

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Aan de Vaste Commissie van Financiën van de
Tweede Kamer der Staten-Generaal
mr. R.F. Berck
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 14 april 2005

Betreft: NOB-commentaar op wetsvoorstel 'Wijziging van enkele belastingwetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2003/123/EG van de Raad van de Europese Unie van 22 december 2003 tot wijziging van Richtlijn 90/435/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lidstaten', kamerstuknr. 30.031

Geachte leden van de Commissie,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel 'Wijziging van enkele belastingwetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2003/123/EG van de Raad van de Europese Unie van 22 december 2003 tot wijziging van Richtlijn 90/435/EEG betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lidstaten' (hierna: het wetsvoorstel).

De Orde wenst naar aanleiding van dit wetsvoorstel gaarne de volgende opmerkingen te maken.

1) Implementatie van de richtlijn

De Orde waardeert het initiatief van de regering om de Nederlandse fiscale wet- en regelgeving in overeenstemming te brengen met Richtlijn 2003/123/EG (hierna: de gewijzigde MD-richtlijn). De Orde heeft er begrip voor dat het in overeenstemming brengen van de nationale wetgeving met een Europese richtlijn in het soms hectische wetgevingsproces niet altijd volstrekt tijdig kan geschieden, maar tekent daarbij aan dat het van groot belang is dat de regering de noodzaak van tijdige implementatie onderschrijft. In dat verband stelt de Orde het op prijs dat de Staatssecretaris van Financiën (hierna: de Staatssecretaris) voorafgaand aan de formele inwerkingtreding van de gewijzigde MD-richtlijn per 1 januari 2005 door middel van zijn Besluit van 18 december 2004, nr. CPP2004/2730M, aan de Belastingdienst aanwijzingen heeft verstrekt inzake de toepassing van de gewijzigde MD-richtlijn.

Niettemin bepleit de Orde dat wetsvoorstellen ter implementatie van gemeenschapsrechtelijke regelingen op een zodanig tijdstip worden ingediend dat het wetsvoorstel tot wet is verheven op het moment dat de gemeenschapsrechtelijke regeling in werking treedt. Niet alleen vloeit dit voort uit de eisen van gemeenschapsrecht, maar is ook in overeenstemming met het rechtszekerheidsbeginsel.

2) Compartimentering

Het wetsvoorstel voorziet in een in de tijd gefaseerde aanpassing van het bezitspercentagevereiste voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op deelnemingen ter zake van in andere lidstaten gevestigde beleggingsdochters. Hiertoe wordt onder andere art. 13g Wet VpB 1969 aangepast. Per 1 januari 2005 bedraagt het minimale aandelenbezitsvereiste 20%, per 1 januari 2007 15% en per 1 januari 2009 10%. De Staatssecretaris merkt op blz. 3 van de memorie van toelichting (Kamerstukken II, 2004-2005, 30 031, nr. 3) op: *“Deze aanpassing leidt ertoe dat een aantal EU-beleggingsdochters die voorheen niet de deelnemingsvrijstelling genoten, daar nu wel gebruik van kunnen maken. In voorkomende gevallen zal dit tevens leiden tot compartimentering van de resultaten voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling.”*

