



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Aan de Vaste Commissie van Financiën uit de
Tweede Kamer der Staten-Generaal
t.a.v. Mevr. Mr. E.C. Janssen
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

23 maart 2000

Betreft: NOB-commentaar op wetsvoorstel Herziening regime fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (wetsvoorstel 26 854)

Hoogedelgestrenge commissieleden,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna "de Orde") heeft met veel belangstelling kennis genomen van het bovengenoemd wetsvoorstel en ziet hierin aanleiding nader te reageren.

Samenvatting hoofdpunten:

- a. De Orde heeft waardering voor het wegnemen van een aantal in de praktijk (1-3) onderkende knelpunten. Als voorbeelden zijn te noemen de versoepeling van het bezitspercentage, de mogelijkheid om gedurende het boekjaar een fiscale eenheid tot stand te brengen, het verdelen van verliezen over de moedervenootschap en de ontvoegde dochtermaatschappij en het beperken van de "overkill" van de huidige 16e standaardvoorwaarde.
- b. De Orde signaleert veel vraagpunten als gevolg van het loslaten van het "opgaan in"- (4, 11, 13) principe en is van mening dat het "opgaan in"-concept zoals zich dat de afgelopen decennia heeft ontwikkeld, gehandhaafd moet blijven en moet worden verkozen boven het concept van "volledige consolidatie".
- c. De Orde constateert met spijt dat geen lager bezitspercentage dan 95% is (5a + 5b) voorgesteld. De Orde is van mening dat ingeval dit percentage gehandhaafd moet worden tevens een licht regime voor de fiscale eenheid overwogen zou moeten worden, bijvoorbeeld beschikbaar voor belangen tussen 50 en 95%.
- d. De Orde pleit voor uitbreiding van de mogelijkheid van grensoverschrijdende (6) verliescompensatie.
- e. De Orde meent dat een absolute (juridische) bezitseis onnodig en onwenselijk is. Het (12) economische eigendom van de aandelen zou reeds voldoende moeten zijn voor kwalificatie voor de bezitseis.
- f. De Orde is van mening dat een groot aantal internationale aspecten in het

- (14) wetsvoorstel onderbelicht worden.
- g. De Orde is tegen de uitbreiding van de sanctietermijn tot 10 jaar en ziet in deze uitbreiding een vorm van (materieel) terugwerkende kracht.
- (16) h. De Orde bepleit versoepeling van een aantal formele regels rond de fiscale eenheid.
(18-20)

Hieronder zet de Orde meer in detail de kritiekpunten waarvoor uw aandacht wordt gevraagd, uiteen.

1. Herziening wenselijk

Dit wetsvoorstel werd reeds lang verwacht en in brede kring wenselijk geacht. Gezien het belang van het instituut van de fiscale eenheid voor de praktijk en het feit dat deze regeling naar verwachting een ruim aantal jaren dienst zal doen, hecht de Orde meer waarde aan een goede en fundamentele discussie over de inhoud van het wetsvoorstel dan aan een snelle invoering daarvan.

2. Knelpunten verzacht

Allereerst spreekt de Orde haar waardering uit voor het feit dat in het wetsvoorstel een aantal knelpunten wordt weggenomen of verzacht. Daarbij is te denken aan de versoepeling van het bezitspercentage, de mogelijkheid om gedurende het boekjaar een fiscale eenheid tot stand te brengen, de mogelijkheid om een vaste inrichting op te nemen in een fiscale eenheid en het verdelen van verliezen over de moedervenootschap en de ontvoegde dochtermaatschappij. Ook het beperken van de “overkill” die in de huidige 16e standaardvoorwaarde (SVW) is gelegen, waardeert de Orde positief. Een aantal fiscale belemmeringen bij onder andere fusies en overnames verdwijnt hierdoor.

3. Fundamentele discussie

Met de Raad van State betreurt de Orde dat de tijd die aan dit wetsvoorstel is gewerkt niet gebruikt is om tot een nieuwe en meer fundamentele herbezinning op het regime van de fiscale eenheid binnen de vennootschapsbelasting te komen.

