

Vergaderjaar 1991–1992

**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-Staten)****Nr. 5****MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 11 november 1991

**1. Inleiding**

Met genoegen heb ik geconstateerd dat de leden van de fracties die inbreng voor het voorlopig verslag hebben geleverd, met belangstelling kennis hebben genomen van het wetsvoorstel. Ik ben hen, gelet op de beoogde datum van inwerkingtreding, zeer erkentelijk voor hun snelle reactie op het wetsvoorstel.

Evenals bij het wetsvoorstel inzake de moeder-dochterrichtlijn wijzen de leden van de CDA-fractie en van de PvdA-fractie er op dat er een tamelijk grote spanne tijds ligt tussen de datum waarop de richtlijn is aanvaard, te weten 23 juli 1990, en de toezending van het wetsvoorstel voor advies aan de Raad van State.

Met betrekking tot hun vraag waarom zo kort voor de beoogde ingangsdatum het wetsvoorstel bij de Tweede kamer is ingediend, zij het volgende opgemerkt. Het betreft hier een ingewikkelde technische materie die zorgvuldig ten departemente is bestudeerd en daarom een ruime voorbereidingstermijn vergde waarbij de beoogde ingangsdatum mij steeds helder voor ogen heeft gestaan.

Het zou namelijk wel consequenties kunnen hebben, de leden van de CDA-fractie vragen hiernaar, wanneer de implementatie van de richtlijn in de nationale wetgeving niet op 1 januari 1992 in werking zou treden. Een richtlijn dient namelijk te worden verwerkt in de nationale regeling ten einde te kunnen worden toegepast op de belastingplichtigen en hen in staat te stellen daarop een beroep te doen. Het niet tijdig verwerken van een richtlijn door de wetgever kan tot gevolg hebben dat op het overschrijden van de termijn door een belastingplichtige ten overstaan van de nationale rechter een beroep wordt gedaan. In zo'n geval kan toetsing van bestaande nationale wettelijke voorschriften aan de richtlijnbevestigingen ertoe leiden dat de nationale rechter bepaalt dat nationale regelen buiten toepassing moeten blijven (Ratti-arrest d.d. 05-04-1979, 148/78, Jur.1979, p. 1629).

Dit betekent echter niet dat de bepalingen van de richtlijn rechtstreeks toepasbaar zouden zijn.

Dat is in beginsel niet het geval, maar in bijzondere gevallen is het voorgekomen dat het Europese Hof heeft vastgesteld dat een bepaling uit een richtlijn voor zogenoemde rechtstreekse toepassing geschikt is. In dat geval kan de nationale rechter in het hem voorgelegde geschil de betrokken bepaling uit de richtlijn zonder tussenkomst van de wetgever toepassen. Er kan zich bovendien een combinatie voordoen van het overschrijden van de termijn waarbinnen implementatie moet plaatsvinden en de vaststelling dat de niet verwerkte bepaling uit de richtlijn zich voor rechtstreekse toepassing leent (Ursula Becker-arrest d.d. 19-01-1982, 8/81, Jur. 1982, p. 53). Echter ook wanneer de rechter zulks bepaalt, dient toch verwerking in de nationale regelgeving plaats te vinden. Uit de jurisprudentie kan ten slotte de conclusie worden getrokken dat de Lid-Staat die de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen niet tijdig heeft getroffen, zulks niet aan particulieren kan tegenwerpen. Om dergelijke consequenties te voorkomen, zou ik het op prijs stellen wanneer de parlementaire afhandeling van het wetsvoorstel zodanig spoedig verloopt dat het wetsvoorstel nog voor 1 januari a.s. tot wet kan worden verheven en in het Staatsblad kan worden geplaatst.

## **2. Gemeenschappelijke bepalingen**

De leden van de CDA-fractie vragen of er voor beleggingsinstellingen, alhoewel zij zijn uitgezonderd van de richtlijn, niet een speciaal regime zou kunnen worden ontworpen.

Allereerst wil ik erop wijzen dat beleggingsinstellingen onder de huidige wetgeving geen beroep op de fusiefaciliteiten kunnen doen, omdat die alleen worden gegeven indien sprake is van fusies tussen ondernemingen. Nu beleggingsinstellingen buiten het toepassingsbereik van de richtlijn blijven, is het niet nodig om in het kader van de verwerking van de richtlijn de nationale wet op dit punt te wijzigen.

Wel onderschrijf ik de gedachte van deze leden dat de dynamiek van de markt op dit gebied niet onnodig belemmerd dient te worden. Om de voortgang van dit wetsontwerp niet te belemmeren heb ik besloten dat vraagstuk niet in dit kader te behandelen. Bezien zal worden of, en zo ja op welke wijze, daaraan tegemoet zal kunnen worden gekomen.

De leden van de fractie van de PvdA constateren bij de verwerking van deze richtlijn en de moeder/dochterraichtlijn een onderscheid tussen, zoals zij dat aanduiden, frictieproblemen en andere problemen. Zij vragen of kan worden aangegeven wat wordt verstaan onder frictieproblemen en waar de grens ligt tussen acceptabele frictieproblemen en andere niet acceptabele verschuivingen.

Dienaangaande merk ik op dat het hier door deze leden zelf geïntroduceerde begrippen betreft. De benadering in het wetsvoorstel is een resultaat van een toetsing van de nationale wetgeving aan de richtlijn. Daarbij is in de memorie van toelichting duidelijk aangegeven welke voorwaarden uit de richtlijn naar mijn oordeel tot aanpassing van onze nationale regeling nopen en welke voorwaarden reeds in ons stelsel besloten liggen.

