

DE NIEUWE DEELNEMINGSVRIJSTELLING

door K. H. van der Linden

Bij de belastingheffing van lichamen heeft in Nederland vanouds, in de een of andere vorm, een vrijstelling gegolden voor winst afkomstig van dochter-lichamen. Die deelnemingsvrijstelling heeft volgens Christiaanse¹⁾ in de binnenlandse verhouding de strekking dubbele heffing van belasting in de sfeer der lichamen te voorkomen, en dient in de buitenlandse verhouding tot het voorkomen van internationale dubbele belasting²⁾. De feitelijke betekenis van de vrijstelling is groot. Christiaanse, blz. 85 vv, vermeldt cijfers over 1958: van de door vermogensvergelijking bepaalde winst van n.v.'s met een gestort kapitaal boven f 100.000 was niet minder dan 41,8% vrijgesteld als winst uit deelnemingen³⁾.

Doel van deze bijdrage is het geven van een beschrijving van de regeling van deze belangrijke vrijstelling in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (de wet). Daarbij zal ik vergelijkingen maken met de regeling zoals die was onder het Besluit op de Vennootschapsbelasting 1942 (het Besluit). Gemakshalve gebruik ik het woord „deelneming” ook wel voor het lidmaatschap van een coöperatieve vereniging, dat door de wet met een deelneming op één lijn wordt gesteld. Het deelnemende lichaam noem ik „moeder”, het lichaam waarin deelgenomen wordt „dochter”, ook als de deelneming slechts een gering percentage van de dochter betreft. Achtereenvolgens komen de volgende onderwerpen aan de orde: (1) de moeder; (2) de binnenlandse dochter; (3) de buitenlandse dochter; (4) de verhouding tussen moeder en dochter; (5) de omvang van de vrijstelling; (6) aftrekbaar verlies bij liquidatie van de dochter; (7) met de deelneming verband houdende kosten; (8) geldleningen aan dochters; (9) de fiscale eenheid en (10) het buitenlands filiaal.

1) Dr. J. H. Christiaanse, Deelnemingsvrijstelling (1962), Geschrift nr. 20 in de serie Fiscale Monografieën van Kluwer. Aan dit boek heb ik veel ontleend, ook voor de indeling der stof. Verwijzingen ernaar geschieden door vermelding van de naam van de schrijver en het nummer van de bladzijde.

Voor een recente internationaal georiënteerde beschouwing zie drs. M. J. van Rooijen in Belastingbeschouwingen, aug. 1969, (Nederlands) en in Bulletin of international fiscal documentation juli/aug./sept/1969 (Engels, Frans en Duits).

Zie voorts H. B. A. Verhoeven in Weekblad voor fiscaal recht (WFR) 1969, 4966.

2) Voor zijn terminologie op dit punt verwijst Christiaanse naar J. R. Schaafsma, N.V. febr. 1940. J. J. de Klerck, WFR 1963, 4641, vermeldt een mogelijke opvatting die hij als een andere beschouwt: deelnemingsdividenden zijn in wezen geen winst. Moeder en dochter maken samen een winst uit haar produktie, maar die winst vermeerdert niet doordat zij die naar elkaar toeschuiven.

Dr. D. Brüll, Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, proefschrift Amsterdam, FED 1964, blz. 297/298, beschouwt de dochter als instrument van de moeder en ziet achter de vrijstelling de gedachte van de „verlengstukwinst”. Voor kleine pakketten gaat dit z.i. veelal niet op.

H. B. A. Verhoeven, WFR 1969, 4966, raadpleegt de parlementaire geschiedenis van de wet en concludeert daaruit dat de vrijstelling dubbele heffing in de sfeer van „bepaalde” lichamen wil voorkomen.

3) Inclusief beleggingsdividenden, vrijgesteld op grond van de Beschikking Beleggingsmaatschappijen. Christiaanse ontleent deze (en andere) cijfers aan de Statistiek der Naamloze Vennootschappen 1956-1958 van het CBS.

1 De moeder

Alle categorieën lichamen, die onder de vennootschapsbelasting vallen, kunnen voortaan de vrijstelling genieten: ook de nieuwe categorie die de wet daaronder brengt, te weten die der „fondsen voor gemene rekening”⁴). Onder het Besluit kwamen niet voor de vrijstelling in aanmerking coöperatieve verenigingen en een bedrijf uitoefenende andere verenigingen en „andere privaatrechtelijke rechtspersonen” - waaronder kerkgenootschappen. Die beperkingen zijn opgeheven.

Buitenlandse lichamen, met een „vaste inrichting” in Nederland waartoe een deelneming behoort, kunnen evenals voorheen de vrijstelling genieten.

Wel geldt één restrictie: n.v.'s en fondsen voor gemene rekening die als „beleggingsinstellingen”⁵) onder een afzonderlijk régime vallen kunnen niet tevens aanspraak maken op deelnemingsvrijstelling. Mutatis mutandis gold deze uitzondering reeds onder het Besluit: op grond van zijn lezing van artikel 11 van het Besluit ontzegde de Hoge Raad de vrijstelling aan „effecten-beleggingsmaatschappijen”. De vrijstelling van door een besloten effecten-beleggingsmaatschappij ontvangen dividenden was afhankelijk van de voorwaarde, dat 60% daarvan werd uitgekeerd; door de uitzondering gold dit ook voor ontvangen deelnemingsdividenden. „Beleggingsinstellingen” onder de wet zullen haar gehele winst moeten uitkeren; deelnemingsdividenden behoren tot die winst.

2 De binnenlandse dochter

Kwamen tot dusver slechts voor vrijstelling in aanmerking deelnemingen in vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal, de wet voegt daar thans aan toe deelnemingen in coöperatieve verenigingen en fondsen voor gemene rekening.

Een nieuwe en verstrekkende restrictie is, dat geen vrijstelling wordt verleend voor deelnemingen in „beleggingsinstellingen”.

4) *fonds voor gemene rekening*: een in de wet gedefinieerde term die het begrip beoogt te dekken, dat gewoonlijk wordt aangeduid als open beleggingsfonds.

De wet brengt een lange reeks wijzigingen in de *inkomstenbelasting*, waardoor deze fondsen voor de IB gelijkgeschakeld worden met n.v.'s. Tot het inkomen van de participanten in het fonds zullen dienvolgens niet meer, zoals tot dusver, behoren de *inkomsten* van het fonds, maar de *uitkeringen* door het fonds, ook voorzover die uitkeringen vermogenswinst zouden weerspiegelen. Het is niet de bedoeling dat die vermogenswinsten worden belast, maar dat zij niet worden uitgekeerd: in de Nadere Memorie van Antwoord, blz. 13 r.k., wijst de Staatssecretaris erop, dat de participant de door het fonds ingehouden vermogenswinst belastingvrij kan toucheren door verkoop van zijn participatie.

Het uiteindelijk effect is dus vooral, dat uitkeringen van koerswinst *en royement* onmogelijk worden gemaakt. Het werkelijk open fonds kan echter eigen participaties ter beurse doen inkopen zonder fiscale gevolgen.

Gegeven deze wijzigingen van de IB moet nu het fonds worden bewogen zijn inkomsten te blijven uitkeren. Daartoe is het fonds belastingplichtig gemaakt voor de vennootschapsbelasting. Die belastingplicht is enkel een stok achter de deur: het is niet de bedoeling dat het fonds ook echt belasting betaalt, maar dat het zich gedraagt als „beleggingsinstelling”.