Het funderen van een fiscale wet op uitgangspunten en een heldere systematiek is in de visie van de Orde geen “l’art pour l’art” die slechts van academisch belang is. Beschouwingen daaromtrent verhelderen de keuzes die regering en volksvertegenwoordiging maken. Verder wordt daardoor een interpretatiekader aangereikt dat in de praktijk en voor de rechtspraak van belang is, hetgeen de kans op “overkill” enerzijds en onbedoelde mazen in de wetgeving anderzijds beperkt. De voorspelbaarheid van het recht neemt daarmee toe.

4. Opgaan in versus volledige consolidatie

In hoofdstuk 3.1. van de Memorie van Toelichting wordt uiteengezet waarom het huidige “opgaan in”-principe vervangen moet worden door een “volledige consolidatie”-concept. Deze keuze leidt tot een forse uitbreiding van de wettekst. De Orde merkt hierover het volgende op.

De Wet op de vennootschapsbelasting 1969 heeft een subjectief uitgangspunt. Dat wil zeggen dat elke vennootschap zelfstandig wordt belast. In dat kader past het dit voorstel vorm te geven door middel van het consolidatieconcept. Het fiscale eenheidsregime wordt alsdan een faciliteit voor concerns waarvan de grenzen (streng) bewaakt dienen te worden. In die benadering wordt naar de mening van de Orde echter uit het oog verloren dat dit subjectieve uitgangspunt zelf een verlegenheidsoplossing is.

De ratio van de vennootschapsbelasting is o.a. de gedachte dat bepaalde ondernemingen zozeer te onderscheiden zijn van de eigenaren ervan dat een eigen belastingplicht, los van die eigenaren, gepast en geboden is. De opsomming van aan de vennootschapsbelasting onderworpen rechtsvormen in art. 2 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 sluit

hier echter niet geheel op aan. Ook vennootschappen die nauwelijks een zelfstandige positie in het maatschappelijk verkeer hebben, worden zelfstandig belast, terwijl clusters van entiteiten die in feite één onderneming vormen in beginsel niet als één subject worden behandeld.

In dit kader is de fiscale eenheid aan te merken als een poging om in een aantal gevallen het subject voor de vennootschapbelasting weer dichterbij te brengen bij diezelfde maatschappelijke werkelijkheid als die welke de rechtsgrondslag voor deze belasting vormt. De Orde meent dan ook dat het “opgaan in”-concept zoals zich dat de afgelopen decennia heeft ontwikkeld en inmiddels tamelijk goed is uitgekristalliseerd, verkozen zou moeten worden, boven het concept van “volledige consolidatie”. De argumenten die in de Memorie van Toelichting worden gebezigd om (toch) voor volledige consolidatie te kiezen, acht de Orde niet altijd even overtuigend. Zo wordt het grensoverschrijdende karakter van de huidige fiscale eenheid als een belangrijk bezwaar aangevoerd. Deze situatie heeft echter veel meer te maken met de huidige vestigingseis in artikel 15 die in het voorstel reeds wordt aangepast dan met het concept van “opgaan in”. De Orde is van mening dat aan het huidige art. 2, vierde lid, Wet Vpb. 1969¹ niet een argument kan worden ontleend voor de keuze van “volledig consolideren”.

Ook de opmerking dat zestig jaar geleden (wellicht) een ander concept voor ogen stond dan nu is uitgekristalliseerd, is naar de mening van de Orde amper een argument. Het gaat erom welk concept thans in de praktijk wenselijk is.

Uitsluiting van gevoegde dochtervennootschappen van verdragstoepassing door buitenlandse belastingadministraties lijkt zich in de praktijk niet veelvuldig voor te doen. Denkbaar is in OESO-verband dit onderwerp aan de orde te stellen om tot een gezamenlijk gedragen standpunt te komen.

Samenvattend merkt de Orde op dat de doelen die de wetgever voor ogen staan met de wijziging van het concept *grosso modo* ook binnen de huidige benadering van het instituut van de fiscale eenheid te bereiken zijn. De Orde acht de uitbreiding van de wettekst die in het voorstel nodig is om in een reeks van regelingen de consequenties van volledige consolidatie weer terug te nemen – bijvoorbeeld in de deelnemingsvrijstelling – overbodig en geeft de voorkeur aan handhaving van het huidige regime op dit punt.