## **3. Aandelenruil**

De leden van de VVD-fractie vragen of meer inzicht kan worden verschaft in de situaties waarin de resolutie van 12 augustus 1964, nr. B4/10037, BNB 1965/91, geen soelaas biedt maar waarin de richtlijn wel een faciliteit voorschrijft.

De als zodanig bekend staande «pakketten resolutie» voorziet in een

fiscale begeleiding ingeval een tot een bedrijfsvermogen behorend pakket aandelen in het kader van een aandelenfusie als bedoeld in artikel 40 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 wordt verwisseld tegen een ander pakket aandelen. Naast de situatie dat de overdracht slechts één of enkele aandelen omvat, zodat niet wordt voldaan aan de in de resolutie vereiste overdracht van een pakket, betekent zulks voorts dat op alle punten waar het huidige artikel 40 niet overeenstemt met de bepalingen betreffende de aandelenruil uit de richtlijn, ook de resolutie tekort zou schieten. Dit heb ik bedoeld met mijn uitspraak dat de resolutie niet in alle gevallen de door de richtlijn vereiste fiscale begeleiding geeft. Voor de voorwaarden van artikel 40 die in het kader van de verwerking van de richtlijn moeten worden aangepast, moge ik verwijzen naar hoofdstuk 3.2. van de memorie van toelichting.

De leden van de fracties van het CDA, de PvdA en de VVD vragen of het in artikel 14b van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 opgenomen voorschrift dat het voordeel uit de vervreemding van de aandelen alleen op verzoek buiten aanmerking blijft, niet strijdig is met de bepalingen van de richtlijn waarin aan de Lid-Staten wordt voorgeschreven dat zij een faciliteit moeten verlenen. De leden van de CDA-fractie doen in dit verband de suggestie om in het voorgestelde artikel 14b, eerste lid, van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 als hoofdregel de faciliteit direct uit de wet te laten voortvloeien, alsmede de mogelijkheid te bieden dat de faciliteit op verzoek van de belastingplichtige buiten beschouwing wordt gelaten.

De achtergrond van het in het voorgestelde artikel 14b, eerste lid, opgenomen verzoek is dat een faciliteit niet mag worden opgedrongen aan een belastingplichtige. Het kan immers voor een belastingplichtige onder omstandigheden fiscaal voordeliger zijn wanneer de winst op de afgestane aandelen of winstbewijzen wel in de belastingheffing wordt betrokken. In de memorie van toelichting heb ik het voorbeeld gegeven van de ondernemer-natuurlijk persoon die compensabele verliezen heeft, waardoor de winst op de afgestane aandelen niet of slechts ten dele tot het betalen van belasting zou leiden. Voorts zal een aandeelhouder rechtspersoon die een beroep op de deelnemingsvrijstelling kan doen, geen behoefte hebben aan de in artikel 14b opgenomen faciliteit. Het voorschrijven van de faciliteit in die situaties zou voor deze aandeelhouders wel tot gevolg hebben dat, alhoewel het voordeel bij de aandelenfusie reeds op grond van de deelnemingsvrijstelling is vrijgesteld, de verkregen aandelen op grond van het voorgestelde artikel 14b op het tijdstip van de aandelenfusie voor dezelfde waarde te boek moeten worden gesteld als waarvoor de vervreemde aandelen te boek waren gesteld. Op grond van deze, in wezen praktische overwegingen, geef ik de voorkeur aan een faciliteit op verzoek boven een in beginsel imperatieve faciliteit.

Zowel de leden van de fracties van het CDA als van de PvdA vragen waarom in de voorgestelde regeling van de aandelenfusie het begrip onderneming wordt gebruikt en niet het begrip tak van bedrijvigheid met de daarbij behorende definitie uit de richtlijn.

Zoals in de memorie van toelichting in hoofdstuk 4.2., onderdeel B, is aangegeven, sporen de begrippen bedrijvigheid en een of meer takken van bedrijvigheid met de in de nationale wetgeving reeds opgenomen begrippen onderneming en een zelfstandig onderdeel van een onderneming. Daarom geef ik er de voorkeur aan de in de nationale wetgeving gebruikte begrippen onderneming en zelfstandige onderdelen daarvan te blijven gebruiken.

De in dit verband door de leden van de CDA-fractie gemaakte opmerking dat een beleggingsportefeuille als een tak van bedrijvigheid

kan worden beschouwd, kan ik dan ook niet onderschrijven. Bedrijvigheid vergt mijns inziens meer dan de activiteiten die een particuliere belegger in het kader aan zijn vermogensbeheer verricht.

Voorts vragen de leden van de CDA-fractie zich af waarom een belastingplichtige een verzoek moet indienen bij de inspecteur die beoordeelt of een aandelenfusie al dan niet aanwezig is, indien hij uit zakelijke overwegingen handelt en voldoet aan de bepalingen van de richtlijn. Achteraf kan volgens deze leden immers toch met *fraus legis* de faciliteit worden teruggenomen.

