

24 583 (R 1564)

Wijziging van de Belastingregeling voor het Koninkrijk in verband met maatregelen met het oog op het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik alsmede in verband met enige technische aanpassingen

NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 6 december 1996

Algemeen

Het verheugt mij dat de leden van de CDA-fractie met belangstelling kennis hebben genomen van de memorie van antwoord en van de bijlage behorende bij mijn brief van 8 november 1996. Hierna ga ik in op de punten die door deze leden aan de orde zijn gesteld. Bij de beantwoording van deze punten – die overigens ook tijdens de behandeling in de Tweede Kamer ter sprake zijn gekomen – zal ik zo nodig verwijzen naar de desbetreffende kamerstukken.

Artikel 35b, zevende lid, van de Belastingregeling voor het Koninkrijk

De leden van de CDA-fractie menen dat het vreemd aandoet dat de zogenoemde kwalificerende lijst als bedoeld in artikel 35b, derde lid, wel duidelijkheid verschaft voor de toepassing van artikel 35b, eerste en tweede lid, maar niet van toepassing is op het zevende lid. Zij vragen mij op dit punt duidelijkheid te verschaffen.

Dienaangaande merk ik het volgende op. De tekst van artikel 35b, zevende lid en de toelichting daarop zijn helder en er is mijns inziens geen sprake van enige onduidelijkheid. In de nota naar aanleiding van het verslag van de Staten van de Nederlandse Antillen (kamerstukken II 1995/96, 24 583 (R 1564), nr. 7) ben ik uitgebreid ingegaan op de overwegingen om de kwalificerende lijst niet te laten gelden voor de toepassing van artikel 35b, zevende lid. Ik verwijs in dit verband naar blz. 5 van de genoemde nota. Tegen de achtergrond van de doelstelling van dit voorstel van rijkswet om misbruik en oneigenlijk gebruik effectiever dan thans te kunnen bestrijden, meen ik dat een versterking van de bewijspositie van de inspecteur zonder meer gerechtvaardigd is. Het is alleszins redelijk dat lichamen – soms met een zeer vluchtige substance – die pretenderen hun werkelijke leiding te hebben verplaatst naar de landen overzee om aldaar onder het zogenoemde offshore-regime te vallen (waarop het zevende lid met name ziet) te vragen om te bewijzen dat deze verplaatsing ook daadwerkelijk heeft plaatsgehad. Alsdan kan in het kader van het voorkomen van een uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag

effectiever worden vastgesteld of de aangegeven verplaatsing van de feitelijke leiding zich ook inderdaad heeft voorgedaan.

Ik kan deze leden overigens bevestigen dat de in artikel 35b, zevende lid, opgenomen omkering van de bewijslast inderdaad in beginsel is beperkt tot het jaar nadat de in dit lid bedoelde rechtspersoon zijn werkelijke leiding heeft verplaatst.

Ik vermag overigens niet in te zien hoe, deze leden vragen daarnaar, de rechter betekenis zou moeten toekennen aan de kwalificerende lijst voor de toepassing van artikel 35b, zevende lid, nu in artikel 35b, derde lid, duidelijk wordt bepaald dat deze lijst slechts van toepassing is op het eerste (en tweede) lid.

Artikel 35a

De leden van de CDA-fractie vragen mij voorts om helderheid te verschaffen over de door mij aangehaalde arresten van de Hoge Raad van 18 mei 1993, BNB 1994/252 en 253.

Zoals deze leden bekend is, heeft de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake het leerstuk van *fraus legis* een sterk feitelijk karakter. Het is daarom moeilijk om uit deze jurisprudentie algemene conclusies te trekken. Ik zal dit dan ook niet doen.

In artikel 35a wordt overigens gesproken over de in het belastingrecht van elk der landen besloten liggende instrumenten ter bestrijding van fraude, misbruik en oneigenlijk gebruik. Dit is ruimer dan alleen het beleid inzake *fraus legis*. In de memorie van toelichting is aangegeven dat de opname van artikel 35a als zodanig niet leidt tot een oprekking van het zake door de belastingdienst gevoerde beleid. De aangehaalde arresten moeten in deze context worden geplaatst. Zij behouden ook onder de gewijzigde BRK hun gelding. Hun opmerking dat de situatie van BNB 1994/252, ook zonder artikel 35a aan de orde kan worden gesteld, is op zichzelf juist. Dat neemt echter niet weg dat de reikwijdte van artikel 35a zo ruim is dat ook de *beneficial owner*-voorwaarde, een uitwerking van de zogenoemde fiscaalrechtelijke waardering van de feiten, daaronder valt te begrijpen.