5a. De 95%-grens

De Orde constateert met spijt dat de regering heeft gemeend geen lager bezitspercentage dan 95% te kunnen voorstellen. Zeker bij ondernemingen, management buy-outs e.d. waar werknemers ten dele in opties en aandelen worden “betaald” is 5% aan de (te) krappe kant. De Orde wijst erop dat in het kader van de aftrek van financieringsrente juist ten minste een 5% belang wordt geëist en dat recentelijk aan opties voor werknemers bij (jonge) bedrijven nog zoveel waarde werd gehecht, dat de inkomstenbelasting en de loonheffing hier nog specifiek voor zijn aangepast. Meer principieel meent de Orde dat waar in de samenleving voor doeleinden van verantwoording van financiële resultaten bij veel lagere percentages wordt geconsolideerd, het wetsvoorstel in de bezitsvoorwaarden daar zoveel mogelijk bij zou moeten aansluiten.

¹ Hierin is de zogenaamde vestigingsplaatsfictie opgenomen. Artikel 2, vierde lid, Wet Vpb. 1969 bepaalt dat een naar Nederlands recht opgericht lichaam, steeds geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd.

In dit kader wijst de Orde op de situatie waarbij een groep van vennootschappen de commerciële resultaten pleegt te consolideren. Lang niet altijd is het mogelijk om ook voor fiscale doeleinden die resultaten samen te nemen. Omdat een groep zowel uit winst- als uit verliesgevende vennootschappen kan bestaan, brengt de onmogelijkheid om fiscaal te consolideren met zich mee dat de belastingdruk op het geconsolideerde resultaat (belangrijk) uitstijgt boven het statutaire tarief. Veel “planning” zal erop zijn gericht dit nadeel te voorkomen resp. te redresseren. Als nu als uitgangspunt wordt aanvaard dat een groep (van vennootschappen) zoals deze in de samenleving wordt opgevat, in beginsel belasting zou moeten betalen op de groepswinst, dan is helder dat naar lagere bezitspercentages zou moeten worden gestreefd.

De Orde acht de redengeving waarom op dit punt geen voorstellen zijn gedaan niet overtuigend.

Het belangrijkste argument is dat partiele consolidatie te complex zou zijn en zich niet zou verdragen met het achterwege laten van belastingheffing op onderlinge transacties.

Hoewel de Orde hier inderdaad technische bezwaren onderkent, meent de Orde dat dit argument belangrijk aan kracht zou winnen als nader wordt ingegaan op de analyse van deze bezwaren en tevens uiteengezet wordt welke oplossingen daarvoor zijn overwogen en (kennelijk) zijn verworpen. In dit kader zou het interessant zijn te bezien waarom in een aantal belangrijke landen wel met een lager bezitspercentage gewerkt kan worden en waarom in Nederland niet. In dit verband kan worden opgemerkt dat de concept EU-richtlijn inzake “cross border”-verliesverrekening een percentage van 75% hanteert.

De Orde meent dat wanneer dit argument zwaar moet wegen tevens een licht regime voor de fiscale eenheid overwogen zou moeten worden, bijvoorbeeld beschikbaar voor belangen tussen 50 en 95%. Te denken zou zijn aan een regeling waarbij uitsluitend jaarwinsten en verliezen mogen worden overgedragen binnen de groep.

Er vindt dan geen consolidatie plaats maar alleen het resultaat kan (tegen vergoeding) overgedragen worden aan een ander lid van de groep. Het resultaat van onderlinge transacties wordt niet uitgeschakeld.

5b. Alternatieve benadering

Ook een andere weg is denkbaar nl. door andere dan gewone aandelen bij de bepaling van de 95%-grens buiten aanmerking te laten. De Orde denkt dan met name aan (cumulatief) preferente aandelen. In de praktijk komt het regelmatig voor dat jonge ondernemingen worden gefinancierd door middel van (cumulatief) preferente aandelen (door “venture capitalists”, “informal investors”, e.d.). Het is dan jammer dat dan (vaak) de fiscale eenheid in relatie tot de gewone aandelen (waar de meerwaarde op aangroeit) niet mogelijk is.