In de eerste plaats merk ik op dat de in het wetsvoorstel opgenomen regeling dat de inspecteur toetst of een aandelenfusie aanwezig is geen nieuw element is, maar is overgenomen uit de huidige regeling van de aandelenfusie. In de memorie van toelichting heb ik uiteengezet dat de zogenoemde fusie-eis, die in de huidige nationale regeling voor aandelenfusies is opgenomen, ten doel heeft te voorkomen dat van de faciliteit gebruik kan worden gemaakt in het kader van constructies en dat het handhaven van die eis niet in strijd is met de strekking van de richtlijn. Ook in de aan de richtlijn aangepaste wetgeving moet de aandelenfusie strekken tot het in financieel en economisch opzicht duurzaam in een eenheid samenbrengen van ondernemingen. Toetsing vooraf is van belang voor de rechtszekerheid van de belastingplichtigen. Zou in het kader van een gefacilieerde aandelenfusie vooraf geen verzoek om toepassing van de faciliteit behoeven te worden gedaan, dan zou eerst achteraf op het moment van de aanslagregeling door de inspecteur worden getoetst of de ruil van de aandelen voldoet aan de voorwaarden die in de wet zijn gesteld. Daarbij zal de inspecteur de faciliteit dan weigeren indien blijkt dat niet aan alle voorwaarden is voldaan. Belastingplichtige heeft er dus belang bij dat vooraf zekerheid wordt geboden over de vraag of de voorgenomen ruil van aandelen wordt gefacilieerd. Overigens merk ik in dit verband nog op dat mij uit de praktijk geen signalen hebben bereikt dat het verzoek vooraf een storende vertragende factor zou zijn bij fusies.

Deze leden gaan in dit verband ook in op het voorgestelde artikel 14b, zevende lid, dat de Minister machtigt om onder door hem te stellen voorwaarden een aandelenfusie te faciliteren ook als een van de vennootschappen geen onderneming drijft. Zij merken op dat, zo de Staatssecretaris bij de behandeling van het onderhavige wetsvoorstel duidelijk uiteen zou zetten welke constructies hij op dit terrein niet kan accepteren, aan de toestemming c.q. de voorwaarden als bedoeld in artikel 14b, zevende lid, geen behoefte bestaat.

Waar het tot heden niet mogelijk is gebleken steeds in voldoende mate anticiperend aan te geven welke «constructies» mogelijkwerijs toepassing kunnen gaan vinden, ben ik van mening dat het nodig is om in het kader van artikel 14b, zevende lid, voorwaarden te kunnen stellen.

Daardoor is ook de mogelijkheid aanwezig – dit naar aanleiding van de opmerking van de leden van de CDA-fractie inzake een beleggingsportefeuille – om bij een beleggingsmaatschappij de voorgestelde faciliteit van artikel 14b van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 toepassing te doen vinden.

Voorts vragen de leden zich af of de eis dat «onroerend goed mee moet», in het kader van de richtlijn kan worden gesteld.

Deze leden hebben hier, naar ik aanneem, niet een aandelenfusie op het oog maar doelen op de uitleg van de in artikel 14 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 opgenomen eis dat bij een bedrijfsfusie een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming moet worden overgedragen. Volgens het huidige uitvoeringsbeleid dienen, wil er sprake zijn van de overdracht van (een zelfstandig onderdeel van) een onderneming, alle vermogensbestanddelen van de onderneming of het zelfstandig onderdeel daarvan te worden ingebracht. Als uitzondering mogen



bepaalde vermogensbestanddelen van de onderneming of van het zelfstandig onderdeel daarvan bij de overdragende belastingplichtige achterblijven. Die uitzondering betreft dan niet-bedrijfsgebonden activa zoals liquide middelen en beleggingen. Niet wordt toegestaan dat het bedrijf wordt overgedragen maar bij voorbeeld het gebouw waarin het bedrijf wordt uitgeoefend, achterblijft. Een dergelijke overdracht vormt niet de overdracht van een zelfstandig deel van de onderneming. Naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 17 januari 1990, BNB 1990/92, dat is geweest voor de Wet op belastingen van rechtsverkeer, wordt thans onder meer gezien of de werking van het arrest zou moeten worden doorgetrokken naar artikel 14 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Deze materie maakt deel uit van de studie die over faciliteiten ter zake van het doorschuiven van ondernemingsvermogen plaatsvindt, een studie die naar ik hoop binnenkort tot een wetsvoorstel zal leiden.

De leden van de fracties van het CDA, de PvdA en de VVD gaan in op de voorstellen voor de oplossing van de in hoofdstuk 3.6 van de memorie van toelichting beschreven problemen in de sfeer van de aanmerkelijkbelangheffing die samenhangen met de grensoverschrijdende werking van de richtlijn.

De leden van de VVD-fractie vragen meer specifiek hoe de voorgestelde regeling van artikel 40a van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 zich verhoudt tot de bestaande anti-misbruikregelingen. Ook in de reactie van Moret Ernst & Young van 29 oktober jl. – waarop de leden van de PvdA-fractie commentaar vragen – wordt op dit punt ingegaan. Volgens die reactie wordt de werking van de bestaande algemene nationale anti-misbruikregelingen, zoals het leerstuk van *fraus legis* en de richtige heffing, niet beperkt door artikel 11 van de richtlijn. Of er sprake is van misbruik dient volgens deze reactie van geval tot geval te worden beoordeeld.