Artikel 35a en artikel 11

De leden van de CDA-fractie vragen of de conclusie juist is dat Nederland het 7,5% tarief zal toepassen, ook als de door Nederland als dividend geherkwalificeerde vervreemdingswinsten op de Nederlandse Antillen, in overeenstemming met wet en beleid, niet worden belast. Dienaangaande merk ik het volgende op. In de hier bedoelde situaties zal Nederland het 7,5% tarief toepassen indien deze inkomsten in de Nederlandse Antillen in de heffingsgrondslag worden betrokken, doch deze inkomsten door (reguliere) verliesverrekening feitelijk niet worden belast. Worden deze inkomsten in de Nederlandse Antillen echter niet in de heffingsgrondslag begrepen dan past Nederland het 15% tarief toe. Een en ander is tijdens de behandeling in de Tweede Kamer uitgebreid aan de orde gekomen (zie kamerstukken II 1995/96, 24 583 (R 1564) nr. 5 blz. 21/22 en Handelingen II, blz. 89-5930 en 89-5940).

Deze leden vragen mij in het licht van de arresten BNB 1994/259 en BNB 1994/294 toe te lichten waarom onder artikel 11 van de BRK herkwalificatie van vervreemdingswinst tot dividend wel mogelijk zou zijn. Dienaangaande merk ik het volgende op. De door deze leden aangehaalde jurisprudentie is gewezen voor de toepassing van het (oude) belastingverdrag met de Verenigde Staten en het belastingverdrag met België. Deze jurisprudentie wijst uit dat de zinsnede in de preambule van belastingverdragen (en het voorkomen van het ontgaan van belasting) bij gebreke van voldoende aanknopingspunten in het verdrag of de toelichting onvoldoende basis biedt voor een succesvolle aanpak van

gekunstelde constructies. Van belang daarbij is nog dat in de genoemde verdragen een definitie van het begrip dividend is opgenomen en dat de herkwalficatie niet onder deze definitie kon worden gebracht. Zoals deze leden bekend is, is bij de behandeling van de wijziging van de BRK in 1985 door de rijkswetgever uitdrukkelijk aangegeven dat toepassing van fraud legis bij artikel 11 mogelijk is. De BRK bevat dus, anders dan genoemde belastingverdragen, een voldoende aanknopingspunt om constructies aan te pakken. Voorts wijs ik erop dat in de BRK, anders dan in genoemde belastingverdragen, geen definitie van het begrip dividend is opgenomen. Het staat voor mij daarom buiten twijfel dat herkwalficatie (in bijzondere gevallen) onder artikel 11 van de BRK mogelijk is. Overigens wijs ik erop dat bovengenoemde elementen ook aan de orde zijn gesteld in het nader rapport.

De leden van de CDA-fractie vragen mij voorts aan te geven waarop ik mijn stelling baseer dat door de kasgeldvennootschap dividendbelasting moet worden ingehouden op het moment dat deze zijn reserves uitkeert aan de (nieuwe) aandeelhouder. Deze leden merken op dat de inhouding van dividendbelasting niet meer relevant is indien de (verkopende) aandeelhouder reeds belast is op het (eerdere) moment van verkoop van de aandelen. Ook vragen deze leden mij wie in deze situaties de dividendbelasting kan verrekenen. Tenslotte vragen deze leden mij of de kasgeldvennootschap ook dividendbelasting dient in te houden indien artikel 4a van de Wet op de dividendbelasting 1965 van toepassing is op de financiële instelling.

Ik merk op dat het aanmerken van de kasgeldvennootschap als inhoudingsplichtige op het moment dat deze zijn winstreserves uitkeert aan de nieuwe aandeelhouder is gebaseerd op het volgende. Omdat de financiële instelling bij kasgeldconstructies louter functioneert als intermediair en doorgeefluik, kan het standpunt worden betrokken dat de kasgeldvennootschap, op het moment dat de winstreserves worden uitgekeerd aan de financiële instelling, die opbrengst verschuldigd is aan de Antilliaanse NV. Voorts kan de kasgeldvennootschap worden aangemerkt als inhoudingsplichtige omdat de kasgeldvennootschap degene is wiens reserves uiteindelijk aan de Antilliaanse NV ter beschikking worden gesteld. Alsdan is het in overeenstemming met de heffingsstructuur van de dividendbelasting om de kasgeldvennootschap aan te merken als inhoudingsplichtige.

De in Nederland gevestigde financiële instelling kan bij internationale kasgeldconstructies ook worden aangemerkt als inhoudingsplichtige voor de dividendbelasting. De financiële instelling kan als inhoudingsplichtige worden aangemerkt in bijvoorbeeld situaties waarin die instelling op de hoogte is van de kasgeldconstructie.