5) *beleggingsinstelling*: een beleggings-n.v. die, of een fonds voor gemene rekening dat, aan bepaalde in de wettelijke definitie opgenomen voorwaarden voldoet. Een van die voorwaarden is, dat de instelling haar gehele winst - exclusief vermogenswinst, die in een herbeleggingsreserve wordt opgenomen - binnen 8 maanden na afloop van het boekjaar uitkeert. Voor een beleggingsinstelling geldt een nultarief: zij wordt dus in feite niet belast.

Een n.v. of fonds voor gemene rekening kan afwisselend wel en niet „beleggingsinstelling” zijn, door achtereenvolgens wel en niet te voldoen aan de bestaansvoorwaarden van de beleggingsinstelling, vervat in de wettelijke definitie. Verkrijgt een dochter de status van beleggingsinstelling (steeds: bij het begin van een boekjaar), dan behoudt de moeder nog 8 maanden de deelnemingsvrijstelling voor uitkeringen van winst, die de dochter behaalde in vorige boekjaren. Verliest een dochter de status van beleggingsinstelling, dan gaat de deelnemingsvrijstelling voor de moeder niet onmiddellijk in: zij moet 8 maanden wachten.

Enig verder priegelwerk in de overgangsbepalingen mag ik de lezer niet onthouden vanwege het mogelijke actuele belang.

Moeder en dochter kunnen een verschillend boekjaar hebben, waarvan dat van de moeder het eerst ingaat. Omdat de wet voor het eerst wordt toegepast m.b.t. het boekjaar dat „met of in 1970 aanvangt”, geldt de wet dan reeds voor de moeder, terwijl voor de dochter het Besluit nog wordt toegepast tot het eind van haar boekjaar. Als de dochter nu nog valt onder de „Beschikking Beleggingsmaatschappijen”, dan geniet de moeder - voor wie de wet reeds geldt - in deze periode geen deelnemingsvrijstelling. *Daarna weer wel*, tenzij de dochter met ingang van het eerste boekjaar onder de wet „beleggingsinstelling” wordt⁶).

Een dochter die van „effecten-beleggingsmaatschappij” (onder het Besluit) onmiddellijk „beleggingsinstelling” wordt (onder de wet) berooft haar moeder met onmiddellijke ingang van de vrijstelling. In dit geval geldt niet de gratietermijn van 8 maanden die bij verkrijging van de status van beleggingsinstelling op een later tijdstip zou gelden. Is de dochter een „fonds voor gemene rekening”, dat per 1 januari 1970 „beleggingsinstelling” wordt, dan geldt hetzelfde: de moeder wordt zonder gratietermijn van de vrijstelling uitgesloten.

3 De buitenlandse dochter

Ook voor deelnemingen in buitenlandse dochters werd in het Besluit slechts vrijstelling verleend, indien de dochters vennootschappen waren met een in aandelen verdeeld kapitaal. De wet breidt de groep uit met buitenlandse coöperatieve verenigingen (maar niet met buitenlandse fondsen voor gemene rekening).

Voorwaarde is, evenals voorheen, dat de dochter onderworpen is aan een in het buitenland - thans: op landsniveau - in enigerlei vorm naar de winst geheven belasting. Een laag tarief verhindert het vervuld zijn van de onderworpenheidsvoorwaarde niet, een objectieve vrijstelling van bepaalde winsten evenmin. Het gaat slechts om de subjectieve onderworpenheid aan een buitenlandse winstbelasting.

6) Wordt de dochter geen beleggingsinstelling, dan geldt de vrijstelling bij de moeder dus ook voor dividenden, waarmee de dochter achteraf nog voldoet aan haar uitkeringsplicht over het laatste jaar, waarin zij viel onder de Beschikking Beleggingsmaatschappijen. Men zie de toelichting op de Tweede Nota van Wijziging blz. 12 rechterkolom en blz. 13 linkerkolom, alsmede de speciale overgangsbepaling voor effecten-beleggingsmij.en, die beleggingsinstelling worden.

Ook voor buitenlandse deelnemingen geldt een nieuwe restrictie. Het bezit van aandelen in een buitenlandse vennootschap geldt niet als deelneming, wanneer de fiscus bewijst dat de moeder de aandelen houdt „als belegging”. Wat belegging is zegt de wet niet. De Memorie van Antwoord verwijst naar het spraakgebruik (men denkt dan aan het criterium van risicospreiding en aan de afwezigheid van een streven naar zeggenschap in de dochter) en wil de definitie verder aan de rechter overlaten. Het voor de buitenlandsdochter geldende fiscale regime speelt in dit kader geen rol. Is de dochter een houdstermaatschappij van kleindochters-werkmaatschappijen, wier activiteit ligt in de lijn van de bedrijfsuitoefening van de grootmoeder, dan worden de aandelen in de dochter volgens de Memories van Toelichting en van Antwoord niet gehouden als belegging. Volgens de Memorie van Antwoord houden houdstermaatschappijen van werkdochter de aandelen in die dochters evenmin als belegging.

4 De verhouding tussen moeder en dochter

Als de dochter een binnen- of buitenlandse coöperatieve vereniging is, dan dient de moeder lid te zijn van de dochter. Ik vermoed, dat een „economisch” lidmaatschap voldoende is. Kwantitatieve eisen worden niet gesteld.

Is de dochter een binnen- of buitenlandse vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal, dan moet de moeder aandeelhoudster zijn van de dochter. Onder het Besluit was „rechtstreeks” aandeelhouderschap vereist. De Hoge Raad weigerde deelnemingsvrijstelling aan de moeder-vruchtgebruikster (BNB 1955/50). Hij eiste aandeelhouderschap in civielrechtelijke zin en benadrukte in zijn motivering het vereiste van „rechtstreeksheid”. Het is daarom opvallend dat de wetgever deze term heeft weggelaten. Ik vermoed dat hij hiermee heeft beoogd „economisch” aandeelhouderschap onder het deelnemingsbegrip te brengen, hetgeen overigens nog niet zou inhouden dat het vruchtgebruik daaronder zou vallen.

Onder het Besluit was wederkerig aandeelhouderschap een beletsel voor de vrijstelling; onder de wet is dat niet langer het geval.

Het Besluit stelde de eis, dat de moeder tenminste 25% van het nominaal gestort kapitaal van de dochter bezat; de wet reduceert dit tot 5%. De Minister kon echter onder het Besluit kleinere participaties in de vrijstelling doen delen. Deze bevoegdheid was aan de inspecteurs gedelegeerd met de opdracht daar in ruime mate gebruik van te maken. Praktisch verandert er dus weinig. Het doet er niet toe of de aandelen stemgerechtigd zijn, noch in hoeverre zij aanspraken opleveren bij de winstverdeling of bij de liquidatie: ieder aandeel telt mee voor het nominaal daarop gestorte bedrag.

Is de dochter een binnenlands fonds voor gemene rekening dan is het bezit vereist van 5% van het aantal der bij het begin van het jaar (het boekjaar van de dochter?) in omloop zijnde participatiebewijzen. Zijn er andere dan enkelvoudige participatiebewijzen, dan worden die tot het corresponderend aantal enkelvoudige bewijzen herleid. Aangezien het fonds meestal beleggingsinstelling zal zijn, in welk geval de moeder geen deelnemingsvrijstelling geniet, heeft deze bepaling meer abstracte dan werkelijke betekenis.