Met de opvatting dat de toepassing van de bestaande algemene nationale anti-misbruikregelingen niet door de werking van artikel 11 van de richtlijn wordt beperkt, ben ik het eens. Dit betekent echter nog niet dat voor die situaties die onder het voorgestelde artikel 40a van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 vallen, niets uitdrukkelijk geregeld dient te worden. Ter toelichting merk ik het volgende op. Artikel 40a ziet op de situaties waarin een binnenlandse belastingplichtige zijn aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap met toepassing van een faciliteit transformeert in een aanmerkelijk belang in een vennootschap gevestigd in een andere Lid-Staat en vervolgens emigreert. Na de emigratie is Nederland zijn heffingsrecht over het aanmerkelijkbelangpakket kwijt. Onder de huidige wetgeving is genoemde transformatie niet mogelijk omdat artikel 40 als voorwaarde hanteert dat een in Nederland gevestigde vennootschap als verwervende vennootschap moet optreden. Het betreft hier dus een specifiek door de grensoverschrijdende werking van de richtlijn opgeroepen probleem waarvoor een oplossing moet worden gevonden. Ik geef er in dit verband duidelijk de voorkeur aan de oplossing in de wet zelf neer te leggen.

De leden van de CDA-fractie, die uitdrukkelijk zeggen er mee in te stemmen dat maatregelen worden genomen om de claim van artikel 40 veilig te stellen, vragen zich wel af of de voorgestelde bepaling van artikel 40a niet de belastingvlucht na 5 jaar bevordert.

Dienaangaande merk ik op dat ik de gestelde termijn van 5 jaar in het licht van de richtlijn redelijk acht. Weliswaar is het zo dat na het verstrijken van de vijf jaar geen afrekening meer plaatsvindt bij emigratie, maar daarbij moet worden bedacht dat onder de huidige regeling bij een

aanmerkelijk belang in een buitenlandse vennootschap bij emigratie nimmer afrekening volgt. Vooralsnog ga ik er van uit dat een termijn van 5 jaar voldoende lang is om oneigenlijk gebruik in deze sfeer tegen te gaan.

In dit verband wil ik voorts ingaan op de overige op dit punt betrekking hebbende opmerkingen in de hiervoren aangeduide reactie. Aangegeven wordt daarin dat noch de strekking van de richtlijn noch artikel 8 van de richtlijn de thans door mij voorgestelde bepaling van artikel 40a toelaat. Dienaangaande merk ik op dat de in het wetsvoorstel neergelegde regeling voldoet aan hetgeen de richtlijn beoogt. In de door de artikel 40a bestreken situaties verleent Nederland de door de richtlijn voorgeschreven faciliteit. De Lid-Staten mogen daarbij hun financiële belangen veiligstellen. Het kan mijns inziens niet de bedoeling zijn dat de faciliteit van de richtlijn als instrument wordt gebruikt om de Nederlandse heffing te ontlopen. Daarom wordt bij emigratie binnen vijf jaren na de aandelenfusie het bij die aandelenfusie buiten aanmerking gebleven voordeel alsnog in de belastingheffing betrokken, maar wordt wel tevens uitstel van betaling verleend. Dit uitstel wordt definitief indien de verkregen aandelen 5 jaren na de aandelenfusie niet zijn vervreemd.

Met betrekking tot de opmerking dat de fiscale claim niet verloren gaat omdat ook in de Lid-Staat waarnaar wordt geëmigreerd de claim van de andere Lid-Staat op de ingebrachte aandelen wordt doorgeschoven naar de verkregen aandelen, omdat artikel 8, tweede lid, eerste volzin van de richtlijn, ook ten aanzien van die Lid-Staat zou gelden, zij het volgende opgemerkt. Indien een binnenlandse belastingplichtige zijn aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap in het kader van een aandelenfusie omruilt in aandelen van een in een andere Lid-Staat gevestigde vennootschap dient Nederland een faciliteit te geven voor het verschil tussen de overdrachtprijs en de verkrijgingsprijs. Daarbij stelt Nederland conform artikel 8, tweede lid, van de richtlijn de eis dat aan de verkregen aandelen fiscaal geen hogere waarde mag worden toegekend dan aan de afgestane aandelen. Voor de aanmerkelijk belang aandeelhouder kan een dergelijke aandelenfusie tot gevolg hebben dat met betrekking tot die verkregen aandelen in de buitenlandse vennootschap in die andere Lid-Staat belastingplicht ontstaat. Voor de belastingheffing in dat andere land zal in beginsel de werkelijke waarde van de verkregen aandelen als uitgangspunt worden genomen. De belastingplichtige heeft namelijk voor de verkregen aandelen de werkelijke waarde van de afgestane aandelen opgeofferd. Artikel 8, tweede lid, van de richtlijn heeft voor de andere Lid-Staat naar mijn oordeel geen betekenis omdat alleen de Lid-Staat die de faciliteit moet geven de toepassing hiervan afhankelijk kan stellen van voorwaarden om haar fiscale claim veilig te stellen.

De leden van de PvdA-fractie zijn nog niet overtuigd van de rechtmatigheid van het voorstel om de buitenlandse belastingplichtige die zijn aanmerkelijk belang pakket in een Nederlandse vennootschap in het kader van een aandelenruil transformeert in aandelen in een in een andere Lid-Staat gevestigde vennootschap, geen faciliteit te geven. Dat in deze situatie door Nederland geen faciliteit wordt gegeven is geregeld in de voorgestelde toevoeging aan het vierde lid van artikel 48 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964.

