

*Mr. M. V. Lambooi*

Dames en heren! Gegeven de beperkte tijd van twintig minuten zal ik mij ook beperkingen moeten opleggen. Ik wil met name aandacht besteden aan de gewijzigde voorwaarden voor de deelnemingsvrijstelling en de vraag wanneer deelnemingsverrekening zal worden gegeven. Ik zal niet de vraag behandelen hoe de deelnemingsverrekening precies zal uitvallen.

Ik stel voorop dat ik het voorstel zoals het er nu ligt heel aanvaardbaar en conceptueel juist vind. Het geeft een behoorlijke vereenvoudiging van de deelnemingsvrijstelling en het is met name voor ons als worstverkopers een stuk gemakkelijker geworden om de deelnemingsvrijstelling uit te leggen aan buitenlandse partijen die naar Nederland komen. De grote vraag waarvoor ik aandacht vraag is evenwel hoe de uitvoeringspraktijk van met name de deelnemingsverrekening straks zal zijn. Daar zit voor mij een risico inzake het vestigingsklimaat.

De harde ondergrens van 5% die in eigenlijk alle situaties, binnenland en buitenland, wordt geïntroduceerd acht ik een goede benadering. Wij moeten niet vergeten dat een aantal jaren geleden de 5% in de praktijk voor praktisch alle belastingplichtigen een gegeven was. Alleen dankzij jurisprudentie van de Hoge Raad kon die grens in de praktijk naar beneden worden bijgesteld. Het terugkeren naar deze harde ondergrens van 5% in combinatie met het afschaffen van de eisen van art. 13g, de moeder-dochtervrijstelling, vind ik een winst voor de deelnemingsvrijstelling. Daarbij komt dat het wetsvoorstel ter verzachting van die harde ondergrens de concernbenadering bevat, waarbij als maar één belastingplichtige voldoet aan de voorwaarden voor deelnemingsvrijstelling andere verbonden lichamen met geringere belangen ook kunnen kwalificeren. Door VNO-NCW is de vraag gesteld of net als in de AB-regeling een aflopend belang kleiner dan 5% nog enige tijd voordelen van de deelnemingsvrijstelling kan blijven genieten. Ik vind dat eerlijk gezegd een wat minder belangrijk punt. Door de compartimentering zullen wij immers de voordelen van de deelnemingsvrijstelling kunnen blijven genieten voor zover die voordelen zijn opgekomen tot het moment dat het belang onder de 5% zou duiken.

Een gemis in internationale verhoudingen is het ontbreken van een kwalificerende ondergrens in termen van een absoluut bedrag. Onze grote concurrent op het gebied van de deelnemingsvrijstelling, Luxemburg, heeft zo'n ondergrens ingevoerd en hij wordt over het algemeen als een succes ervaren. Conceptueel kan ik mij voorstellen dat het ministerie zegt dat men daar niet aan wil, omdat de voordelen met name aan de heel grote concerns zouden toevallen. Waarom zou een belegging van meer dan een miljoen opeens geen belegging meer zijn!

Wat betreft het vervallen van de eisen ben ik van mening dat iedereen moet kunnen leven met het vervallen van de voorraadeis, aangezien die in de praktijk nooit effectief is geweest, met name niet door de toelichting die bij het invoeren van die eis op het begrip voorraad is gegeven, waardoor deze eigenlijk alleen bedoeld leek te zijn voor de handel in kasgeldvennootschappen door de grote banken.

Het vervallen van de niet-ter-beleggingseis, waarbij de subjectieve bedoeling die de deelnemingsvrijstelling claimde werd getoetst, zal door de mensen die in de internationale praktijk werkzaam zijn met instemming zijn begroet. Het is bijzonder, met name in het kader van de discussie over taxhavens, Primarolo etc., dat nu ook Nederland de onderworpenheidseis laat vallen voor actieve dochters. Je zou kunnen zeggen dat het niet helemaal past in anti-misbruikdiscussies maar ik denk dat de combinatie met de activiteitentoets zoals die nu wordt voorgesteld voor de praktijk een aanvaardbare toets kan zijn.