De Minister kan een aandelenbezit of een bezit aan participatiebewijzen, dat geen deelneming is, met een deelneming gelijkstellen. Voorwaarde is, dat ofwel het aanhouden van het bezit in de lijn ligt van de normale uitoefening van de door de moeder gedreven onderneming, ofwel met het verwerven van het bezit het algemeen belang gediend is geweest. De formulering is nagenoeg gelijk aan die van de overeenkomstige bepaling van het Besluit.

Onder het vorig nummer werd er reeds op gewezen, dat het bezit van aandelen in een buitenlandse vennootschap geen deelneming is, wanneer aanmerkelijk is, dat de aandelen „als belegging” worden gehouden.

De deelneming moet, evenals onder het Besluit, „sedert het begin van het jaar” en „onafgebroken” hebben bestaan. Dit vereiste, dat men enigszins onnauwkeurig pleegt aan te duiden als dat van „annaal bezit”, dient om „dividend stripping” tegen te gaan. Voor dat doel is het goeddeels overbodig omdat „meegekocht dividend” als regel op de boekwaarde van de aandelen in mindering moet worden gebracht. Onder het Besluit gold dan geen vrijstelling, onder de wet is er per saldo geen vrij te stellen „voordeel” voor de moeder. Christiaanse, blz. 117, concludeert dan ook, dat dit vereiste „in het bijzonder belang heeft voor kleine participaties, met name in beleggingsvorm, waarbij niet voldoende via waardering - door afboeking - het ten onrechte genieten van de vrijstelling zou kunnen worden bestreden”. Wel kan de eis van annaal bezit in een aantal gevallen over het doel heenschieten. Christiaanse noemt de verkoop van een aandelenpakket ex dividend; het dividend wordt dan genoten nadat de deelneming is afgestoten; en het interimdividend uit de winst van het jaar van verkrijging van de deelneming. De ratio van de eis van annaal bezit brengt dan volgens Christiaanse mee, dat die eis niet gesteld moet worden; ook bij de afboekingsclausule van het Besluit lette de Hoge Raad op de ratio van die clausule (BNB 1960/223), aldus Christiaanse.

De Staatssecretaris heeft tijdens het mondeling overleg met de vaste commissie voor Financiën van de Tweede Kamer beloofd, dat hij de ratio zal laten prevaleren boven de tekst in geval van een blijvende uitbreiding van een deelneming.⁷⁾

5 De omvang van de vrijstelling

Het Besluit stelde slechts dividenden vrij. De vrijstelling omvatte niet: koerswinsten, uitkeringen op winst- of oprichtersbewijzen, agiobonussen en uitkeringen van agio in contanten of andere terugbetalingen van kapitaal. Wel omvatte de vrijstelling, op grond van een Ministeriële gunstresolutie, winstbonussen tot maximaal het nominale bedrag. Koerswinsten werden dan ook

7) Het antwoord op vraag nr. 63 in het verslag van dat overleg luidt: „Met betrekking tot een in de vraag bedoelde reële - blijvende - uitbreiding van een bestaande deelneming is de bewindsman bereid voor te schrijven dat het begrip deelneming in de zinsnede „voordelen uit hoofde van die deelneming” (...) wordt uitgelegd in de zin van het belang (in de dochtermaatschappij). Alsdan zal ook een dividend dat wordt ontvangen op in de loop van een jaar als blijvend bezit verworven nieuwe aandelen onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Uiteraard zal deze uitlegging niet kunnen gelden ten aanzien van een meegekocht dividend - een dividend dat in de aankoop prijs van aangekochte aandelen is begrepen - aangezien dit op de aanschaffingsprijs van de gekochte aandelen zal worden afgeboekt en dan niet behoort tot de voordelen uit hoofde van een deelneming.”

volgens Christiaanse, blz. 250/251, zoveel mogelijk vermeden: men placht de dochter dividend te doen uitkeren of bonusaandelen te doen uitgeven, voordat de moeder de aandelen verkocht. De wet stelt vrij „voordelen uit hoofde van die deelneming of een daarmede verband houdend bezit aan winstbewijzen, dan wel uit hoofde van dat lidmaatschap”.

Uit het feit, dat de wet een aparte regeling bevat voor bij wijze van uitzondering af te trekken verlies in geval van liquidatie van de dochter blijkt, dat „voordelen” ook „nadelen” omvat. De wet geeft verder een speciale regeling inzake de aftrek van met de deelneming verband houdende kosten. Uit dat feit kan worden geconcludeerd, dat „voordelen” brutobedragen zijn. De Memorie van Toelichting zegt het ook: de term „voordelen” heeft betrekking op „het saldo van bepaalde positieve en negatieve brutobedragen”. Vrijgesteld zijn voortaan, anders dan vroeger, ook koerswinsten, agiobonussen en terugbetalingen van kapitaal⁸), en uiteraard de - in de wet uitdrukkelijk genoemde - voordelen uit een met de deelneming verband houdend bezit aan winstbewijzen. Verliezen zijn, behalve in geval van liquidatie van de dochter, niet meer aftrekbaar.

De vrijstelling voor koerswinst geldt soms niet als moeder en dochter samen deel uitmaken (of uitgemaakt hebben) van een fiscale eenheid. Als in zulke gevallen de dochter binnen de fiscale eenheid is gemaakt tot weinig meer dan de verpakking van een object, dat naar de strekking der wet met belastbare winst onverpakt had behoren te worden verkocht, krijgt de moeder geen vrijstelling van bij verkoop van de aandelen van de dochter behaalde koerswinst. Zij blijft van de vrijstelling verstoken gedurende 5 jaar, nadat de dochter uit de fiscale eenheid is losgemaakt. Onder nummer 9 kom ik hierop terug.

Zoals diverse auteurs hebben opgemerkt strekt de vrijstelling voor koerswinst zich ook uit tot winst van de moeder, die stille reserves en goodwill van de dochter weerspiegelt. Die zijn bij de dochter nog niet belast maar zullen dat later te eniger tijd wel worden.⁹)

6 Aftrekbaar verlies bij liquidatie van de dochter

Verliezen op deelnemingen blijven voortaan bij de bepaling van de winst buiten aanmerking. Op deze regel is nog één uitzondering, en wel voor verlies „dat tot uitdrukking komt” nadat de dochter is ontbonden. De woorden

8) Aldus ook H. B. A. Verhoeven in WFR 1969, 4966, en A. F. Tuk in NV, okt. 1960 en - met enig voorbehoud - in WFR 1968, 4912. Christiaanse, blz. 250, plaatste hierbij, vóór het verschijnen van de M.v.A., een vraagteken. Tekst en systeem van de wet laten m.i. weinig ruimte voor twijfel. De M.v.A. nog minder: „De vraag of bonusaandelen onder de vrijstelling vallen, kan bevestigend worden beantwoord. (.) De aanschrijving van 6 augustus 1956, BNB 1956/258, waarin bij wege van goedkeuring, derhalve als gunst, winstbonussen (ten hoogste) voor het nominale bedrag als dividenden in de zin van artikel 10 van het Besluit 1942 worden aangemerkt, zal dan ook onder de nieuwe regeling haar belang verliezen”. Ik wijs op het onderscheid tussen bonusaandelen en winstbonussen in dit citaat. Maar wat voor de agiobonus geldt, geldt ook voor andere voordelen in de kapitaalssfeer.

