

## 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, 9 juni 2005

**Betreft: NOB-commentaar op het 'Voorstel van wet houdende aanpassing van de regeling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 betreffende de omzetting van een vaste inrichting met verliezen in een deelneming', Kamerstuknummer 30.117**

Geachte leden van de Commissie,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennisgenomen van het 'Voorstel van wet houdende aanpassing van de regeling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 betreffende de omzetting van een vaste inrichting met verliezen in een deelneming' (hierna: het wetsvoorstel).

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

### **1 Verenigbaarheid met het EG-recht**

De Orde waardeert het dat de Staatssecretaris in de Memorie van toelichting, op verzoek van de Raad van State, het wetsvoorstel aan het EU-recht toetst. In dat verband merkt de Orde op dat het thans in de Memorie van toelichting ingenomen standpunt dat de voorgestelde maatregel de toets aan het EU-recht kan doorstaan op gespannen voet staat met de onzekerheid die daaromtrent werd uitgesproken in de Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wijziging van enkele belastingwetten in verband met een herziening van de behandeling van de omzetting en kwijtschelding van afgewaardeerde vorderingen en een aanpassing van de regeling voor afwaarderingsverliezen van deelnemingen (Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 29 686, nr. 3, blz. 5). In de bedoelde passage wordt de mogelijke strijdigheid met de Richtlijn 90/435/EEG (de Moeder-dochterrichtlijn) als argument gebruikt om bij de vormgeving van de heffing ter zake van omzetting van een afgewaardeerde vordering in een deelneming niet te kiezen voor tijdelijke uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling, zoals in art. 13c Wet VpB 1969. Daarbij werd opgemerkt: "Het verdient de voorkeur om in ieder geval bij de introductie van nieuwe bepalingen onzekerheid over de houdbaarheid onder het EU recht zo veel mogelijk te beperken". De Orde zou graag vernemen hoe de thans voorgestelde uitbreiding van art. 13c Wet VpB 1969 zich verhoudt tot dit uitdrukkelijke voornemen om Europeesrechtelijke problemen zo veel mogelijk te voorkomen.

In de Memorie van toelichting wordt voorts het standpunt ingenomen dat het op grond van Richtlijn 90/434/EEG (de Fusierichtlijn) geoorloofd zou zijn om bij omzetting van een vaste inrichting in een deelneming de eerder in aftrek toegelaten verliezen in één keer terug te nemen, zodat de systematiek van art. 13c Wet VpB 1969 wat dat betreft minder vergaand zou zijn dan het Europese recht toelaat. Daartoe wordt gewezen op art. 10, eerste lid, Fusierichtlijn. De Orde betwijfelt de juistheid van dit argument. De betreffende bepaling in de Fusierichtlijn staat een lidstaat toe om ingeval van inbreng van tot een vaste inrichting behorende activa in een dochtervennootschap bij het vaststellen van de belastbare winsten van de inbrengende vennootschap de eerder in aftrek gebrachte verliezen van die vaste inrichting optellen. De sanctie in art. 13c Wet VpB 1969 is echter op een geheel andere wijze vormgegeven en ziet niet op de inbrengende vennootschap, doch op de vennootschap die na de omzetting de deelneming houdt. De Orde wijst er in dit kader op dat de sanctie van art. 13c Wet VpB 1969 ook optreedt indien de vaste inrichting niet wordt ingebracht in de deelneming, maar er slechts sprake is van voortzetting van de activiteiten van de vaste inrichting door de deelneming (en na inwerkintreding van het wetsvoorstel bij voorzetting door het lichaam waarin de deelneming een belang heeft van tenminste vijf procent). De Orde is voorts principieel van opvatting dat een argument ontleend aan de Fusierichtlijn een eventuele strijdigheid van de heffing op grond van art. 13c Wet VpB 1969 met de Moeder-dochterrichtlijn niet kan wegnemen, omdat de deelnemingsverhouding eerst en vooral wordt beheerst door de Moeder-dochterrichtlijn.

