontbreken van fiscale begeleiding bij fusie fungeren als een extra beschermingsconstructie. Vergelijk Schonis in Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen (Monografie van der Heijden-instituut nr. 39).

Is de staatssecretaris bereid de faciliteit evenzeer toepasselijk te verklaren, indien sprake is van met aandelen te vereenzelvigen certificaten (vlg. resolutie 23 maart 1962 nr. B2/3678, BNB 1962/207)?

4. Constructies

Blijkens bladzijde 5 van de memorie van antwoord is het niet de bedoeling van de Richtlijn om constructies te faciliteren. In de Richtlijn wordt dit begrip overigens niet gebruikt doch alleen de begrippen belastingfraude en -ontwijking. In geval een transactie iets dergelijks tot doel heeft, kan de faciliteit worden geweigerd. Deze leden vroegen of de begrippen belastingfraude en belastingontwijking dan ook steeds in verband gebracht kunnen worden met beleggingsmaatschappijen, kasgeldvennootschappen of beleggingsinstellingen. Is het niet denkbaar dat bijvoorbeeld twee onroerend-goedmaatschappijen op zakelijke gronden een fusie aangaan, bijvoorbeeld om door schaalvergroting een beter beheer mogelijk te maken, dan wel om aldus de risico's beter te kunnen spreiden? Kan ditzelfde zich niet evenzeer voordoen ten aanzien van twee of meer beleggingsmaatschappijen, die hoofdzakelijk beleggen in aandelen, obligaties en/of deposito's? Deze leden vroegen met name of een onderscheid kan worden gemaakt tussen beleggingsmaatschappijen en beleggingsinstellingen, die in het bezit zijn van een vergunning als bedoeld in de Wet Toezicht Beleggingsinstellingen.

Indien – zoals de memorie van antwoord suggereert – het eventuele misbruik voornamelijk gelegen is in geval ten aanzien van de aandeelhouders sprake is van een zgn. aanmerkelijk belang, ligt het dan niet voor de hand ten aanzien van beleggingsmaatschappijen zonder aanmerkelijk-belangaandeelhouders geen beletselen aanwezig te achten. Welk misbruik wordt gevreesd indien een aanmerkelijk-belangaandeelhouder van een beleggingsmaatschappij, kasgeld-BV of beleggingsinstelling in het kader van een aandelenfusie een aanmerkelijk belang verkrijgt in een ander beleggingslichaam? In dat geval blijven immers alle claims in stand, zoals de memorie van antwoord, bladzijde 7, verlangt. Deze leden zouden graag een concrete reactie ontvangen van de staatssecretaris op deze problematiek.

5. Resolutie implementatie fusierichtlijn 16 juni 1992 (nr. DB92/683)

Op 16 juni 1992 heeft de staatssecretaris een resolutie uitgevaardigd (nr. DB92/683) inhoudende enkele aanwijzingen voor de toepassing van artikel 68a Wet IB 1964 en artikel 14 en 29a Wet Vpb 1969. Deze leden zouden hierbij gaarne een aantal kanttekeningen willen plaatsen en vragen willen stellen.

1. In punt 6 van deze resolutie wordt gesteld dat degenen die in de periode sinds 1 januari 1992 een verzoek hebben ingediend en niet aan de in punt 2 vermelde formaliteiten hebben voldaan, geen beroep kunnen doen op toekenning van de faciliteit. In de resolutie van 20 december 1991 (nr. WDB 91/932) en 24 april 1992 (nr. WDB 92/78) – waarin door de staatssecretaris werd goedgekeurd de voorgestelde wetswijziging met ingang van 1 januari 1992 toe te passen alsof deze reeds was aangenomen – werd echter met geen woord gesproken over deze formaliteiten. Belanghebbenden hadden dus moeten voldoen aan formaliteiten waarvan het bestaan slechts afgeleid had kunnen worden uit de later tot stand te komen implementatiewetgeving. Dit alles op straffe van verval van toepassing van de nieuwe fusie-faciliteit en afdoening conform de bestaande werkwijze bij toepassing van artikel 14, lid 2 Vpb.

Deze leden menen dat de belastingplichtigen door deze regeling ten onrechte in een nadelige positie kunnen komen te verkeren in vergelijking

met belastingplichtigen, die een aanvraag hebben ingediend na uitvaardiging van deze resolutie.

2. Ingevolge het bepaalde in punt 3 van de resolutie kan een vastgestelde belastingaanslag niet worden bestreden met een bezwaar dat zich richt tegen een element van die aanslag dat is terug te voeren op de door de inspecteur gedane uitspraak. Dit komt er dus op neer dat belastingplichtigen eerst worden geconfronteerd met standaardvoorwaarden en hen vervolgens het recht wordt ontnomen daar in een later stadium (als de consequenties pas in hun volle omvang duidelijk worden) een rechterlijk oordeel over te vragen.