Zoals hiervoor is aangegeven, mag de Lid-Staat die ter zake een faciliteit moet geven, zijn eigen financiële belangen veiligstellen. Ingeval de financiële belangen niet veilig kunnen worden gesteld, mag belasting worden geheven. Naast de hierboven aangeduide regeling van artikel 8, tweede lid, van de richtlijn, wijs ik in dit verband ook nog op artikel 4 van de richtlijn, dat betrekking heeft op bedrijfsfusies. Indien in het kader van een inbreng van activa vermogensbestanddelen die worden ingebracht

niet tot een vaste inrichting van de ontvangende vennootschap in de Lid-Staat van de inbrengende vennootschap gaan behoren, is ingevolge genoemd artikel 4, heffing over die bestanddelen toegestaan, omdat de fiscus van de inbrengende vennootschap zijn claim niet kan veilig stellen.

Met betrekking tot de vraag of een indicatie kan worden gegeven van het financiële belang voor Nederland van de toevoeging aan het vierde lid van artikel 48, merk ik op dat wij ter zake niet over gegevens beschikken. Naar verwachting gaat het hierbij echter om een gering budgettair belang.

De leden van de CDA-fractie vragen in het kader van het voorgestelde 40a waarom de termijn van 5 jaar niet is gekoppeld aan het tijdstip van emigratie, zulks in aansluiting op regelingen in belastingverdragen ter zake van aanmerkelijk belang claims op niet-inwoners. Voorts vragen deze leden of alle belastingverdragen een toepassing van de voorgestelde systematiek van claimbehoud bij niet-inwoners tot 5 jaar na de aandelenruil mogelijk maken.

De termijn van 5 jaar in artikel 40a wordt voorgesteld om oneigenlijk gebruik in deze sfeer – aandelenruil met het oogmerk om daarna te emigreren en vervolgens belastingvrij te vervreemden – tegen te gaan. Een termijn van 5 jaar acht ik adequaat om de situaties waarin ten tijde van de aandelenruil het oogmerk reeds aanwezig is om daarna de verkregen aandelen weer te vervreemden, te scheiden van situaties waarin dat oogmerk nog niet aanwezig was ten tijde van de aandelenruil.

Op de vraag van deze leden of de voorgestelde regeling van artikel 40a niet in strijd komt met door Nederland gesloten belastingverdragen, merk ik op dat in dit geval geen sprake van strijd kan zijn met belastingverdragen omdat genoemd artikel 40a toepassing vindt in de periode dat de belastingplichtige nog inwoner is van Nederland.

Voor de situaties waarin de voorgestelde aanvulling op artikel 48 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 van toepassing is, te weten situaties waarin een niet-inwoner een aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap in het kader van een aandelenruil ruilt tegen aandelen in een niet in Nederland gevestigde vennootschap, merk ik het volgende op. Ingeval Nederland met het land waarin de buitenlandse belastingplichtige woont een belastingverdrag heeft gesloten, moet eerst worden nagegaan of Nederland op grond van dat verdrag heffingsbevoegdheid heeft ter zake van de vervreemding van de aandelen. Alleen in situaties waarin dat het geval is, kan Nederland vervolgens de voorgestelde aanvulling van artikel 48 toepassen en ter zake van de desbetreffende aanmerkelijk belang winst een aanslag opleggen.

In situaties waarin het verdrag niet voorziet in een heffingsbevoegdheid van Nederland, kan Nederland ter zake niet heffen.

Ter vermijding van misverstand wijs ik er nog op dat de termijn van vijf jaar in artikel 25, vierde lid, van de Invorderingswet 1990, waarin het uitstel van betaling wordt geregeld, niet wordt beïnvloed door belastingverdragen. Dit geldt zowel indien heffing op grond van artikel 40a heeft plaatsgevonden als indien heffing op grond van artikel 48 heeft plaatsgevonden.

De leden van de CDA-fractie vragen een nadere toelichting op de mededeling in de memorie van toelichting dat in het licht van de aan de Minister te geven bevoegdheid om een aandelenfusie ook te faciliteren indien één of beide vennootschappen geen onderneming drijven, het huidige artikel 40a kan komen te vervallen.

De leden van de VVD-fractie vragen in dit verband of de huidige voorwaarden van artikel 8b van de Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 1990 niet in strijd zijn met de richtlijn. Ook in de eerder



genoemde brief van Moret Ernst & Young, waarnaar de leden van de PvdA-fractie verwijzen, wordt op dit punt ingegaan.

Op de geuite twijfel of de voorgestelde systematiek, waarbij de ondernemingseis wordt gehandhaafd maar op verzoek ontheffing mogelijk is, wel in overeenstemming is met de richtlijn, ben ik hiervoor reeds ingegaan. Bij de bestudering van de overige vragen is bij mij het vermoeden ontstaan dat men aan de zinsnede uit de memorie van toelichting «ik stel verder voor om – met gebruikmaking van de aan de Minister gegeven bevoegdheid – de door dat artikel bestreken situaties te delegeren aan de inspecteurs die dezelfde voorwaarden zullen stellen als thans opgenomen in (het te vervallen) artikel 8b van de Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 1990» een ruimere reikwijdte toekent, dan ik heb beoogd. Met deze zinsnede heb ik bedoeld te zeggen dat alleen voor de situaties die door het huidige artikel 40a worden bestreken, door de inspecteurs de voorwaarden van artikel 8b van genoemde uitvoeringsregeling zullen worden gesteld. Voor de overige situaties die worden begeleid met de voorgestelde delegatiebepaling zal van geval tot geval worden bezien, welke voorwaarden nodig zijn.