De deelnemingsverrekening is van toepassing als de activa van de desbetreffende dochtervennootschap voor meer dan 50% uit vrije beleggingen bestaan, in combinatie met de

onderworpenheidstoets waarbij de activiteiten van de dochtervennootschap voor minder dan 10% belast zouden moeten worden, berekend op grond van Nederlandse belastingmaatstaven. Als aan beide voorwaarden, zowel het hebben van meer dan 50% beleggingen als de te geringe onderworpenheid, wordt voldaan, is geen sprake meer van vrijstelling maar vindt verrekening plaats. Die verrekening bestaat uit een forfaitaire verrekening van 5% over alle gebruteerde voordelen en in het geval van EU-dochters uit verrekening van de daadwerkelijke belasting die door de EU-dochter is betaald. Uiteraard is de verrekening nooit groter dan de Nederlandse belasting over de netto-opbrengst uit de deelneming, de tweede limiet bekend van de voorkoming van dubbele belasting.

Een gemis - het is echter de vraag hoe groot het is - van het wetsvoorstel is dat de deelnemingsverrekening, de methodiek en de details ervan in het geheel niet zijn uitgewerkt. In de memorie van toelichting zijn enkele voorbeelden gegeven maar aan alle complexe situaties die wij kennen van creditsystemen in diverse buitenland, met name het Amerikaanse en het Engelse systeem, wordt geen woord gewijd. Vanuit de positie van de wetgever is dat ook logisch, omdat deze de deelnemingsverrekening ziet als een soort vanultieme stok om de hond te slaan die over de grens ingewikkelde dingen gaat doen om veel belasting te besparen.

Het begrip vrije beleggingen wordt dus heel belangrijk. Het is immers de eerste drempel die je moet nemen om in de buurt van de deelnemingsverrekening te komen. Na de nota naar aanleiding van het verslag zijn deze geobjectiverd als de objectieve beleggingen, dus niet bezien vanuit de aandeelhouder maar vanuit de functie in de dochtervennootschap. Dat betekent dat het moet gaan om activa die geen belang hebben in de onderneming van de betreffende vennootschap. Door deze definitie - dat zal ook de reden zijn geweest om het te doen - zijn de beleggingen die verzekeringsmaatschappijen aanhouden ter dekking van hun verplichtingen uiteindelijk niet in de sfeer van deze maatregel terechtgekomen. Ook de solvabiliteit die een verzekeraar moet aanhouden bovenop de verzekerde risico's zal als onderdeel van het belang in de onderneming naar mijn idee niet onder de vrije beleggingen moeten vallen. Hetzelfde geldt overigens voor de overnamekas bij een actieve financieringsmaatschappij. Dat zou, anders dan de redactie van Vakstudienieuws zegt, ook geen vrije belegging moeten zijn.

Het gevolg van de hele simplificering van de deelnemingsvrijstelling en met name het vervallen van art. 13g is wel dat de doorkijkbepaling van dat artikel nu gaat vervallen. Dat wil zeggen dat er in de situaties waarin sprake is van met name buitenlandse tussenhoudsters een wat ingewikkelder toets moet plaatsvinden voor de vraag of er sprake is van een vennootschap waarop de deelnemingsverrekening van toepassing is, niet de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van de tussenhoudster. Je moet dan immers alle belangen die deze tussenhoudster houdt in haar eigen dochters kwalificeren. Als die belangen minder dan 5% bedragen zullen zij als gevolg van de wetsfictie in lid 12 van art. 13 worden aangemerkt als vrije belegging. Voor belangen van minder dan 5% via een tussenhoudster is de regeling denk ik dan ook wel duidelijk. Ingewikkelder wordt het doordat je vervolgens ook moet gaan kijken naar de activa van de dochtervennootschappen die de tussenhoudster houdt, dus belangen van 5% of meer. Die activa moet je direct toerekenen aan de tussenhoudster. Ook daar moet je weer gaan toetsen of de desbetreffende activa een rol vervullen in de onderneming van de dochter van de tussenhoudster, enz. enz. Het kan diverse niveaus naar beneden. Volgens de memorie van toelichting is dat geen consolidatie maar een echte toerekening van de activa. Dat betekent dat je als er op het niveau van de tussenhoudster of de deelnemingen die er onderhangen bijvoorbeeld groepsfinanciering wordt verricht, de actiefkant wel moet meenemen maar niet mag kijken naar de passiefkant van de groepsfinanciering bij een dochtervennootschap. Vervolgens moet je de vrije beleggingen en de toegerekende vrije beleggingen van de dochtermaatschappij van de tussenhoudster op de