Door bij het bezitsvereiste te bepalen dat de (cumulatief) preferente aandelen niet meetellen, kan er toch een fiscale eenheid worden verkregen ten aanzien van de gewone aandelen. De praktijk zou hiermee zeer geholpen zijn. Herstructureringen binnen concern – één van de redenen waarom het bezitsvereiste zo hoog blijft – doen zich in deze context niet voor. En ook verliezen kunnen niet worden getransporteerd naar (cumulatief) preferente aandeelhouders want deze kleven aan de gewone aandelen. Gedacht kan verder worden aan een bedrijfsopvolging via art. 14 Wet op de vennootschapsbelasting

1969, waarbij de onderneming door de overdrager wordt ingebracht in een vennootschap van de overnemer tegen cumulatief preferente aandelen met een (cumulatief) dividend van ten minste 7%. Bij de bedrijfsopvolgers die de gewone aandelen houden, wordt vaak een holding tussengeschoven. Deze holding kan nu geen fiscale eenheid aangaan met de overgenomen werkmaatschappij, hoewel deze wel alle gewone aandelen heeft. Ook in deze situatie zou een fiscale eenheid wenselijk zijn. Een wetstechniek om dit te bereiken zou kunnen zijn door in navolging van het oude aanmerkelijkbelangregime (reparatie verwateringsconstructies) preferente aandelen die recht geven op bijvoorbeeld maximaal 10% van de jaarwinst buiten aanmerking te laten.

Dit commentaar beoogt niet dergelijke systemen volledig uit te werken. De Orde meent echter dat met de grote wetgevende creativiteit die regelmatig aan de dag wordt gelegd, door de wetgever eventueel in samenspraak met de praktijk oplossingen gevonden kunnen worden. De Orde pleit derhalve voor een verdere verlaging van het bezitspercentage, dan wel, indien zulks niet acceptabel wordt geacht, voor een apart, licht fiscale eenheidsregime, voor belangen tussen de 50 en 95%.

6. Verliesimport/neutraliteit keuze v.i. of dochter

De keuze om over de grens via een vaste inrichting of een dochtervennootschap te opereren leidt thans tot forse verschillen in de fiscale behandeling die door dit wetsvoorstel verder vergroot worden. Die keuze wordt veelal gemaakt om juridische en organisatorische redenen, in economische termen is er niet zo'n groot verschil. De Orde acht het ongewenst aan die vaak door de omstandigheden opgelegde keuze al teveel fiscale betekenis te hechten. Wanneer via vaste inrichtingen wordt geopereerd kunnen verliezen daaruit (tijdelijk) ten laste van Nederlandse winst komen. De Orde meent dat voor buitenlandse dochtermaatschappijen de Wet in een vergelijkbare regeling zou moeten voorzien.

Nadere toelichting

Vrijwel elke internationaal opererende onderneming van enige omvang bestaat om juridische en organisatorische redenen uit een aantal vennootschappen. Toch zal die onderneming zichzelf als een eenheid zien en ook door derden (bijvoorbeeld de effectenbeurs, aandeelhouders, actiegroepen) als zodanig worden aangemerkt. Echter de bevoegdheid tot belastingheffing wordt uitgeoefend door Staten die normaliter per vennootschap de belastingbasis bepalen. Wanneer nu winsten en verliezen optreden per afzonderlijke vennootschap van zo'n onderneming, dan is binnen één land veelal een vorm van consolidatie mogelijk (vgl. de Nederlandse fiscale eenheid) terwijl dit over de grens niet altijd mogelijk is.

Consequentie hiervan is dat over een groter bedrag belasting wordt geheven dan het totaal van de winsten en verliezen van de vennootschappen waaruit de onderneming bestaat. Met andere woorden: "cross border consolidatie" is veelal niet mogelijk, terwijl de redelijkheid van een oplossing voor de problematiek evident is. Helaas heeft een EU-richtlijn dat dit probleem ten dele zou redresseren het concept stadium nog steeds niet verlaten.

Ondernemingen in de Verenigde Staten hebben de mogelijkheid gebruik te maken van "check the box" wetgeving die erop neerkomt dat buitenlandse resultaten direct in aanmerking kunnen worden genomen in het hoofdland van vestiging. Ook de Franse wetgeving heeft een faciliteit om dit probleem te verzachten ("benefice mondiale").