9) Christiaanse, blz. 250, acht dit zowel theoretisch als praktisch juist; Brüll, proefschrift, blz. 298, spreekt in dit verband van een „dubieus effect”.

„dat tot uitdrukking komt” hebben niets te betekenen¹⁰). Het verlies wordt, geheel onafhankelijk van het door de moeder voor de waardering van de deelneming gekozen stelsel en van de daaruit resulterende boekwaarde, gesteld op het door de moeder „voor de verkrijging van de deelneming opgeofferde bedrag” minus het totaal van de door de moeder ontvangen liquidatie-uitkeringen.

Het jaar van aftrek is dat, waarin de liquidatie is voltooid.

In een aantal gevallen zal de hardheidsclausule worden toegepast, indien die gevallen materieel gelijkstaan met een formele liquidatie. Het zal naar de omstandigheden worden beoordeeld of aan die voorwaarde is voldaan. De gevallen zijn: nationalisatie, blokkering van de liquidatie door derden die een machtspositie hebben, en instandhouding van een lege dochter enkel ter bewaring van zekere rechten in het land waar zij haar onderneming heeft gedreven. Nationalisatie staat materieel met een formele liquidatie gelijk, indien daarbij de moeder alle zeggenschap in de dochter heeft verloren.

Het „opgeofferde bedrag” is in principe: de kostprijs¹¹). Een kostprijs evenwel, die is gezuiverd van een aantal aanslidsels - zoals de fictieve kostprijs bij de invoering van de Vennootschapsbelasting en de bij waardering op kostprijs bijgeboekte bonusaandelen¹²) - en die anderzijds wordt beïnvloed

10) Een andere conclusie zou men kunnen trekken uit het betoog, gehouden in de Memorie van Toelichting, blz. 20 rechterkolom, tweede volle alinea. Daar wordt verband gelegd tussen het aftrekbare verlies en de waardering. Dat betoog is echter achterhaald - na de uiteenzetting van A. F. Tuk in NV, okt. 1960 en na die van Christiaanse, blz. 259/260 - door de Memorie van Antwoord, blz. 24, rechterkolom: „De mening van de aan het woord zijnde leden dat de boekwaarde van de deelneming bepalend zou zijn bij de berekening van het verlies moet dan ook op een misverstand berusten. De omvang van het in aanmerking te nemen verlies wordt immers in de tweede zin (...) uitdrukkelijk gesteld op het verschil tussen het opgeofferde bedrag en de liquidatie-uitkeringen en is derhalve niet steeds gelijk aan het verschil tussen liquidatie-uitkeringen en boekwaarde. In het door deze leden gestelde voorbeeld, waarin verliezen reeds zijn afgeboekt op de waarde van de deelneming, zal dit feit dan ook niet verhinderen dat deze verliezen voor de toepassing van de onderhavige bepaling wel in aanmerking worden genomen”. Wat de juridische betekenis van deze nieuwe visie bij onveranderde tekst ook mag zijn: de belastingadministratie zal zich aan de nieuwe verklaring wel houden.

11) Zie de Memorie van Toelichting, blz. 20, rechterkolom: „Het (opgeofferde) bedrag kan lager zijn dan de aanschaffingsprijs, met name indien na de verwerving van de deelneming reserves, welke de aanschaffingsprijs hebben beïnvloed, tot uitdeling zijn gekomen”. Zie ook de Memorie van Antwoord, blz. 24, rechterkolom: „De ondergetekenden hebben gemeend met de woorden „opgeofferde bedrag” (...) een ook voor de rechtstoepassing voldoende duidelijke term te hebben geïntroduceerd om het sedert de verkrijging op de deelneming geleden verlies in geval van liquidatie te honoreren. De door de vele leden gevreesde praktische moeilijkheden worden naar de mening van de ondergetekenden niet opgeroepen door de invoering van de term „opgeofferde bedrag”, maar zijn inherent aan de onderwerpelijke materie en van gelijke aard als de problemen welke zich reeds een twintigtal jaren o.a. bij de toepassing van de deelnemingsvrijstelling voordoen met betrekking tot de vraag of dividenden in de kostprijs van de deelneming zijn begrepen”.

12) Zie de Nadere Memorie van Antwoord, blz. 29, rechterkolom: „De vraag van deze leden of bonusaandelen tot het opgeofferde bedrag (...) behoren, is de ondergetekenden niet geheel duidelijk. Zo deze vraag ziet op de situatie, dat de dochtermaatschappij na de verkrijging van de deelneming door de moedermaatschappij, bonusaandelen uitgeeft, wijzen de ondergetekenden erop, dat deze uitgifte het opgeofferde bedrag onberoerd zal laten. Bij uitkering door de dochter van dividend met een terugstorting door de moeder van dit dividend als kapitaal, is dat eveneens het geval”.

Bij dit citaat teken ik twee dingen aan. (1) Er blijkt uit dat ook in de visie van de heren Witteveen en Grapperhaus latere kapitaalsstortingen door de moeder in normale gevallen het opgeofferde bedrag verhogen. Mijs inziens geldt dit zowel voor formele als voor informele stortingen na de verkrijging van de deelneming. H. B. A. Verhoeven trekt uit dezelfde passage een tegengestelde conclusie in WFR 1969, 4966. Vatte het wie kan. (2) De laatste volzin van het citaat gaat mij wat ver. De daarin vervatte stelling zal m.i. hoogstens kunnen gelden in uitzonderlijke gevallen, waarin dividend en „terugstorting” zozeer met elkaar samenhangen dat zij tezamen materieel met een bonusuitgifte gelijk staan, en dan nog alleen als zij zich hebben afgespeeld met de liquidatie in zicht.

door twee nieuwe wettelijke maxima. Ik vermoed dat een nieuwe term is gekozen voor het in wezen vanouds bekende begrip, teneinde buiten twijfel te stellen dat het thans om het gezuiverde begrip gaat. Gemakshalve spreek ik verder van „kostprijs”. Het eerste daaraan gestelde nieuwe maximum speelt onder meer een rol bij concernoverdrachten. Heeft de moeder de deelneming verkregen van een persoon die, of een lichaam dat, aan haar verwant is (in een in de wet aangegeven graad), dan mag zij de kostprijs niet hoger stellen dan die van haar verwante voorganger. De wet laat hier twee tijdsvragen onbeantwoord, te weten: (1) naar welk tijdstip wordt beoordeeld of de verwantschapsvoorwaarde vervuld is, en (2) per welk tijdstip het maximum geldt. Op de eerste vraag heeft de Nadere Memorie van Antwoord een niet zeer scherp omlijnd antwoord gegeven¹³). Het enig rationele antwoord lijkt mij, concreet: niet de liquidatiedatum, maar het tijdstip waarop tussen de nieuwe moeder en haar voorganger de voorwaarden van de overdracht werden vastgesteld. Op de tweede vraag moet mijns inziens worden geantwoord: per het tijdstip van verkrijging van de deelneming door de nieuwe moeder; latere door de moeder verrichte stortingen van kapitaal zullen immers haar kostprijs - en daarom ook het maximum - moeten verhogen.