waarde in het economisch verkeer zetten, waarbij je ook de andere activiteiten van de desbetreffende vennootschappen zult moeten waarderen, en nagaan of je zo over de 50%-grens komt. Dat lijkt mij geen echt gemakkelijke toets. Voor de praktijk is het volgens mij niet werkzaam en trouwens ook niet wenselijk als die toets in elk geval moet worden toegepast. In de memorie van toelichting wordt gezegd dat deze toets in principe van dag tot dag moet worden toegepast, zodat jojo-effecten kunnen optreden. Een vennootschap kan bijvoorbeeld na de verkoop van een deelneming opeens heel veel vrije beleggingen hebben.

Heb je eenmaal vastgesteld dat er sprake is van meer dan 50% aan vrije beleggingen, dan moet je de onderworpenheid van de desbetreffende buitenlandse vennootschap - het kan uiteraard ook een binnenlandse vennootschap zijn maar dan zijn de Nederlandse maatstaven wat minder problematisch - gaan beoordelen naar Nederlandse maatstaven. Daarvan wordt in de tekst gezegd dat de vennootschap onderworpen moet zijn aan een belasting naar de winst die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Dat zou theoretisch betekenen dat je van al je dochtervennootschappen en ook hun dochters als het om tussenhoudsters gaat moet gaan bekijken wat de belastbare basis is, de feitelijk betaalde belastingen en de belastingdruk moet gaan berekenen. Is die druk minder dan 10%, dan heb je een probleem bij een beleggingsentiteit. Daarbij is in de memorie van toelichting wel een scala van verschillen in de belastingbasis genoemd. Aangegeven is of zij wel of niet relevant zijn. In principe zijn alle verschillen in de belastingbasis tussen het buitenlandse en het Nederlandse systeem relevant, zodat zij in principe een probleem kunnen opleveren. Overigens zijn bij nota van wijziging de artikelen 12b en 12c terecht uit de discussie geëlimineerd. Hetzelfde geldt waarschijnlijk voor art. 3:30a IB, de bepaling die iets zegt over de beperking in de afschrijving van gebouwen. Zou die bepaling wel relevant blijven, dan zouden alle Nederlandse vennootschappen met buitenlands onroerend goed in buitenlandse onroerendgoedlichamen een probleem kunnen gaan krijgen, doordat de beperking naar Nederlandse maatstaven zou betekenen dat de buitenlandse belastingdruk te laag is.

Er is een aantal problemen gesignaleerd ten aanzien van bijvoorbeeld verliesverrekening. Moet bijvoorbeeld bij de berekening van de onderworpenheid worden gekeken naar de manier waarop in het buitenland verliezen worden verrekend! Zeker nu in het wetsvoorstel een beperking van de verliesverrekening in Nederland wordt voorgesteld kun je je voorstellen dat dit relevant gaat worden. Ik noem de situatie waarbij je in Nederland geen verlies meer had mogen verrekenen maar het in het buitenland nog wel mag doen en als gevolg daarvan het effectieve in het buitenland op die basis berekende tarief lager is dan het naar Nederlandse maatstaven zou zijn geweest. Daarvan is gezegd dat verschillen in verliesrekening niet relevant zijn. Dat is op zich ook logisch, aangezien de wettekst spreekt van het begrip belastbare winst. Daarop wordt vervolgens weer een rare uitzondering gemaakt - Vakstudienieuws noemt het een systeemfout - in de sfeer van art. 10a, de vraag of er voldoende compenserende heffing is, waarbij in definitietermen wordt verwezen naar dezelfde onderworpenheidstoets maar waarbij voor art. 10a-doeleinden verliesverrekening wel een probleem is. Buitenlandse tariefsvoordelen zijn dus wel relevant. Een buitenlands regime met een tarief lager dan 10% levert een probleem op. Fiscale consolidatie in het buitenland is wel relevant. Dat is vreemd en er is niet helemaal uitgelegd hoe dat precies zou moeten worden toegepast. Voorkoming van dubbele belasting zou weer niet relevant zijn, zodat een buitenlandse vennootschap die als gevolg van voorkoming van dubbele belasting minder belasting zou betalen geen probleem zou opleveren voor het beoordelen van de onderworpenheid naar Nederlandse maatstaven.