Als een Nederlandse onderneming ervoor kiest te opereren in het buitenland via vaste inrichtingen kunnen buitenlandse resultaten wel direct alhier in aanmerking worden genomen. Een aantal jaren geleden is hiervoor de "per country" methode ingevoerd die ruimer werkt dan de "overall" benadering en dat is destijds gemotiveerd door te verwijzen naar de noodzaak het fiscale vestigingsklimaat te bevorderen.

De mogelijkheid dat in Nederland gevestigde vennootschappen verliezen die elders geleden zijn alhier kunnen verrekenen is een logisch gevolg van de fundamentele keuze voor heffing van vennootschappen op basis van de wereldwijde winst. Het uitgangspunt van de inkomsten- en vennootschapsbelasting is immers niet een territorialiteitsconcept, waarbij alleen heffing plaatsvindt over in Nederland gegenereerde voordelen. Het bezwaar tegen het (tijdelijk) in aftrek brengen van verliezen geleden door buitenlandse (of naar Nederlands recht opgerichte maar niet feitelijk hier gevestigde) dochtervennootschappen zou naar de mening van de Orde kunnen worden ondervangen door te voorzien in een adequate terugtelregeling wanneer weer winsten worden gemaakt door de betrokken dochtermaatschappijen. De Orde wijst erop dat artikel 13c van de Wet reeds tegen een dergelijk claimverlies waakt. Maar wat er zij van de precieze technische vormgeving ten principale meent de Orde dat (tijdelijke) grensoverschrijdende verliescompensatie mogelijk zou moeten zijn. De Orde merkt daarbij op dat zij wel begrip opbrengen voor een mogelijk wat terughoudende opstelling van de wetgever.

7. De vestigingsplaats en de fiscale eenheid

Het wetsvoorstel volgt een geheel andere lijn. In plaats van de mogelijkheid van grensoverschrijdende verliescompensatie uit te breiden, wordt de beperkte mogelijkheid die er nu reeds is door een fiscale eenheid aan te gaan met een feitelijk in het buitenland gevestigde (naar Nederlands recht opgerichte) dochtervennootschap uitgesloten.

De Orde meent dat dit deze inperking het hierboven aangestipte probleem voor het internationaal opererende bedrijfsleven verscherpt waar juist een versoepeling in de rede zou liggen.

De Orde pleit in dit verband dan ook voor handhaving van de huidige vestigingsplaatseis in de fiscale eenheid, met inbegrip van de onverkorte werking van art. 2, vierde lid, Wet Vpb. 1969, zodat in elk geval de neutraliteit ten opzichte van een vaste inrichting kan worden gehandhaafd voor zover het betreft opname van dual resident BV's in de fiscale eenheid.

8. Uitzondering op artikel 2, vierde lid wet Vpb. 1969, nodig?

Afgezien van het voorgaande vraagt de Orde zich af waarom een uitzondering op art. 2, vierde lid, Wet Vpb. 1969, in de systematiek van het wetsvoorstel nog nodig is, nu op grond van het voorgestelde art. 15, derde lid letter c, Wet Vpb. 1969, een fiscale eenheid al niet mogelijk zal zijn met vennootschappen die op grond van een verdrag of op grond van de BRK fiscaal elders gevestigd zijn. Wat is nog het doel van de inperking van art. 2, vierde lid, Wet Vpb. 1969, zo vraagt de Orde zich af?

De Orde constateert dat de inperking van art. 2, vierde lid, Wet Vpb. 1969 verder gaat dan de vestigingsplaatseis van artikel 15 lid 3 letter c, Wet Vpb. 1969, nu in art. 2, vierde lid, Wet Vpb. 1969 ook buiten verdragslanden of de BRK gevestigde dual resident vennootschappen van het fiscale eenheid-regime uitsluit. Is deze ruimere uitsluiting bewust beoogd? Zo ja, dan is de Orde benieuwd naar de achterliggende reden, omdat

opname van dual resident dochters in niet-verdragslanden geen negatieve invloed heeft op de Nederlandse heffingsgrondslag. Nederland blijft in die situaties door de werking van de vestigingsplaatsfictie immers bevoegd de winst van deze dochters in de heffing te betrekken.