3. In punt 3 van de resolutie wordt vervolgens gesteld dat een door de inspecteur gedane uitspraak behoudens de mogelijkheid van beroep, voor de overdragende en overnemende belastingplichtige bindend is, in die zin dat zij niet (alsnog) kunnen afzien van de in die uitspraak voorziene vrijstelling met de daaraan verbonden voorwaarden.

4. Wel machtigt de staatssecretaris de inspecteurs om, in gevallen waarin de overdragende en overnemende belastingplichtige vóór het verstrijken van de beroepstermijn beiden schriftelijk verklaren alsnog te willen afzien van de vrijstelling en de daaraan verbonden voorwaarden, geen gevolgen aan een door hem gedane uitspraak te verbinden.

De leden van de CDA-fractie vroegen of deze bepaling betekent dat het niet meer mogelijk is van de faciliteit af te zien, en dus af te rekenen, indien eenmaal een beroep is ingediend. Aldus zou vóór het indienen van het beroep moeten worden afgewogen of het in het specifieke geval wel voordelig is van de faciliteit gebruik te maken; deze afweging zal moeten geschieden op basis van voorwaarden, welke ten gevolge van het beroep nog kunnen wijzigen. Het viel deze leden op, dat de belastingplichtigen op dit punt afhankelijk zijn van de beleidsvrijheid van de inspecteur om geen gevolgen te verbinden aan zijn uitspraak (die dan wel in stand blijft); dit in tegenstelling tot de procedure met betrekking tot de standaardvoorwaarden, die door het ministerie centraal worden vastgesteld.

Deze leden zouden graag de reactie van de staatssecretaris op de door hen gemaakte kanttekeningen bij de resolutie ontvangen.

6. Winstbewijzen

In de memorie van antwoord meldt de staatssecretaris dat het streven er op is gericht een speciaal wetsvoorstel voor winstbewijzen nog «voor het eind van het tweede kwartaal van 1992» bij de ministerraad aanhangig te maken. De leden van de fracties van het **CDA** en de **VVD** hebben inmiddels vernomen dat dit streven gerealiseerd is.

Deze leden hadden reeds tijdens de behandeling van Brede Herwaardering I tot uiting gebracht allerm minst gelukkig te zijn met de gespreide behandeling van de Brede Herwaardering-wetgeving. Zij meenden dat de staatssecretaris nu in de memorie van antwoord een andere positie inneemt ten aanzien van de overgangsregeling voor winstbewijzen, dan hij deed bij de behandeling van Brede Herwaardering I. Allereerst blijkt de regeling voor de winstbewijzen niet in de wetsvoorstellen voor Brede Herwaardering II te zijn meegenomen.

In de Nadere Memorie van Antwoord bij Brede Herwaardering I (Eerste Kamer 1991-1992, 21 198, nr. 3c, p. 10 en 11) heeft de staatssecretaris immers gesteld, dat «de voor te stellen regeling voor de vervreemding

van winstbewijzen vanaf de inwerkingtreding van het onderhavige voorstel gaat gelden. Daartoe zal deze regeling, die opgenomen zal worden in het wetsvoorstel Brede Herwaardering II, met terugwerkende kracht tot die datum ingevoerd gaan worden.»

Deze stellingname kan naar het oordeel van deze leden dan ook niet anders worden uitgelegd dan dat voor het regime van de winstbewijzen terugwerkende kracht zal gelden tot de datum van inwerkingtreding van Brede Herwaardering I (1 januari 1992). Mocht dit niet zo zijn, dan zou voor winstbewijzen die door tijdsverloop niet in waarde dalen en waarop in de winstfeer derhalve niet kan worden afgeschreven, tijdelijk een regime gelden dat afwijkt van de in het kader van Brede Herwaardering I gedane uitspraken over het karakter van deze winstbewijzen en de terzake aan deze Kamer gedane toezegging. Deze leden meenden dat een dergelijk jojo-effect ongewenst is en vermeden dient te worden. Zij zouden het op prijs stellen te vernemen of de staatssecretaris zich met deze conclusie kan verenigen.

Deze leden meenden voorts in de memorie van antwoord te moeten lezen dat er een meer principiële herziening van het regime voor winstbewijzen op stapel zou staan. Verwijst de staatssecretaris hier naar bovengenoemde bescheiden wijziging van het regime voor één soort winstbewijzen of worden er verdergaande wijzigingsvoorstellen voorzien?

Fiscale concurrentiepositie van Nederland

De leden van de fracties van het **CDA** en de **VVD** hadden in de memorie van antwoord geen reactie kunnen terugvinden op hun specifieke vraag wat de visie van de staatssecretaris is op de suggestie een meer flexibel rulingsbeleid te bevorderen. Zij zouden een reactie zeer op prijs stellen.

De voorzitter van de commissie,
Boorsma

De tijdelijk griffier van de commissie,
Hommes