Een andere vraag, bijvoorbeeld wat doe je met een vennootschap die gebruik maakt van credits voor buitenlandse belasting, bijvoorbeeld een vennootschap in een creditland, is niet uitgewerkt. Een vraag is ook wat je doet met buitenlandse bronbelastingen. Er is gezegd

dat een buitenlandse bronbelasting geen onderworpenheid oplevert. Leidt de buitenlandse bronbelasting echter tot een lagere lokale winstbelasting, dan zou het weer wel een probleem kunnen zijn, tenzij je het onder de noemer van voorkoming van dubbele belasting zou kunnen scharen. Ik denk dat dat het geval zou moeten zijn.

Als je dit speelveld overziet zou je moeten zeggen dat er sprake is van een probleem. De staatssecretaris, inmiddels de minister, zegt evenwel dat het in de praktijk wel meevalt, aangezien het aantal vennootschappen dat als beleggingsvennootschap wordt aangemerkt beperkt zal zijn. Zijns inziens zal het probleem zich in de praktijk niet voordoen en is het daarom niet van belang om bijvoorbeeld de deelnemingsverrekening tot in detail uit te werken. Is dat echter wel zo? In het technische commentaar dat gisteren naar de Tweede Kamer is gestuurd naar aanleiding van overleg tussen een aantal ambtenaren van Financiën en woordvoerders van de Tweede-Kamerfracties wordt uiteengezet hoe de bewijslastverdeling zal verlopen bij de vraag of er überhaupt sprake is van een deelnemingsvrijstellingssituatie, de situatie die ziet op alle deelnemingen en niet alleen op de uitzonderingen. In het technisch commentaar wordt eigenlijk gezegd dat het aan de belastingplichtige is om te bewijzen dat sprake is van deelnemingsvrijstelling. Dat zou dus betekenen dat een belastingplichtige als het ware het negatieve bewijs zou moeten gaan leveren dat aan de beleggingstoets noch aan de onderworpenheidstoets zou zijn voldaan. Dat lijkt mij geen juiste gang van zaken. Het technisch commentaar verwijst terecht naar de vrije bewijsleer maar mijns inziens moet je in het kader van de bewijslastverdeling als volgt redeneren. De hele regeling is eigenlijk bedoeld om uitsluitend - het blijkt ook uit de opmerking van de staatssecretaris over het aantal vennootschappen dat hiermee te maken zou krijgen - gevallen te pakken waarin duidelijk sprake is van vrije beleggingen op een toegerekende basis en waarin ook sprake is van een groot fiscaal voordeel, door een duidelijk afwijkende fiscale basis of door bijzondere tariefsvoordelen. Daarop zou de maatregel van de deelnemingsverrekening dan ook moeten zijn gericht. Dat zou naar mijn gevoel ook moeten betekenen dat in principe een belastingplichtige die stelt dat hij voldoet aan de voorwaarden van de deelnemingsvrijstelling, bijvoorbeeld omdat hij een 5%-belang in een binnenlandse of buitenlandse entiteit heeft, daarmee in principe klaar is en dat het aan de inspecteur is om te stellen en vervolgens aan te tonen dat er sprake is van vrije beleggingen. Dat betekent dat de inspecteur vragen kan stellen - dat recht kun je hem ook niet ontzeggen - maar het kan niet zo zijn dat de belastingplichtige wordt opgezadeld met een negatieve bewijslast. Als de inspecteur vervolgens vaststelt dat sprake is van voldoende vrije beleggingen om in de gevarezone van deze regeling te komen, zou de mate van onderworpenheid door de belastingplichtige moeten worden aangetoond. Pas op dat moment zou sprake kunnen zijn van het omrekenen van de buitenlandse belastingbasis naar de binnenlandse belastingbasis. Heb je vastgesteld dat sprake is van voldoen aan zowel de beleggingstoets als de geringe-onderworpenheidstoets, dan is de berekening van het te verrekenen belastingbedrag inderdaad aan de belastingplichtige.