De Orde is van mening dat deze opmerking van de Staatssecretaris nadere toelichting behoeft. Bij de toepassing van het compartimenteringsvraagstuk is van belang dat de gewijzigde MD-richtlijn slechts ziet op *‘uitkeringen van winst’*, terwijl de Nederlandse deelnemingsvrijstelling ook van toepassing is op vermogenswinsten. De Hoge Raad heeft zijn compartimenteringsleer tot dusverre (nog) niet expliciet van toepassing verklaard op dividenden. Voorts zou het naar de opvatting van de Orde in strijd zijn met de gewijzigde MD-richtlijn om de toepassing van de deelnemingsvrijstelling te onthouden aan een dividenduitkering van een EU-beleggingsdochter, welke dividenduitkering wordt geput uit een winstreserve uit een periode waarin de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing was, indien de deelneming in de EU-beleggingsdochter op het moment van uitkering aan de voorwaarden van art. 13g Wet VpB 1969 voldoet. De Orde merkt op dat bij de introductie van art. 13g Wet VpB 1969 in 1992 eveneens is gediscussieerd over de toepassing van de compartimenteringsleer. De Staatssecretaris heeft bij de behandeling in de Eerste Kamer opgemerkt dat compartimentering slechts speelt in *‘sprekende situaties’*, waarbij hij als voorbeeld van een dergelijke sprekende situatie heeft gegeven het geval van een dividenduitkering ontvangen ter zake van een deelneming in een buitenlandse vennootschap, welke dividenduitkering voortkomt uit een periode waarin de buitenlandse vennootschap aan een bijzonder regime was onderworpen. De Staatssecretaris heeft vervolgens opgemerkt dat de compartimenteringsleer niet speelt in situaties van overschrijding van het aandelenbezitsvereiste (Handelingen I 1992/93, 22 334, blz. 35-1580). De opmerking in de memorie van toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel geeft zonder nadere toelichting aanleiding te veronderstellen dat de Staatssecretaris van mening is dat de compartimenteringsleer onverkort van toepassing is op voordelen (in algebraïsche zin op te vatten) ter zake van een deelneming, ongeacht de vorm waarin deze voordelen worden genoten en ongeacht het al dan niet aanwezige misbruikarakter van de situatie. De Orde is van mening dat het wenselijk is dat de Staatssecretaris zijn standpunt over de verschillende aspecten van het compartimenteringsvraagstuk als gevolg van de gewijzigde MD-richtlijn, gelet op hetgeen hiervoor is opgemerkt, uiteen wil zetten en in het bijzonder aandacht wil besteden aan de opvatting van de Orde dat alle dividenden onder de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling vallen, mits uiteraard aan de voorwaarde voor toepassing van de MD-richtlijn is voldaan.

N | O | B

Voorts is het de Orde niet duidelijk of de opmerking van de staatssecretaris tevens betrekking heeft op situaties waarin tengevolge van de implementatie van de gewijzigde MD-richtlijn aan de overige voorwaarden voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling wordt voldaan, zoals bijvoorbeeld het rechtsvormvereiste of de uitbreiding van de richtlijn tot vaste inrichtingen.

3) Buitenlandse belastingplicht

Art. 4 van de gewijzigde MD-richtlijn verplicht de lidstaat van de moedermaatschappij een vrijstelling of een belastingcredit te verlenen voor dividend. Deze verplichting geldt zowel voor de toepassing van de bepalingen inzake de binnenlandse belastingplicht als voor de toepassing van de bepalingen inzake de buitenlandse belastingplicht. In het algemeen wordt aan de verplichting ingevolge art. 4 MD-richtlijn ten aanzien van buitenlandse belastingplichtigen voldaan doordat ingevolge art. 18, eerste lid, Wet VpB 1969 bij de bepaling van het belastbare Nederlandse bedrag de deelnemingsvrijstelling onverkort wordt toegepast. Onder omstandigheden is de deelnemingsvrijstelling echter niet van toepassing. Ingevolge art. 17, derde lid, onderdeel b, in verbinding met art. 18, tweede lid, Wet VpB 1969 wordt een in het buitenland gevestigde belastingplichtige belast voor het belastbare inkomen uit aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap indien het aanmerkelijk belang niet behoort tot het vermogen van een onderneming. Deze *'aanmerkelijkbelangheffing'* komt onder andere aan de orde als de in Nederland gevestigde dochtermaatschappij een dividend uitkeert aan de in het buitenland gevestigde moedermaatschappij, mits het aanmerkelijk belang niet behoort tot het ondernemingsvermogen van de buitenlandse moedermaatschappij. De Orde is van mening dat deze heffing, afgezien van een eventuele beperking van de heffingsmogelijkheden ingevolge een toepasselijk belastingverdrag, in strijd is met de gewijzigde MD-richtlijn voor zover het gaat om uitdelingen op grond van dat aandelenbezit, omdat aldus feitelijk sprake is van een heffing over dividend. De Orde is van mening dat het wetsvoorstel op dit punt moet worden aangepast.

4) Stemrecht criterium inhoudingsvrijstelling

De Orde constateert dat het wetsvoorstel terecht voorziet in de aanpassing van de Wet DB 1965 aan de gewijzigde MD-richtlijn. Zo wordt voorgesteld om het minimale aandelenbezitspercentage voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling voor uitdelingen aan een in een andere EU-lidstaat gevestigd lichaam in art. 4a, eerste lid, Wet DB 1965 in jaarlijkse stappen fasegewijs te verlagen overeenkomstig de voorgestelde verlaging van het bezitspercentage in art. 13g Wet VpB 1969. Eenzelfde wijziging is doorgevoerd in art. 4b Wet DB 1965 voor de regeling voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling indien ten tijde van de winstuitdeling nog niet wordt voldaan aan het annaal-bezitsvereiste in art. 4a, eerste lid, ten tweede, Wet DB 1965. De Orde merkt op dat in het onderhavige wetsvoorstel niet is voorzien in verlaging van het stemrecht criterium van 25% in art. 4a, tweede lid, Wet DB 1965. In beginsel biedt de MD-richtlijn lidstaten de mogelijkheid om *'bij wege van bilaterale overeenkomst'* te kiezen voor het alternatieve stemrecht criterium. De Orde is van mening dat de gewijzigde MD-richtlijn de lidstaten niet de ruimte biedt om bij de toepassing van het stemrecht criterium het vereiste minimumpercentage aan stemrechten op 25 te handhaven. De Orde verzoekt de Staatssecretaris om het wetsvoorstel dienovereenkomstig aan te passen.