Bij internationale kasgeldconstructies heeft de door Nederland te heffen dividendbelasting het karakter van eindheffing. De eventuele heffing van belasting in het buitenland bij de verkopende aandeelhouder over de verkoopopbrengst is in dergelijke situaties voor het Nederlandse recht niet van belang.

In de geschetste kasgeldconstructie is de Antilliaanse NV degene van wie de dividendbelasting wordt geheven. De Antilliaanse NV kan daarom de ingehouden dividendbelasting verrekenen of terugvragen. Uitdrukkelijk wordt opgemerkt dat de financiële instelling niet gerechtigd is de dividendbelasting te verrekenen. De financiële instelling heeft als vertegenwoordiger van de Antilliaanse NV het dividend voor die aandeelhouder ontvangen en heeft dus geen recht om zelf de daarop drukkende dividendbelasting te verrekenen. Eventuele toepassing van art. 4a, Wet op de dividendbelasting 1965 voor de kopende financiële instelling is dan niet relevant.

Overgangsregeling voor Peshonado's

Niet-regulier inkomen

De conclusies die de leden van de CDA-fractie uit mijn voorbeelden ter toelichting van de werking van de overgangsregeling in de memorie van antwoord hebben getrokken, zijn juist. Ik kan deze leden dan ook bevestigen dat de regeling voor niet-regulier inkomen uitwerkt als door hen beschreven.

Regulier inkomen

Deze leden merken voorts op dat ik de term regulier inkomen als bedoeld in artikel 20 zou hebben beperkt tot inkomsten die een periodiek karakter dragen. Het is niet de intentie geweest de term regulier inkomen in deze zin te beperken, zoals ook uit de voorgaande stukken kan worden afgeleid. Overigens wijs ik er op dat de vraag wanneer dividend een periodiek karakter heeft niet relevant is, nu in de overgangsregeling ter zake van dividend een zogenoemde afbraakregeling is opgenomen. Deze afbraakregeling houdt in dat sprake is van regulier dividend indien dit niet meer bedraagt dan eenmaal de belastbare winst die de vennootschap geniet in het jaar voorafgaande aan dat waarin het inkomen wordt genomen, of, zo dat meer is, 10% van de waarde in het economische verkeer van de bezittingen minus de schulden van de vennootschap aan het einde van dat voorafgaande kalenderjaar. Voorts merk ik op dat de overgangsregeling niet ziet op ondernemingswinst, als bedoeld in artikel 5 van de Belastingregeling voor het Koninkrijk, zodat de vraag naar het periodieke karakter van deze winst niet aan de orde is.

Artikel 35b, vierde lid

De leden van de CDA-fractie gaan in op de reikwijdte van artikel 35b, vierde lid. Zij vragen of hun conclusie juist is dat artikel 35b, vierde lid, wel voor holdingsconstructies maar niet voor kasgeldconstructies geldt. Zij wijzen er namelijk op dat de verkopende aandeelhouder bij een kasgeldconstructie de kasgeldvennootschap veelal verkoopt aan een financiële instelling, en dat deze financiële instelling wel een onderneming in materiële zin drijft, zodat niet zou zijn voldaan aan de eis dat inkomen wordt genoten uit een vennootschap die geen onderneming in materiële zin drijft.

Ik merk hieromtrent het volgende op. De reikwijdte, alsmede de werking van artikel 35b, vierde lid, is tijdens de behandeling in de Tweede Kamer uitgebreid aan de orde gekomen. De door de leden van de CDA-fractie gegeven interpretatie in het kader van zogenoemde kasgeldconstructies is hiermee niet in overeenstemming. De zinsnede dat inkomen wordt genoten uit een vennootschap die geen onderneming in materiële zin drijft, ziet op de vennootschap waarin de winstreserves zijn ondergebracht (door middel van het onderbrengen van de winstreserves in een aparte vennootschap dan wel het staken van de onderneming). Door de vennootschap te vervreemden aan een financiële instelling worden deze winstreserves gerealiseerd. De financiële instelling fungeert in dezen slechts als intermediair. Nu de positie van de koper van de kasgeldvennootschap niet van belang is voor de toepassing van deze bepaling, maakt het ook niet uit of de kasgeldvennootschap wordt vervreemd aan een natuurlijke persoon of aan een vennootschap die is gevestigd in een staat waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten waarin een bepaling conform artikel 10, vijfde lid, van het OESO-modelverdrag inzake inkomen en vermogen is opgenomen.