Ik concludeer dat het naar Nederlandse maatstaven vereisen van een onderworpenheidsberekening op kommaniveau, met alle details, schadelijk kan zijn voor het Nederlandse vestigingsklimaat en ook onredelijk is. Het doel van de regeling is immers het bestrijden van het laag belasten van echte beleggingen uit eigen vermogen in andere landen en van passieve buitenlandse financieringsmaatschappijen die niet voldoen aan de eisen die het huidige art. 13:2 en de uitvoeringsregelingen stellen.

Wat deze regeling niet zou moeten beogen - ik denk ook niet dat het de bedoeling is - is het aan buitenlandse vennootschappen opleggen van allerlei Nederlandse details in de berekening van de winstbasis. Ik heb al geconcludeerd dat de bepaling van de credit, de deelnemingsverrekening, niet adequaat is uitgewerkt en dat een belastingplichtige die in de fuik van deze te laag belaste beleggingsdochter loopt een probleem zal krijgen om het juiste bedrag aan deelnemingsverrekening te bewijzen. De vraag moet dan ook zijn hoe het

ministerie deze maatregel kan behouden zonder de negatieve effecten op het klimaat en zonder te verlangen dat elke belastingplichtige in elke deelnemingsvrijstellingssituatie het negatieve bewijs zou moeten leveren van het niet voldoen aan de beleggingstoets en de geringe-onderworpenheidstoets. Er lijkt een aanknopingspunt te zijn in de parlementaire geschiedenis, omdat in de context van artikel 10a door de minister wordt opgemerkt in kamerstuk 30572, nr. 8:

*Het ligt niet voor de hand dat iedere afwijkende buitenlandse winstbepaling aanleiding zal zijn voor een verzoek tot omrekening naar Nederlandse grondslag. Daartoe zal normaal gesproken alleen aanleiding zijn als het nominale buitenlandse tarief onder de 10% ligt, of als sprake is van een regime waarbij de effectieve belastingdruk duidelijk onder dat percentage kan uitkomen. Belastingplichtigen die de grenzen van het aanvaardbare niet opzoeken, hoeven niet te vrezen voor extra administratieve lasten. Bovendien is er altijd nog de mogelijkheid om eventuele twijfelgevallen vooraf voor te leggen aan de Belastingdienst.*

De laatste opmerking nemen wij uiteraard ter harte als sprake is van grote problemen. Ik denk echter dat er niet één belastingadviseur of bedrijfsfiscalist in deze zaal zit die met zijn lijst van alle deelnemingen naar de inspecteur zal gaan om er alle toetsen op los te laten. Mijn voorstel is dan ook een extra drempel in de wet op te nemen, of in de vorm van een uitvoeringsvoorschrift aan de Belastingdienst te verstrekken, waarbij aan de Belastingdienst wordt opgedragen alleen details te verlangen over de toerekening van de vrije beleggingen en de onderworpenheidsberekening naar Nederlandse maatstaven indien er een buitenlands nominaal tarief van duidelijk minder dan 10% is. Is er sprake van een nominaal hoger tarief dan zou de Belastingdienst de discussie alleen moeten aangaan indien het redelijkerwijs aannemelijk is dat de buitenlandse grondslag wezenlijk afwijkt van de Nederlandse. Ik pleit dus voor een marginale toetsing. *(Applaus)*