9. Vestigingseis en consolidatie

Voorts vraagt de Orde zich af of de door de indieners van het wetsvoorstel kennelijk ongewenst geachte verliesimport via dual resident dochters niet reeds wordt bestreden door in plaats van de 'opgaan in' benadering te kiezen voor consolidatie met instandhouding van de subjectieve belastingplicht van de gevoegde dochters. De Orde kan zich voorstellen dat de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin de fiscale eenheid als verdragssubject wordt aangemerkt, door de voorgestelde consolidatie-techniek wordt achterhaald. Verliesimport via dual resident dochters binnen fiscale eenheid zou dan reeds op die grond niet meer mogelijk zijn, zodat ook om die reden de inperking van art. 2, vierde lid, Wet Vpb. 1969, alsmede de aanscherping van de vestigingseis in art. 15, derde lid letter c, Wet Vpb. 1969, overbodig zou zijn. De Orde is benieuwd naar de mening van de bewindslieden op dit punt.

10. Gevolgen van de voorgestelde vestigingseis

De Orde vraagt zich af wat de gevolgen zullen zijn van de voorgestelde afschaffing van art. 2, vierde lid, Wet Vpb. 1969 voor wat betreft de fiscale eenheid in situaties waarbij multinationale concerns met een sterk gecentraliseerde buitenlandse concernleiding hun Nederlandse activiteiten via een Nederlandse tussenholding structureren.

Bestaat het gevaar dat de Nederlandse fiscus de feitelijke leiding van de tussenholding ter discussie stelt en om die reden een fiscale eenheid met de Nederlandse werkmaatschappijen weigert?

11. Codificatie

Dit voorstel van Wet zal worden begeleid door algemene maatregelen van bestuur (het voorgestelde art. 15 vierde lid en art. 15, elfde lid, Wet Vpb. 1969). De opzet tot codificatie wordt daarmee niet ten volle bereikt. De Orde meent dat in zijn algemeenheid (belasting)regelgeving zoveel mogelijk in een wet dient te zijn vastgelegd.

Verder acht de Orde het voor een goede beoordeling van het wetsvoorstel van belang dat de voorgenomen algemene maatregelen van bestuur bekend zijn op het moment dat het wetsvoorstel in de Tweede Kamer wordt besproken. De Orde vraagt aandacht voor het feit dat het voorgestelde art. 15, elfde lid, onderdeel a tot en met e, Wet Vpb. 1969 een zeer ruime bevoegdheid lijkt te bevatten de hierin genoemde onderwerpen te regelen. Bepaalde grenzen zijn daarbij niet aangegeven. De Orde verzoekt de voorgenomen algemene maatregelen van bestuur in de parlementaire behandeling te betrekken doch in ieder geval nauwkeuriger aan te geven binnen welke grenzen deze algemene maatregelen van bestuur dienen te blijven.

12. Bezitseis

In het voorgestelde artikel 15, eerste lid, Wet Vpb. 1969 wordt expliciet vastgelegd dat voor de vorming van een fiscale eenheid juridische en economische eigendom van de aandelen in de dochtermaatschappij vereist is. Hiermee wordt de invulling van de bezitseis onder het huidige regime gecontinueerd terwijl dit regime van karakter verandert. "Opgaan in" wordt vervangen door "volledige consolidatie" en die nieuwe

vorm van fiscale eenheid is minder verstrekkend en absoluut dan het huidige concept.

Daarom meent de Orde dat de vraag gesteld kan worden of een dergelijke absolute (juridische) bezitsei nodig en wenselijk is. Normaliter wordt immers in het fiscale recht voor de vraag of een bezitting op de balans van een vennootschap opgenomen moet worden aangesloten bij het begrip economische eigendom.

De vraag wie als eigenaar heeft te gelden in verband met onder andere investeringsfaciliteiten heeft in de zogenaamde leaseregeling een genuanceerd antwoord gevonden. Voor commerciële consolidatie is volledige juridische eigendom geen vereiste. Het komt de Orde voor dat waar er hier een afwijking van de hoofdregel wordt gecontinueerd bij een minder verstrekkend fiscale eenheidsconcept een bredere motivering gewenst is.