Dit maximum - de kostprijs van de verwante voorganger - geldt ook indien de nieuwe moeder de deelneming heeft verkregen vóór het van toepassing worden van de wet. In dat geval is het mogelijk dat bij die verkrijging ten laste van de voorganger vennootschapsbelasting is geheven over bij de overdracht gerealiseerde koerswinst. Is dat gebeurd dan zal, zo heeft de Staatssecretaris in de Nadere Memorie van Antwoord toegezegd, „bij de berekening van het verlies op de deelneming worden uitgegaan van een hoger bedrag dan door de oorspronkelijke verkrijger is opgeofferd”. Mijns inziens zou hetzelfde moeten gelden indien de voorganger een natuurlijk persoon is en indien van hem inkomstenbelasting is geheven omdat de aandelen bij hem tot een bedrijfsvermogen of een aanmerkelijk belang behoorden, en eveneens indien bij de overdracht ten laste van de voorganger, natuurlijk persoon of rechtspersoon, een fiscale claim is blijven bestaan. Bij dit alles zou geen onderscheid gemaakt moeten worden tussen binnen- en buitenlandse belastingen.

Tot zover het eerste maximum. Het tweede maximum betreft de kostprijs van per de ingangsdatum van de wet bestaande deelnemingen; die wordt niet hoger gesteld dan de fiscale boekwaarde aan het eind van het laatste jaar waarover de winst bepaald wordt volgens het Besluit. Mijns inziens geldt dit maximum per de ingangsdatum van de wet en kan het daarna, vóór de liquidatie, stijgen of dalen: latere stortingen van kapitaal door de moeder moeten immers de kostprijs verhogen, latere uitkeringen van nog in het aanvangsmaximum begrepen meegekochte reserves moeten haar doen dalen. De wet laat dit wederom in het midden¹⁴).

13) blz. 30 linkerkolom: „Met betrekking tot de vraag die deze leden aanroeren op welke datum de bepaalde „verhouding” het oog heeft delen de ondergetekenden mede, dat het voorstel zich niet zozeer richt op de liquidatiedatum doch veeleer op de periode waarin de deelneming is verkregen.”

14) De tekst luidt, voor zover van belang: „Voor de berekening van het (bij liquidatie van de dochter aftrekbare) verlies wordt het bedrag dat voor de verkrijging van een deelneming (. . .) is opgeofferd, niet hoger gesteld dan . . .” Men kan hierin desgewenst zeer wel lezen, dat het maximum geldt per de datum waarop de berekening plaatsvindt en dat het is een maximum, bestemd voor de laatste fase van de berekening. De bepaling zou dan strenge kritiek verdienen. Zie daaromtrent Mr. J. F. M. Giele in WFR 1961, 4539 en in Belastingbeschouwingen, sept. 1968. Ik acht deze lezing echter niet de enig mogelijke en dus - gezien de ongewenste gevolgen - waarschijnlijk niet de juiste.

Op de hier beschreven regeling is veel kritiek uitgeoefend, deels van technische, deels van dogmatische aard. De eerste richt zich tegen de nieuwe term „opgeofferd bedrag”, met een onzekere betekenis, en tegen de te verwachten praktische moeilijkheden. Ik acht die kritiek wat overdreven: de betekenis van de nieuwe term lijkt mij niet onzeker, de praktische moeilijkheden verbonden aan de regeling lijken mij niet onoverkomelijk¹⁵⁾. Een sterke, en mij dunkt ook verantwoorde, vereenvoudiging zou zijn bereikt indien geen maxima zouden zijn gesteld, maar fictieve kostprijzen per de datum van verkrijging van een verwante voorganger, respectievelijk per de ingangsdatum van de wet.

Op de dogmatische kritiek kan ik slechts summier ingaan. Brok¹⁶⁾ en Christiaanse¹⁷⁾ onderscheiden twee mogelijke principiële uitgangspunten:

15) Giele stelt in Belastingbeschouwingen, sept. 1968, in dit verband enkele interessante vragen, suggererende dat er nog legio andere te stellen zijn.

- Bij de verwerving van een flink belang pleegt men in de koers een zekere vergoeding voor de goodwill in de onderneming te betalen. Moeten de dividenden over een aantal jaren na de verwerving van de aandelen als reeds betaald in de kostprijs worden beschouwd?

- Mijn antwoord: dat zal afhangen van nadere, in de vraag niet vermelde, bijzonderheden. Men zal eerst moeten nagaan op welke verwachting de betaling voor goodwill is gebaseerd (dat behoeft niet te zijn een in de eerste jaren te realiseren overwinst, maar kan ook zijn een op verder zicht te verwachten uitkomst van een langlopend contract - om maar iets te noemen). Vervolgens zal men moeten nagaan of die verwachtingen ook in de winst van de dochter zijn gerealiseerd. Tenslotte komt dan de vraag of de dividenden deze winst bevatten.

- Een deelneming wordt verworven voor f 500.000. Door verliezen daalt de waarde tot f 200.000. Daarna gaat het met de deelneming goed, de nieuwe winsten worden echter ieder jaar volledig uitgekeerd. Op het moment van liquidatie wordt aan de moeder f 200.000 uitgekeerd. Wordt door het feit dat de winsten behaald na het verlies alle geheel werden uitgekeerd en niet werden gebruikt om het vermogen weer op het oude peil te brengen het „opgeofferde” bedrag verminderd?

- Mijn antwoord: neen. De meegekochte reserves zijn tot een bedrag van f 300.000 niet uitgekeerd maar verloren. In het systeem van de wet is het niet relevant of de dochter deze verliezen wellicht in feite heeft kunnen compenseren. Zie overigens het citaat uit de Memorie van Antwoord in noot 10).

- Het gaat met een dochter uiterst slecht. In een uiterste poging haar te redden leent de moeder haar een flink bedrag, dat zij op het moment zelf gevoelig voor een waarde nihil te boek kan stellen. Verhoogt dit het opgeofferde bedrag?

- Ik geef géén antwoord op de vraag, maar verwijs naar het eerste citaat onder nr. 8 van dit opstel.

Voorts, wat de praktische moeilijkheden betreft, nog dit: de belanghebbende zal ook na lange tijd nog wel beschikken over de voor de berekening van de kostprijs noodzakelijke gegevens; de fiscus heeft nog veel controle materiaal in oude RAD-rapporten, welke hij behoort te bewaren.

16) MAB, febr. 1962.

17) blz. 254, en Belastingbeschouwingen, mei 1969. Deze schrijver meent dat de wetgever heeft gekozen voor „methode” (b), maar dat de motivering nog mede is afgestemd op „methode” (a). Ik vraag mij af of hij niet te haastig overstapt van „uitgangspunt” op „methode”. Ik ben geneigd uitgangspunten eerder in de motivering te zoeken dan in de uitwerking.

Uitgangspunt (a) sluit het best aan bij de strekking van de vrijstelling. Diverse argumenten kunnen ervoor pleiten dit uitgangspunt niet volledig te realiseren. Christiaanse noemt als bezwaar de zelfstandigheid van de dochter. Ik meen: of men zich nu al dan niet op Brüll's verlengstuktheorie baseert, in elk geval doorbreekt de deelnemingsvrijstelling die zelfstandigheid principieel. Slechts in de uitwerking is dat niet het geval. In zoverre gaat het argument van Christiaanse toch op, niet als principieel bezwaar tegen (a), maar als een pleidooi voor onvolledige en desnoods benaderende realisatie.