Ten aanzien van de vraag of de voorwaarden van artikel 8b van genoemde uitvoeringsregeling strijdig zijn met de richtlijn, merk ik het volgende op. De situaties waarop het huidige artikel 40a van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 ziet, betreffen voornamelijk bedrijfsopvolging in de familiesfeer. De faciliteit komt voorts uitsluitend ten goede aan natuurlijke personen. Dit brengt met zich dat de Europese dimensie zelden een rol zal spelen. Dit betekent dat de situaties welke worden bestreken door het huidige artikel 40a in de praktijk buiten de reikwijdte van de richtlijn vallen. De met betrekking tot deze situaties te stellen voorwaarden – die van het huidige artikel 8b van de Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 1964 – komen derhalve niet voor toetsing aan de richtlijn in aanmerking.

De leden van de fractie van de PvdA vragen een reactie op de opmerking in de eerder genoemde brief dat door de werking van het voorgestelde artikel 13g van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 tevens latere winstuitkeringen van de deelnemingsvrijstelling worden uitgesloten, waardoor strijd zou ontstaan met artikel 8 van de richtlijn alsmede met de moeder-dochterrichtlijn. Ook de leden van de VVD-fractie stellen dit punt aan de orde.

Op grond van artikel 8 van de richtlijn mogen Lid-Staten de fiscale claim over de bij een fusie tot uitdrukking komende winst veilig stellen. Deze winst mag bij latere verkoop van de verkregen aandelen op dezelfde wijze worden belast als bij verkoop van de voor de aandelenfusie gehouden aandelen. In het voorgestelde artikel 13g wordt de fiscale claim veilig gesteld voor situaties waarin de deelnemingsvrijstelling nog niet van toepassing was op de in het kader van een aandelenfusie afgestane aandelen, doch wel van toepassing is, of wordt, op de in ruil verkregen aandelen. Zonder een nadere voorziening zou de winst bij latere verkoop van de verkregen aandelen als gevolg van de deelnemingsvrijstelling niet kunnen worden belast. Het veilig stellen via het voorgestelde artikel 13g geschiedt door uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling tot een bedrag ter grootte van de bij de aandelenfusie gerealiseerde winst dat ten gevolge van de fusiefaciliteit buiten aanmerking is gebleven. Het Nederlandse systeem van de deelnemingsvrijstelling leidt er dan toe dat tot dat bedrag geen deelnemingsvrijstelling wordt gegeven ongeacht of de voordelen bestaan uit winstuitkeringen of waardeveranderingen van de deelneming. Gegeven het Nederlandse systeem van de deelnemingsvrijstelling waarbij alle voordelen uit de deelneming onder de vrijstelling vallen, is het niet goed mogelijk om de fiscale claim op een andere wijze veilig te stellen. Hierdoor kan inderdaad



een zekere spanning met de moeder-dochterrichtlijn ontstaan. Gegeven de strekking van de aan het onderhavige voorstel van wet ten grondslag liggende fusierichtlijn, de Nederlandse systematiek van de deelnemingsvrijstelling en het feit dat het voorgestelde artikel 13g slechts op heel bijzondere situaties betrekking heeft, acht ik de aangeduide spanning, die zich overigens slechts bij dividenduitkeringen voordoet, acceptabel.

In meergenoemde brief van Moret Ernst & Young wordt ook ingegaan op de in de huidige regeling van artikel 40 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 voorkomende mogelijkheid dat meer dan één vennootschap bij een aandelenfusie als verwervende vennootschap optreedt. Hoewel deze variant niet gangbaar is, pleiten zij voor handhaving van die mogelijkheid omdat, zo wordt gesteld, daaraan in de praktijk toch een reële behoefte bestaat.

Het feit dat er in de praktijk een reële behoefte zou bestaan aan de variant van meer dan één overnemer, is voor mij een nieuw geluid.

Zoals ik reeds in de memorie van toelichting heb opgemerkt, heb ik de indruk gekregen dat dat niet het geval is. Een dergelijke mogelijkheid komt overigens ook niet voor in de richtlijn.

Met betrekking tot de vraag van de leden van de CDA-fractie of niet een nadere invulling van de 16e standaardvoorwaarde inzake de fiscale eenheid wenselijk is of dat deze voorwaarde een zodanig anti-misbruik karakter heeft dat aanpassing niet nodig is, merk ik het volgende op. Naar ik aanneem doelen deze leden op de situatie dat de aandelen van een vennootschap die als dochtervennootschap in een fiscale eenheid is opgenomen, in het kader van een aandelenfusie worden overgenomen door een in een andere Lid-Staat gevestigde vennootschap. Na de aandelenruil beschikt de vennootschap die in de fiscale eenheid als moedervennootschap optreedt, niet langer over de aandelen van de gevoegde dochtervennootschap, zodat de fiscale eenheid met terugwerkende kracht tot het begin van het boekjaar waarin de aandelenruil plaatsvindt wordt verbroken. Indien tijdens de fiscale eenheid de samenstelling van het vermogen van de dochtervennootschap is gewijzigd ten gevolge van verschuivingen binnen de fiscale eenheid, kan de sanctie van de 16e standaardvoorwaarde in werking treden. Alsdan worden bij het einde van het boekjaar dat onmiddellijk aan het splitsingstijdstip voorafgaat, de activa en passiva van de te ontvoegen dochtervennootschap gesteld op de waarde in het economische verkeer en wordt een tot haar vermogen gerekende vervangingsreserve opgenomen in de winst. Dit betekent dat voorafgaand aan de aandelenfusie bij de moedermaatschappij belastbare winst tot uitdrukking komt. Zoals deze leden al veronderstellen, ben ik van mening dat de 16e voorwaarde een zo duidelijk anti-misbruik karakter heeft, dat aanpassing van de voorwaarde in verband met de richtlijn niet nodig is.