Zoals in de artikelsgewijze toelichting is vermeld, kunnen aandelen in dochtermaatschappijen voorwerp tot zekerheid vormen bij bankleningen e.d. Te denken is aan bezitsloos pandrecht. Ook andere rechten van geldverstrekkers (als stemrecht) kunnen vragen doen oproepen naar het voldoen aan de eis van volledig bezit. Nu meent de Orde dat de mogelijkheden om bankkrediet te krijgen bij voorkeur niet beperkt moeten worden door de bezitsei van de fiscale eenheid tenzij daar zwaarwichtige belangen van de overheid door beschermd zouden worden.

Niet alleen voor de vennootschapsbelasting maar ook voor de overdrachtsbelasting, de inkomstenbelasting en de BTW wordt betekenis toegekend aan de economische eigendom. In den brede wordt derhalve aanvaard dat die rechtsverhouding relevant moet worden geacht voor de belastingheffing. Ook vanuit de eenheid van het recht is het derhalve wenselijk de bezitsei voor de fiscale eenheid te doen samenvallen met de economische eigendom.

13. Effecten van volledig consolideren

Ook thans is het (veelal) om juridische redenen nodig voor elke vennootschap een commerciële balans en verlies- en winstrekening op te stellen. De techniek van volledige consolidatie is bekend uit de accountantspraktijk en ogenschijnlijk leidt het wetsvoorstel niet tot een verzwaring van de administratieve lasten. Thans is het in een aantal situaties nodig om op het resultaat van de hierboven weergegeven bewerking correcties te maken in verband met de aangifte. De belangrijkste is wel winstsplitsing vanwege de aanwezigheid van voorvoegingsverliezen. Echter de meeste bijzondere fiscale regelingen (investeringsaftrek, uitsluiting renteaftrek, voorkoming dubbele belasting met uitzondering van de 17e standaardvoorwaarde, tonnageregeling, etc.) kunnen op het niveau van de fiscale eenheid beoordeeld worden. In het voorgestelde systeem moet echter veel meer onderscheid gemaakt worden tussen regelingen die op het niveau van de fiscale eenheid moeten worden beoordeeld en de andere regelingen die per vennootschap bezien moeten worden. Een volledig overzicht daarvan zou behulpzaam zijn bij de beoordeling van dit wetsontwerp. De Orde brengt hieronder een aantal situaties onder uw aandacht:

- a) In algemene zin verzoekt de Orde een toelichting op de situaties waarbij rentebetalingen binnen fiscale eenheid plaatsvinden, terwijl op betaalde rente aftrekbeperkingen van toepassing zijn, zoals artikel 10a, artikel 13, eerste lid, en het huidige artikel 15, vierde lid, Wet Vpb. 1969. Begrijpt de Orde het goed dat deze

bepalingen niet van toepassing zijn indien de betreffende rente binnen fiscale eenheid weggeconsolideerd wordt? Als voorbeeld denkt de Orde aan de situatie waarin een gevoegde dochtermaatschappij een lening van een verbonden lichaam verkrijgt ter financiering van een dividend binnen fiscale eenheid aan haar moedermaatschappij, die de verkregen fondsen binnen haar Nederlandse onderneming aanwendt. De Orde verzoekt om bevestiging van de gedachte dat door volledige consolidatie op het niveau van de fiscale eenheid de rentelast volledig aftrekbaar is.