Het lijkt mij niet onmogelijk dat de wetgever een beperkte realisatie van (a) heeft nagestreefd. Daarnaast kan er reden zijn een eigen verlies van de moeder af te trekken, en de wettelijke regeling kan daar soms ook toe leiden. Ik denk aan het volgende geval. In de kostprijs van de aandelen zijn stille reserves en goodwill van de dochter verdisconteerd, die niet zijn overgeheveld, noch op andere wijze gerealiseerd. Er is dus geen reden voor afboeking op de kostprijs. In een latere verliessituatie kunnen die stille reserves en goodwill vervluchtigen zonder dat dit in het verlies van de dochter tot uitdrukking komt. Er is dan alle aanleiding de moeder haar verlies - voorzover het dat van de dochter overtreft - te laten aftrekken. (De voorganger van de moeder kan een vrijgestelde koerswinst hebben genoten, waarin die goodwill en stille reserves zich weerspiegelden. Die vrijstelling blijkt achteraf niet door de ratio legis gedekt. Men kan hierop echter bezwaarlijk ten laste van de nieuwe moeder terugkomen.)

- (a) de niet gecompenseerde verliezen van de dochter;
(b) een eigen verlies van de moeder, bij de berekening waarvan alle van de dochter ontvangen dividenden zouden moeten worden betrokken.

Een fundamenteel bezwaar tegen het aldus geclausuleerde uitgangspunt (b) is, dat de vrijstelling van de ontvangen dividenden wordt teruggenomen, waardoor de strekking van de vrijstelling in al te veel gevallen niet tot haar recht zou komen. Brok zou (a) consequent willen uitwerken voor binnenlandse deelnemingen en (b) voor buitenlandse. Hij onderschat m.i. de praktische moeilijkheden voor de binnenlandse deelnemingen en hij doet de buitenlandse tekort: de voorkoming van internationale dubbele belasting is niet minder nastrevenswaard dan die van nationale dubbele heffing. In vergelijking met de wijze waarop internationale dubbele belasting wordt voorkomen voor een buitenlands filiaal zou de positie van de buitenlandse dochter al te ongunstig worden.

Giele¹⁸⁾ verdedigt een beperkte realisatie van (a), gelijk voor de binnenlandse en de buitenlandse dochter, en ruimhartiger dan de regeling van de wet: hij wil de moeder alle verliezen van de dochter laten aftrekken die deze zelf definitief niet meer kan verrekenen. Hij onderschat m.i. de praktische moeilijkheden van zijn voorstellen, maar ik vrees dat die voor de buitenlandse verhouding ook op een theoretisch bezwaar afstuiten. Waarom zou de Nederlandse fiscus het gelag betalen, indien het land van vestiging van de dochter een minder ruime verliescompensatie kent dan Nederland?

Het principiële uitgangspunt van de wet is moeilijk vast te stellen. Een verdienste van het systeem is, dat het buitenlandse deelnemingen niet slechter behoeft te behandelen dan binnenlandse. Als een beperkte realisatie van (a) gezien geeft het een praktische oplossing, die ik acceptabel acht zonder er een gunstkarakter¹⁹⁾ aan toe te kennen: de kans dat er meer kan worden verrekend dan de liquidatieverliezen van de dochter, lijkt niet groter dan die, dat er minder mag worden verrekend.

7 Met de deelneming verband houdende kosten

Kosten verband houdende met vrijgestelde winstbestanddelen waren volgens het beruchte artikel 15 van het Besluit niet aftrekbaar. Bepaalde concernkosten - vooral rente van geldleningen waarmee een moeder de deelneming in een dochter financierde - konden diensgevolge noch bij de moeder, noch bij de dochter worden afgetrokken. In voorkomende gevallen stond die situatie dan weer in de weg aan de vorming van een fiscale eenheid: in het feit, dat voor de fiscale eenheid kosten aftrekbaar zouden worden die dat zonder fiscale eenheid niet waren, zag het departement aanleiding fiscale voeging niet toe te staan.

Onder de wet zullen kosten die verband houden met een deelneming „slechts in aftrek komen indien en voor zover aannemelijk is, dat zij middel-

18) Belastingbeschouwingen, sept. 1968.

19) Christiaanse toont zich voorstander van de geclausuleerde „methode” (b) - alle door de moeder ontvangen dividenden worden in de berekening van haar verlies betrokken - en leest, naar ik aanneem onder invloed van deze visie, in de wet „tussen de regels door” een gunstkarakter in de regeling. Zie Christiaanse blz. 255.

lijk dienstbaar zijn aan het behalen van belastbare winst binnen het Rijk". Het gaat niet langer om de vraag of de kosten betrekking hebben op bij de moeder vrijgestelde winst, doch om de vraag of en in hoeverre de winst van de dochter in Nederland belastbaar is. Een in Nederland gevestigde dochter kan winst behalen uit een buitenlandse vestiging of winst uit buitenlandse deelnemingen; de kosten van de moeder die met de deelneming verband houden zijn dan niet of niet volledig aftrekbaar. Voor zulke binnenlandse en voor buitenlandse dochters blijft het bij het oude.

8 Geldleningen aan dochters

Onder dit nummer twee citaten zonder commentaar.

(1) Staatssecretaris Grapperhaus (in het verslag van het mondeling overleg met de vaste commissie voor Financiën uit de Tweede Kamer, punt 65):

„Bovendien zullen dochters, waarin bijzondere risico's zijn ondergebracht, veelal voor het grootste gedeelte worden gefinancierd door leningen - en wat betreft de waardering van aan een dochter verstrekte leningen zal er niets veranderen - en slechts voor een klein deel door storting op aandelen.”

(2) Staatssecretaris Grapperhaus (Handelingen Tweede Kamer 1968-1969 blz. 3183/3184 openbare behandeling): „Mijnheer de Voorzitter! Ik ben de geachte afgevaardigde de heer Scholten dankbaar, dat hij nog eens de aandacht heeft gevraagd voor mogelijke gevolgen van het nieuwe régime voor de deelnemingsvrijstelling, met name voor de gevolgen, die het régime zou kunnen hebben op de financieringsmethodiek met betrekking tot buitenlandse dochtermaatschappijen. Ik erken dat het niet helemaal uitgesloten is dat de verruiming van de deelnemingsvrijstelling het effect kan hebben, dat men dochtermaatschappijen meer met geldleningen dan met aandelenkapitaal gaat financieren. Dit effect is niet beoogd. Wij zouden dan de situatie krijgen, dat de uitsluiting van koersverliezen op deelnemingen geen betekenis heeft, daar hiervoor in de plaats verliezen op geldleningen zouden worden afgetrokken, terwijl de koerswinsten op het aandelenkapitaal wel buiten de heffing zouden blijven. Ik heb het gevoel, dat de gevaren, die de geachte afgevaardigde signaleert, op dit moment naar het zich laat aanzien niet van een dergelijke betekenis zijn, dat wij maatregelen zouden moeten nemen. Ik wil de geachte afgevaardigde echter toezeggen, dat als zich inderdaad een ontwikkeling in die richting manifesteert en als het van betekenis wordt, op dit punt een wijziging zal worden aangebracht in de deelnemingsvrijstelling. Men zou kunnen denken aan een regeling, waarbij tot het verlies op buitenlandse deelnemingen ook kan worden gerekend het verlies op geldleningen aan deelnemingen. Ook zou men kunnen denken aan een regeling, waarbij de resultaten van alle deelnemingen worden gesaldeerd en waarbij een negatief saldo van een bepaald jaar wordt verrekend met de resultaten van de daaropvolgende jaren.”