#### **4. Inbreng van activa**

De leden van de PvdA-fractie vragen een reactie op het artikel van Van Horzen en Kannekens in het Weekblad voor Fiscaal recht van 24 oktober 1991, waarin deze schrijvers aangeven dat artikel 14 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ingrijpend van karakter zou moeten worden gewijzigd.

De auteurs toetsen in het artikel de in artikel 14 opgenomen voorwaarden aan de in de richtlijn opgenomen regeling voor de inbreng van activa. Zij komen daarbij overigens tot de conclusie dat de in artikel 14, eerste lid, opgenomen voorwaarden, te weten: dat er sprake moet zijn van de overdracht van een (zelfstandig onderdeel van de) onderneming, dat de latere heffing verzekerd moet zijn en dat de overdracht

moet plaatsvinden tegen uitreiking van aandelen, in overeenstemming zijn met de richtlijn. Anders ligt dit volgens de auteurs met de overige in het eerste lid opgenomen voorwaarden, te weten: de voorwaarde dat de overdracht moet plaatsvinden in het kader van een fusie, de voorwaarde dat een of beide belastingplichtigen geen aanspraak mogen hebben op verrekening van verliezen en de voorwaarde dat voor beide fusiepartners hetzelfde fiscale regime moet gelden. Deze vereisten zijn volgens hen niet in de richtlijn opgenomen en mogen naar hun mening dan ook niet meer in artikel 14, eerste lid, worden gesteld. Het vorenstaande betekent volgens de auteurs overigens niet dat elke ruimte voor het stellen van flankerende maatregelen, waarbij gedacht kan worden aan een regeling indien een of beide belastingplichtigen aanspraak kan maken op verliesverrekening, zou ontbreken. Nederland heeft volgens genoemde auteurs dit recht zolang de uitwerking hiervan past binnen de richtlijn. Een uitwerking waarbij de faciliteit afhankelijk wordt gesteld van het accepteren van in individuele gevallen te stellen voorwaarden, is volgens hen echter in strijd met de richtlijn.

Met de aangehaalde auteurs ben ik van mening dat alhoewel de richtlijn bepaalde condities wellicht niet expliciet stelt, de Lid-Staten het recht hebben om flankerende maatregelen te treffen. In de memorie van toelichting heb ik aangegeven, dat de huidige systematiek van artikel 14, waarbij in het eerste lid de faciliteit rechtstreeks uit de wet voortvloeit en in het tweede lid de Minister de mogelijkheid heeft om de faciliteit eventueel onder door hem te stellen nadere voorwaarden te geven, een bepaalde achtergrond heeft. Die achtergrond is dat in complexere gevallen waarop het tweede lid het oog heeft, nadere voorwaarden nodig kunnen zijn om misbruik van de faciliteit te voorkomen. Die benadering acht ik op zich niet in strijd met de richtlijn, nu de Lid-Staten nadere voorwaarden aan de faciliteit mogen verbinden om fraude en misbruik tegen te gaan. Wel ben ik, zoals de auteurs van mening, dat de huidige regeling van artikel 14, tweede lid, dat voorziet in een beslissing met voorwaarden van de Minister die door partijen moeten worden geaccepteerd zonder dat men een rechtsingang heeft tegen die beslissing bij de rechter, wat het laatstbedoeld aspect betreft niet voldoet aan de eisen die met betrekking tot de verwerking van de richtlijn kunnen worden gesteld. In het wetsvoorstel is dan ook voor de aanvaardbaarheid van die systematiek een zodanige rechtsingang gecreëerd.

Onder verwijzing naar het commentaar van VNO en NCW d.d. 29 oktober 1991, vragen de leden van de PvdA-fractie in te gaan op de door VNO en NCW bepleite introductie van in andere landen bestaande splitsingsmogelijkheden welke in het Nederlandse vennootschapsrecht nog onbekend zijn.

Deze introductie zou dan tevens gepaard dienen te gaan met een fiscale begeleiding op aandeelhouders- en vennootschapsniveau.

Zoals VNO en NCW zelf reeds aangeven, betreft het hier splitsingsmogelijkheden welke in het Nederlandse vennootschapsrecht onbekend zijn. Het ligt niet op mijn beleidsterrein om te beoordelen of het Nederlandse vennootschapsrecht in dezen uitbreiding behoeft. Mocht dat inderdaad het geval zijn en wordt ter zake het vennootschapsrecht aangepast, dat zal uiteraard worden gezien welke fiscale begeleiding een en ander vergt.

Voorts vragen deze leden in te gaan op het overige commentaar van NCW en VNO. Met betrekking tot de opmerking inzake het vervreemdingsverbod moge ik verwijzen naar hetgeen ik hierna in deze memorie daarover opmerk.