## **2     Tegenbewijsregeling**

Ingevolge het voorgestelde art. 13c, vierde lid, Wet VpB 1969 wordt de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling uitgebreid tot voordelen uit hoofde van de deelneming, indien de belastingplichtige via de deelneming (tussenhoudster) een belang heeft van ten minste vijf procent in een lichaam dat een onderneming drijft die voorheen als een buitenlandse deelneming werd gedreven. Op grond van de tweede volzin van het voornoemde vierde lid kan de belastingplichtige aannemelijk maken dat de positieve voordelen uit de deelneming niet toerekenbaar zijn aan het belang in dat lichaam. De regeling ziet blijkens de toelichting met name op de situatie dat de tussenhoudster diverse kwalificerende belangen bezit, waarvan er één of meer een voortzetting van een voorheen verlieslijdende buitenlandse inrichting vormt, maar is blijkens de voorgestelde tekst daar niet toe beperkt. Indien de voordelen uit hoofde van de deelneming bijvoorbeeld verband houden met een door de deelneming zelf gedreven onderneming, is de tegenbewijsregeling naar de mening van de Orde eveneens van toepassing. De Orde verzoekt om nadere toelichting omtrent de wijze waarop een belastingplichtige in de praktijk het tegenbewijs zou moeten leveren, bijvoorbeeld in een situatie waarin de deelneming zelf een onderneming drijft en daarnaast zowel belangen in niet-kwalificerende als belangen in kwalificerende lichamen houdt en er voorts onregelmatig dividenduitkeringen van verschillende omvang worden gedaan door de belangen van de deelneming. Mag de belastingplichtige er van uitgaan dat een voordeel uit hoofde van de deelneming niet door de nieuwe regeling wordt getroffen indien en voor zover de deelneming dan wel de belangen van de deelneming voordelen behalen die geen verband houden met de voortzetting van een buitenlandse onderneming? Zo nee, geldt er dan een benadering waarbij de dividenduitkeringen van de deelneming geacht worden te zijn gefinancierd uit de oudste ontvangen dividenduitkeringen (FIFO) of moet de dividenduitkering van de deelneming worden toegerekend aan de meest recent ontvangen dividenduitkeringen (LIFO)? Moeten of mogen de dividenduitkeringen van de deelneming pro rata worden toegerekend aan de dividenduitkeringen van de belangen van de deelneming?

## N | O | B |

Hoe vindt toerekening van de dividenduitkeringen van de deelneming aan waardestijging van de deelneming zelf en waardestijging van de belangen van de deelneming plaats?

Nu wordt voorgesteld dat de bewijslast te dien aanzien in het geheel bij de belastingplichtige komt te liggen, valt niet uit te sluiten dat de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt ten aanzien van voordelen die in het geheel geen verband houden met positieve resultaten uit de vennootschap waarin de onderneming van de voormalige verliesgevende vaste inrichting wordt voortgezet. Hiermee loopt de regeling naar de opvatting van de Orde een aanzienlijke kans om door het Hof van Justitie strijdig te worden bevonden met de Moederdochterrichtlijn.

Tenslotte merkt de Orde op dat de voorgestelde tegenbewijsregeling veel minder ver gaat dan de regeling die de Staatssecretaris voorstelt in art. II, eerste lid van het onderhavige wetsvoorstel om de gevolgen van de onmiddellijke inwerkingtreding voor structuren die in het verleden zijn ontstaan te verzachten. Voor de toepassing van de overgangsregeling behoeft de belastingplichtige slechts aannemelijk te maken dat de positieve deelnemingsvoordelen geen verband houden met winsten van de voortgezette onderneming. De Orde acht het wenselijk dat ook de structurele regeling van art. 13c Wet VpB 1969, inclusief de thans voorgestelde uitbreiding, wordt uitgerust met een dergelijke uitgebreidere tegenbewijsregeling teneinde de belastingplichtige de mogelijkheid om de overkill die mogelijk met de toepassing van art. 13c Wet VpB 1969 gepaard gaat zoveel mogelijk te voorkomen.

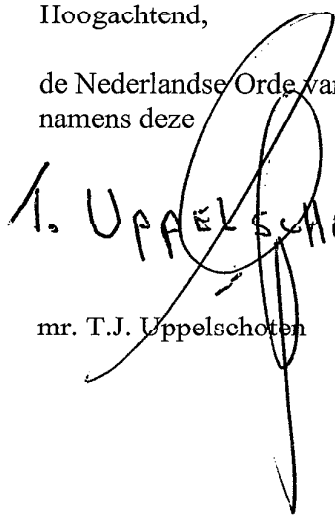
Uit oogpunt van een redelijke bewijslastverdeling acht de Orde het derhalve wenselijk om bij wijze van 'safe harbour' in ieder geval goed te keuren dat een belastingplichtige met betrekking tot de van de tussenhoudster ontvangen dividenden een eenmalige keuze kan maken om deze toe te rekenen op basis van het LIFO stelsel danwel het FIFO stelsel onder de voorwaarde dat deze stelselkeuze consistent wordt toegepast. Deze keuzemogelijkheid geeft belastingplichtigen enerzijds rechtszekerheid en daarnaast onverkort de mogelijkheid om anderszins aannemelijk te maken dat bepaalde voordelen uit hoofde van deelneming niet toerekenbaar zijn aan het lichaam waarin de verlieslatende vaste inrichting is ingebracht.

### **3 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

  
T. UPPELSCHOTEN

mr. T.J. Uppelschoten