9 De fiscale eenheid

Indien een binnenlandse n.v. een 100%-deelneming heeft in een andere binnenlandse n.v., moeder en dochter samenvallende boekjaren hebben en voor beide dezelfde fiscale winstberekenningsvoorschriften gelden (van deze laatste voorwaarde kan de Minister dispensatie verlenen), dan kunnen zij opteren voor fiscale consolidatie. De belasting wordt dan geheven alsof de dochter in de moeder was opgegaan, mits door de Minister nader te stellen voorwaarden zijn vervuld.

Ook onder het Besluit was fiscale consolidatie mogelijk. Bestaande fiscale eenheden blijven op de daarvoor eenmaal gestelde voorwaarden bestaan.

De dubbele heffing van vennootschapsbelasting wordt door fiscale consolidatie uiteraard volledig voorkomen: voor de belastingheffing is er slechts één subject. Verliezen van moeder of dochter worden automatisch horizontaal gecompenseerd met winsten van de ander. Daar komt nog een groot gemak bij: onderlinge transacties tussen moeder en dochter worden weggeconsolideerd voor de belastingheffing en kunnen diensgevolge niet tot fiscale complicaties leiden²⁰). Bij de Tweede Nota van Wijzigingen is een bepaling in het ontwerp gevoegd, die ten doel heeft door de voorstellers als misbruik beschouwde verschuivingen binnen bestaande (en bestaan hebbende) fiscale eenheden - gevolgd door vervreemding van aandelen in een tot zulk een eenheid behorende dochter - tegen te gaan.

Volgens de oude standaardvoorwaarden voor fiscale eenheden (en de nieuwe zullen daarvan op dit punt wel niet gaan afwijken) eindigt de fiscale eenheid per het *begin* van het boekjaar, waarin de moeder ophoudt 100% van de aandelen te bezitten in de dochter. De moeder wordt over dat boekjaar weer uitsluitend voor haar eigen winst belast en moet op haar beginbalans de aandelen van de dochter opnemen. De voorwaarden bepalen, dat de fiscale boekwaarde van die aandelen wordt gesteld op het vermogen van de dochter volgens haar fiscale balans²¹). In de loop van het jaar behaalt de moeder dus een koerswinst op de aandelen van de dochter, gelijk aan de bedongen prijs minus het fiscale vermogen van de dochter aan het begin van het jaar. Zonder bijzondere bepaling is op die koerswinst de nieuwe deelnemingsvrijstelling van toepassing.

De bij de Tweede Nota van Wijziging voorgestelde bepaling zou de moeder

20) Brüll, proefschrift blz. 298, ziet de verlengstukgedachte bij de 100%-deelneming als geheel verwezenlijkt. Dat door de dochter fiscaal wordt heengekeken berust z.i. dan ook op goede gronden; de dochter is slechts instrument (blz. 296) van de moeder.

Mr. G. van der Linde, WFR 1967, 4850, daarentegen acht het fiscale zelfstandigheidsverlies van de dochter strijdig met het systeem van de vennootschapsbelasting. Hij wil dit dan ook beperken door niet verder te gaan dan samenvoeging van de zelfstandig berekende resultaten van moeder en dochter. Daardoor zouden wel worden bereikt de ook door hem wenselijk geachte voorkoming van dubbele heffing en onderlinge horizontale verliescompensatie; niet echter het conveniënt van de fiscale onzichtbaarheid van onderlinge transacties. Dit laatste vindt hij niet nodig; in samenhang met andere bepalingen van het ontwerp zag hij zelfs bepaalde gevaren van zijns inziens niet door de strekking der wet gerechtvaardigd gebruik.

21) Bij de samenvoeging van moeder en dochter tot fiscale eenheid zijn de aandelen van de dochter op de balans van de moeder vervangen door het toenmalige fiscale vermogen van de dochter. Als de boekwaarde van de aandelen hoger was is het verschil weggevallen zonder aftrek van de fiscale winst. Hetzelfde verschil mag volgens de meest recente oude standaardvoorwaarden bij de splitsing weer belastingvrij worden bijgeboekt, voorzover het verklaard kan worden uit bij de samenvoeging reeds, en bij de splitsing nog, aanwezige goodwill en stille reserves van de dochter.

die vrijstelling voor koerswinst hebben ontzegd, en wel gedurende een wachttijd van 10 jaar na de losmaking van de dochter uit de fiscale eenheid. De Tweede Kamer heeft hier ingegrepen. Uiteindelijk is de wachttijd verkort tot 5 jaar, en is de werking van de bepaling beperkt tot de gevallen waarvoor zij bedoeld is, namelijk die waarin de dochter weinig meer is dan de verpakking van een object, dat naar de strekking der wet (met belaste winst) onverpakt behoorde te zijn verkocht. In zulke gevallen wordt de koerswinst van de moeder belast *zonder corresponderende opwaardering van het object bij de dochter*. Op het kruispunt van twee wegen ter voorkoming van dubbele heffing roept de wetgever dubbele heffing op, als sanctie op het ongerechtvaardigde uitstel van de heffing. De sanctie is excessief; reeds hieruit volgt dat deze nare²²⁾ bepaling slechts in werkelijk laakbare verschuivingsgevallen toegepast dient te worden.²³⁾ Indien uitstel van heffing duidelijk in strijd zou zijn met de strekking van de wet is het zaak niet de aandelen in de dochter maar het onverpakte object te verkopen. Het uitstel wordt dan niet bereikt, maar de heffing wordt ook niet verdubbeld.

In de nieuwe standaardvoorwaarden zal een soortgelijke bepaling worden opgenomen voor toekomstige fiscale eenheden; de Staatssecretaris heeft in de Eerste Kamer beloofd dat die niet ongunstiger zal zijn.

10 Het buitenlands filiaal

Fiscale consolidatie met een buitenlandse dochter is niet mogelijk: in de buitenlandse verhouding is men op de deelnemingsvrijstelling aangewezen²⁴⁾).

Wel kan een Nederlands lichaam veelal rechtstreeks investeren in het buitenland. Zulk een rechtstreekse investering kan ook in samenwerking met anderen geschieden; het Nederlandse lichaam kan bijvoorbeeld vennoot zijn in een vennootschap onder firma, maat in een maatschap, of deelgenoot in een vergelijkbare buitenlandse samenwerkingsvorm, die ook in het land waar de investering plaats vindt fiscaal „transparant” is. In al deze gevallen noem

22) Het epitheton is van Tj. S. Visser in FED Vpb 1960 (ontwerp): 60 (25 sept. 1969).

23) De voor toepassing in aanmerking komende gevallen worden in de wet als volgt aangeduid: „indien de samenstelling van het vermogen van de (dochter) is gewijzigd ten gevolge van transacties binnen die fiscale eenheid tenzij deze transacties plaatsvonden in het kader van een bij de aard en de omvang van de onderneming van de (dochter) passende normale bedrijfsuitoefening.”