Met betrekking tot de vraag of ingeval een Duitse GmbH een deel van haar activiteiten inbrengt in een Nederlandse BV waarbij deze inbreng ook ziet op de reeds hier te lande gelegen vaste inrichting van de GmbH,

door Nederland een faciliteit wordt verleend, merk ik het volgende op. De inbreng van de vaste inrichting in de BV kan thans reeds in het kader van artikel 14 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geruisloos geschieden (Infopublicatie 87/264, V-N 20 juni 1987, punt 24).

De leden van de CDA-fractie vragen een reactie op de stelling van de heer Tulling in zijn pre-advies voor de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs d.d. 6 juni 1991 of de richtlijn wel buiten de gevallen van misbruik of fraude een vervreemdingsverbod met betrekking tot in het kader van een fusie verkregen aandelen toelaat.

Het in artikel 14 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 opgenomen verbod om de in het kader van een bedrijfsfusie verkregen aandelen binnen 3 jaar te vervreemden, voorkomt dat een faciliteit wordt gegeven voor een transactie die eigenlijk een verkoop is en geen bedrijfsfusie. Het betreft hier derhalve een anti-misbruikbepaling. Hierbij zij nog opgemerkt, dat de Minister op verzoek ontheffing van het vervreemdingsverbod kan verlenen. Zo kan een ontheffing worden verleend in de situatie dat binnen 3 jaren de verkregen aandelen in het kader van een gefacilieerde aandelenfusie worden geruild. Het in de Nederlandse wetgeving opgenomen vervreemdingsverbod komt naar mijn mening dan ook niet in strijd met de richtlijn.

De leden van de CDA-fractie vragen om overlegging van de Raadsnotulen waarin de besprekingen omtrent de richtlijn zijn vastgelegd. Het is mij evenwel niet mogelijk deze te verstrekken. Raadsnotulen zijn door de EG aangemerkt als «restreint». Op deze stukken is de geheimhoudingsbepaling van toepassing neergelegd in artikel 18 van het Reglement van Orde, vastgesteld door de raad der EG op 24 juli 1979 op de grondslag van artikel 5 van het Verdrag van 8 april 1965 tot instelling van één Raad en één Commissie die de Europese Gemeenschappen gemeen hebben (Pb. 1979, nr. L. 268/1). De Raad kan derhalve uitsluitend zelf beslissen omtrent openbaarmaking ter zake.

De leden van de CDA-fractie achten de regeling met betrekking tot nog niet gecompenseerde verliezen bij de inbreng van een vaste inrichting in een vennootschap, zoals neergelegd in artikel 10 van de richtlijn, eenvoudiger dan de thans in artikel 13c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 opgenomen regeling op dit punt. Toepassing van artikel 13c leidt volgens deze leden tot gecompliceerde situaties, zeker wanneer het verkregen aandelenpakket in het kader van een nieuwe fusie wordt omgewisseld.

Het verschil tussen de regeling zoals opgenomen in artikel 10 van de richtlijn en die vermeld in artikel 13c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is dat de eerstgenoemde regeling de Lid-Staat van de inbrengende vennootschap toestaat een bedrag ter grootte van de nog niet gecompenseerde verliezen van de vaste inrichting die ten laste van het resultaat van de inbrengende vennootschap zijn gebracht, op het moment van de inbreng van de vaste inrichting in de heffing te betrekken, terwijl artikel 13c deze nog niet gecompenseerde verliezen pas daarna (veelal) geleidelijk terugneemt door de deelnemingsvrijstelling uit te sluiten voor positieve voordelen uit de verkregen deelneming. Zouden er geen positieve voordelen uit de verkregen deelneming worden genoten, bij voorbeeld omdat de onderneming van de vroegere vaste inrichting geen winst meer maakt, dan blijft compensatie in zoverre achterwege. Ik meen dat artikel 13c, dat pas recent bij de wijziging van de deelnemingsvrijstelling in de wet is opgenomen, in dit verband tot een evenwichtiger resultaat leidt, dan de in de richtlijn opgenomen inhaalregeling waarbij de compensatie plaatsvindt ongeacht de met de onderneming te behalen resultaten.

Dat een op de inbreng volgende aandelen- of bedrijfsfusie tot een wat gecompliceerde situatie kan leiden, wil ik niet ontkennen. Dit komt omdat enerzijds een claim moet worden veiliggesteld en anderzijds de wens bestaat om aandelen- en bedrijfsfusies niet onnodig te belemmeren. Om dit te bereiken zijn dan ook nadere regelingen getroffen. Ik heb bij de voorbereiding van het wetsvoorstel de voor- en nadelen van het handhaven van het huidige artikel 13c afgewogen en ben uiteindelijk tot de conclusie gekomen dat er onvoldoende aanleiding is om thans, zo kort na de totstandkoming van de nieuwe regels voor de deelnemingsvrijstelling, op deze bewust gekozen systematiek terug te komen en alsnog te kiezen voor de veel ruwere methode die de richtlijn toestaat.

## **5. Artikelen**

Voor de beantwoording van de door de leden van de CDA- en de PvdA-fractie in dit onderdeel gestelde vragen, moge ik verwijzen naar hetgeen ik hiervoor in onderdeel 3 «Aandelenruil» reeds heb opgemerkt.

De Staatssecretaris van Financiën,  
M. J. J. van Amelsvoort