Naar aanleiding van hun vraag hoe het begrip «drijven van een materiële onderneming» moet worden opgevat ingeval van een houdster-

maatschappij met actieve deelnemingen, zij het volgende opgemerkt. Het begrip «drijven van een materiële onderneming» moet worden opgevat naar Nederlands nationaal recht. In situaties waarin sprake is van een houdstervennootschap met actieve deelnemingen is het arrest BNB 1974/2 en de resolutie BNB 1975/11 van belang. De vennootschap moet dus feitelijk optreden als houdstermaatschappij, hetgeen onder meer kan blijken uit haar activiteiten op bestuurlijk, beleidsvormend en/of financieel terrein. Voorts mag het aandelenbezit niet ter belegging worden aangehouden. Het gaat hierbij om een materiële toets zodat een fiscale eenheid hierbij geen rol speelt.

Deze leden gaan verder in op de passage in de memorie van antwoord dat artikel 35b, vierde lid wel aan de orde kan komen na staking van de onderneming in materiële zin. Zij vragen mij of hiervan sprake zal zijn bij kasgeld- of holdingsconstructies.

In de eerste plaats merk ik op dat de reikwijdte van artikel 35b, vierde lid, uitgebreid in de Tweede Kamer aan de orde is gekomen. Artikel 35b, vierde lid strekt ertoe om constructies waarbij beclaimde winstreserves belastingvrij of tegen een laag tarief worden verzilverd, tegen te gaan. Het gaat hierbij met name om situaties waarin zich in de vennootschap, na «afdrijving» van de materiële onderneming, aan de actiefzijde nagenoeg uitsluitend beleggingsactiva bevinden en aan de passiefzijde nauwelijks verplichtingen aan derden doch voornamelijk winstreserves waarop nog een Nederlandse belastingclaim rust.

Verhouding tot het wetsvoorstel regime aanmerkelijk belang

De opmerking van de leden van de CDA-fractie dat de voorgestelde maatregelen tegen emigratie om overwegend fiscale redenen hun belang voor een deel verliezen wanneer het wetsvoorstel herziening regime ter zake van winst uit aanmerkelijk belang (24 761) in werking treedt is juist.

In het nader rapport van het onderhavige voorstel van rijkswet heb ik reeds aangegeven dat ik bij het tegengaan van misbruik en oneigenlijk gebruik een twee-sporenbenadering voorsta. Dit houdt in dat misbruik en oneigenlijk gebruik niet alleen in de nationale context maar ook in de internationale context zullen worden bestreden. De voorgestelde bepalingen tegen emigratie om overwegend fiscale redenen zullen overigens onverkort van belang blijven voor situaties van voor de inwerkingtreding van het genoemde wetsvoorstel. Ik zeg de leden van de CDA-fractie toe dat ik bereid ben artikel 35b, vierde lid bij een volgende herziening van de BRK in de alsdan bestaande context opnieuw te bezien.

Deze leden vragen vervolgens waaruit ik afleid dat artikel 35b, vierde lid, voorrang heeft boven artikel 12 bij de situatie waarin inkomen wordt genoten van een vennootschap die geen onderneming drijft.

In de eerste plaats merk ik op dat in de memorie van toelichting (blz. 16) uitdrukkelijk is opgenomen dat inkomen uit een vennootschap als in deze bepaling bedoeld mede de vervreemding van aandelen omvat. Indien een situatie zowel door artikel 35b, vierde lid als door artikel 12 zou worden bestreken heeft artikel 35b, vierde lid voorrang. Dit volgt reeds uit het feit dat in artikel 35b, vierde lid, artikel 12 terzijde wordt gesteld.

Deze leden vragen zich af of de heffing ter zake van inkoop van aandelen en liquidatie onder de belastingverdragen zal wijzigen, indien deze handelingen in de sfeer van het aanmerkelijk belang na 1 januari 1997 als een vervreemding zullen worden aangemerkt.

Dienaangaande merk ik op dat voor de toepassing van de Wet op de dividendbelasting 1965 de inkoop van aandelen en liquidatie ook na 1 januari 1997 als een dividenuitkering zullen worden aangemerkt. Het is internationaal gebruikelijk dat de kwalificatie van de bronstaat in dezen wordt gevolgd. In de belastingverdragen (en de BRK) is het heffingsrecht op dit punt tot nu steeds verdeeld vanuit de gedachte dat inkoop van aandelen en liquidatie als dividend moeten worden aangemerkt. De

aanpassing in het wetsvoorstel aanmerkelijk belang op dit punt heeft geenszins ten doel het heffingsrecht onder de belastingverdragen te wijzigen. Voor de toepassing van de belastingverdragen en de BRK zullen deze handelingen dus blijven worden aangemerkt als een dividenduitkering.

De Staatssecretaris van Financiën,
W. A. Vermeend