Het Tweede Kamerlid Peijnenburg, van wie deze tekst afkomstig is, heeft zijn desbetreffend amendement tijdens de openbare behandeling o.m. als volgt toegelicht:

„In de door mij voorgestelde tekst heb ik de bedoeling - zoals deze uit de toelichting blijkt - willen weergeven, dat de normale expansie, waartoe ook behoren op grond van de normale bedrijfsuitoefening gewenst geachte verschuivingen met het oog op de taakverdeling der werkzaamheden binnen de fiscale eenheid, niet tot uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling op koerswinsten zal leiden. Het is duidelijk, dat dit niet kan zijn het volstoppen van lege of het leeghalen van volle dochtermaatschappijen.”

Het amendement-Peijnenburg is zonder tegenspraak tijdens de bewindslieden en zonder discussie met algemene stemmen aangenomen.

Ook de Eerste Kamer heeft de bepaling blijkens de Handelingen opgevat als nog uitsluitend gericht tegen „anti-fiscaal optreden”.

Ook voor de interpretatie van de nieuwe standaardvoorwaarden kan deze parlementaire geschiedenis van belang zijn.

24) Mogelijk wordt dit in de toekomst anders. Een ontwerp-richtlijn van de Europese Commissie van 15 januari 1969 bevat voorstellen in die richting.

ik gemakshalve de buitenlandse investering „het filiaal”. Ik neem aan dat het filiaal een bedrijf uitoefent met behulp van een „vaste inrichting”.

Een vergelijking van de fiscale positie van buitenlands filiaal en buitenlandse dochter levert beoordelingsmateriaal voor de regeling van de deelnemingsvrijstelling in de buitenlandse verhouding. In concrete gevallen kan het nuttig zijn zulk een vergelijking in details uit te werken.

Het Nederlandse lichaam zal in het land van het filiaal worden belast voor de filiaaawinst. In Nederland wordt die winst vrijgesteld, hetzij op grond van een belastingverdrag met het land van het filiaal, hetzij op grond van de Nederlandse eenzijdige regeling ter vermijding van dubbele belasting.

De eenzijdige regeling stelt de vrijstelling afhankelijk van de voorwaarde, dat de filiaaawinst onderworpen is aan een buitenlandse inkomsten- of winstbelasting. Anders dan bij de deelnemingsvrijstelling is subjectieve belastingplicht in het land van het filiaal dus niet voldoende; anderzijds is daadwerkelijke belastingheffing ook niet vereist. In vele belastingverdragen (van het toewijzings- of afbakeningstype) geldt de vrijstelling onvoorwaardelijk, ook al maakt de belastingwetgever van het land van het filiaal van zijn heffingsbevoegdheid geen gebruik. Voor wat betreft het onderworpenheidsvereiste zijn er dus verschillen met de deelnemingsvrijstelling, afhankelijk van de in de verhouding met het land van het filiaal toepasselijke regeling.

De technische uitwerking van de vrijstelling van de buitenlandse filiaaawinst in Nederland heeft gewoonlijk het effect, dat filiaalverliezen - naar Nederlandse maatstaven berekend - de in Nederland te belasten winst in eerste instantie verminderen. In latere jaren worden buitenlandse winsten echter slechts gedeeltelijk vrijgesteld, namelijk onder aftrek van de reeds verrekende verliezen. Indien meerdere filialen zijn gevestigd in verschillende landen worden in het algemeen de resultaten van alle buitenlandse filialen samengevoegd. Verliesverrekening vindt dus éérs plaats binnen de bepaling van het saldo buitenlandse winst of verlies. Men vergelijke het slot van het tweede citaat onder nummer 8.

Winst behaald bij verkoop van het buitenlands filiaal is in Nederland vrijgesteld, maar in het land van het filiaal veelal belast. Bij zulk een verkoop geleden verlies, berekend naar Nederlandse maatstaven, is in Nederland aftrekbaar voorzover het buitenlandse winsten die voor vrijstelling in aanmerking komen overtreft.

Een bijkomende fiscale attractie van het buitenlands filiaal kan zijn, dat als regel winsttransfers mogelijk zijn zonder inhouding van buitenlandse bronheffingen. Hetzelfde geldt niet altijd voor deelnemingsdividenden.

Het fiscale regime voor het buitenlands filiaal kan zich incidenteel gunstig onderscheiden van dat voor de buitenlandse dochter. Het zal soms aanbeveling verdienen met een filiaal te beginnen en dat later in een dochter om te zetten. Maar lang niet altijd zullen fiscale overwegingen doorslaggevend kunnen zijn voor de keuze en meestal behoeven zij dat ook niet te zijn, dank zij de goede Nederlandse regelingen in beide gevallen.

Slotopmerkingen

De nieuwe regeling van de deelnemingsvrijstelling wijkt op twee belangrijke punten af van de oude.

Het eerste is de afschaffing van de vrijstelling voor de indirecte belegging in aandelen. De wetgever heeft zich hierbij laten leiden door de wens een eind te maken aan de belastingvrije oppotting van particuliere beleggingsdividenden. Het zij zo. Met de lange Nederlandse traditie dat dubbele belasting in de sfeer der lichamen moet worden voorkomen is echter ook gebroken voor in aandelen belegde (in beleggingsmaatschappijen verpakte) ondernemingsreserves. Een onderling verschillende behandeling van enerzijds essentieel particuliere beleggingen en anderzijds belegde ondernemingsreserves lijkt gerechtvaardigd²⁵). De technische moeilijkheden aan het maken van zulk een onderscheid verbonden zijn wellicht niet gemakkelijk op te lossen. Te betreuren is evenwel de houding van de wetgever, die zich daaraan onttrekt met het argument, dat er geen reden is bedrijfsmatige belegging in aandelen anders te behandelen dan die in andere beleggingsobjecten.

Het tweede belangrijke punt van verschil is de uitbreiding van de vrijstelling tot koerswinsten *en de daaraan verbonden uitschakeling van verliezen*. De nieuwe regeling is consequenter dan de oude en dient het gemak van de belastingbetaler. Indien echter waar is, dat men voorheen het maken van koerswinst placht te vermijden door dividenduitkering of uitgifte van bonusaandelen, dan zit ook in deze wijziging winst voor de fiscus. (Illustratief is de onder nummer 8 geciteerde utlating van de Staatssecretaris: „Ik erken, dat het niet helemaal uitgesloten is dat de *verruiming* van de deelnemingsvrijstelling het effect kan hebben, dat men dochtermaatschappijen meer met geldleningen dan met aandelenkapitaal gaat financieren.”) Het zou onredelijk zijn de fiscus deze winst te misgunnen, nu hetgeen aan aftrekbaarheid van verlies resteert - ook al ontken ik dat die resterende mogelijkheid een gunstkarakter zou hebben - aanvaardbaar is.

25) Brüll, proefschrift, blz. 301/302, die de deelnemingsvrijstelling op de „verlengstukgedachte” baseert, levert desondanks een geharnast betoog ten gunste van een gelijke vrijstelling voor belegde ondernemingsreserves. In het leven van de onderneming volgt op expansie: consolidatie. Die periodieke consolidatie is nodig om overspannen situaties te vermijden. De wetgever heeft wel aandacht voor expansie (deelnemingsvrijstelling, fusiefaciliteiten), maar niet voor consolidatie. Ondernemingen die op zelf-financiering zijn aangewezen worden door de wetwijziging zelfs in hun expansie belemmerd. Zij worden in een nadelige positie gebracht in vergelijking met hun „grote broeders”.