N | O | B

5) Liquidatieverliezen en tijdelijke afwaarderingsverliezen

Met betrekking tot de aftrekbaarheid van liquidatieverliezen ter zake van buitenlandse deelnemingen is een belang van ten minste een vierde gedeelte vereist (art. 13d Wet VpB 1969). Uit de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II, 1989-1990, 19 968, nr. 13, blz. 11-12) blijkt dat deze omvang van het belang in een deelneming aansluit bij de internationaal in belastingverdragen gebruikelijke grens voor deelnemingen. De Orde vraagt of de Staatssecretaris in de gewijzigde MD-richtlijn reden ziet tot aanpassing van de 25%-grens in art. 13d en art. 13ca Wet VpB 1969.

6) Primair gemeenschapsrecht

De Orde verzoekt de Staatssecretaris in te gaan op de vraag of Nederland, gezien de recente Europeesrechtelijke ontwikkelingen op dit vlak, in bijzonder in het licht van het arrest Fokus bank (HvJ EVA, 23 november 2004, nr. E-1/404), dividendbelasting mag inhouden in moeder-dochterverhoudingen, ook indien niet aan alle vereisten van de gewijzigde MD-richtlijn is voldaan. Een regeling die in overeenstemming is met een EG-richtlijn, kan immers toch in strijd zijn met het primaire EG-recht, zo blijkt o.m. uit het arrest Bosal (HvJ 18 september 2003, nr. 168/01, BNB 2003/344).

7) Technische punten

- a) De Orde constateert dat indien een in Nederland gevestigde moedermaatschappij alle aandelen in haar in Nederland gevestigde dochtermaatschappij houdt via een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting, Nederland op grond van art.1, eerste lid, vierde streepje van de gewijzigde MD-richtlijn, dient af te zien van bronbelasting. Ingevolge art. 4, eerste lid, Wet DB 1965 mag inhouding van dividendbelasting slechts achterwege blijven indien de deelneming tot het vermogen van de in Nederland gedreven onderneming van de opbrengstgerechtigde behoort. Het wetsvoorstel voorziet echter niet in een aanpassing van deze voorwaarde. De Orde verzoekt de Staatssecretaris om het wetsvoorstel met betrekking tot deze kwestie alsnog in overeenstemming te brengen met de gewijzigde MD-richtlijn.
- b) De Orde vraagt de Staatssecretaris of in de volgende situatie de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij met een vaste inrichting in Nederland heeft een overigens kwalificerende deelneming in een EU-beleggingsdochter. Het aandelenbezit van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij moet voor 19% worden toegerekend aan het vermogen van de Nederlandse vaste inrichting van de moedermaatschappij. Het resterende aandelenbezit wordt aan het hoofdhuis toegerekend. Indien de Staatssecretaris van mening is dat de deelnemingsvrijstelling in deze situatie niet van toepassing is, vraagt de Orde hoe deze opvatting zich verhoudt tot de gewijzigde MD-richtlijn. Op grond van art. 3, eerste lid, jo. art. 1, eerste lid, derde streepje van de gewijzigde MD-richtlijn moet de hoedanigheid van moedermaatschappij immers ook worden toegekend indien de moedermaatschappij een deelneming van ten minste 20% *gedeeltelijk* via een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting houdt.

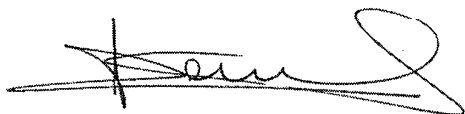
N O B

8) Tot slot

Een kopie van deze brief heeft de Orde heden verzonden aan de Staatssecretaris. Uiteraard is de Orde gaarne bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,

de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs,
namens deze

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Daniels', with a long horizontal stroke extending to the left.

prof. dr. A.H.M. Daniels