- b) Kan uiteengezet worden wat de gevolgen van genoemde artikelen zijn binnen fiscale eenheid indien winstsplitting dient plaats te vinden ten behoeve van bijvoorbeeld de verrekening van voorfusieverliezen?
- c) In het wetsvoorstel wordt geen aandacht besteed aan de effecten voor de concernfinancieringsmaatschappij van de voorgestelde wijzigingen in het regime van de fiscale eenheid. Die effecten kunnen met name gelegen zijn in de vervanging van “opgaan in” door de volledige consolidatie. De Orde vraagt zich af of dit betekent dat de rentebaten, die worden gegenereerd op leningen die binnen de fiscale eenheid worden verstrekt vanuit het CFM-lichaam, deel uitmaken van de concernfinancieringswinst.
- d) Aangegeven is dat de zogenaamde ruimterekening op het niveau van de fiscale eenheid zal worden toegepast. De ruimterekening is slechts een bewijsregel. Kan bevestigd worden dat die ondernemingen die langs andere weg het verband tussen eigen vermogen en “buitenlandse” deelnemingen bewijzen er ook van kunnen uitgaan dat hun bewijs op het niveau van de fiscale eenheid beoordeeld zal worden?
- e) Momenteel wordt investeringsaftrek verkregen als bijvoorbeeld een moedermaatschappij een pand aanschaf en dit gaat verhuren aan de met haar in een fiscale eenheid gevoegde dochtermaatschappij. Door de huidige “opgaan in”-gedachte van het fiscale-eenheidsregime is sprake van eigen gebruik en niet van hoofdzakelijk ter beschikking stellen aan derden (weliswaar binnen fiscale eenheid, maar de dochter is fiscaal non-existent). In dit laatste geval zou geen investeringsaftrek kunnen worden verkregen. De Orde vraagt of dit door de nieuwe gedachte van volledige consolidatie, waardoor de dochtermaatschappij fiscaal existent wordt en er dus wel sprake is van hoofdzakelijk ter beschikking stellen van het pand aan derden, verandert en zo ja, welk doel hiermee gediend wordt;
- f) In het verlengde van voorbeeld e). Onder huidig recht zal in genoemde situatie investeringsaftrek zijn verkregen . Stel nu dat het nieuwe fiscale-eenheidsregime met ingang van het boekjaar dat aanvangt op 1 januari 2001 voor het eerst van toepassing wordt op deze belastingplichtige. Betekent het feit dat, nu de gevoegde dochtermaatschappij fiscaal existent wordt, de moedermaatschappij – louter door de nieuwe gedachte van volledige consolidatie en het daarmee fiscaal existent blijven van de dochtermaatschappij – desinvesteert en, mits men nog binnen de desinvesteringstermijn van 5 jaar zit – desinvesteringsbijtelling in aanmerking moet worden genomen?
- g) Onder het huidige recht kan de winst die wordt behaald bij de vervreemding van een bedrijfsmiddel, bijvoorbeeld een pand dat in eigen gebruik is bij de

dochtermaatschappij, worden gereserveerd in een vervangingsreserve. Stel nu dat een andere in de fiscale eenheid gevoegde maatschappij, bijvoorbeeld de moedermaatschappij, overgaat tot vervanging van het bedrijfsmiddel en dit vervolgens ter beschikking stelt aan de oorspronkelijke (dochter) maatschappij. Onder huidig recht kan deze andere (moeder) maatschappij de vervangingsreserve benutten. Onder nieuw recht – consolidatie in plaats van opgaan in – wellicht niet, want het bedrijfsmiddel verandert van karakter, nl. van eigen gebruik in verhuur aan (relatieve) derden. Er is dan geen sprake van economisch dezelfde functie en dus kan de vervangingsreserve niet worden benut. De Orde vraagt zich af of dit effect beoogd is;

- h) Eenzelfde vraag speelt met betrekking tot de toepassing van de ruilarresten. Dit wordt van belang als over enige tijd de vervangingsreserve voor onroerende zaken is afgeschaft en voortaan een beroep zal moeten worden gedaan op de ruilarresten. De Orde vraagt of bijvoorbeeld een moedermaatschappij een beroep kan doen op de ruilarresten als zij overgaat tot vervanging van het pand en dit pand binnen fiscale eenheid gaat verhuren aan een de dochtermaatschappij die voorheen het (oude) pand zelf gebruikte. Kan een andere - weliswaar binnen fiscale eenheid gevoegde - maatschappij dan de maatschappij die het bedrijfsmiddel vervreemdt, een beroep doen op de ruilarresten en zo ja, komt dit niet in strijd met begrip “ruil”, welk begrip toch suggereert dat dit door dezelfde maatschappij dient te geschieden?
- i) De Orde vraagt naar de consequenties van het criterium “opgaan in” in een systeem van volledige consolidatie, in het bijzonder in samenhang met de status van fiscale beleggingsinstelling (hierna: fbi). Dit heeft belangrijke gevolgen voor de financieringseisen zoals die gelden voor fiscale beleggingsinstellingen (art. 28, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969). Indien de tot een fiscale eenheid behorende maatschappijen allen de fbi-status bezitten, dient onder het huidige recht ter beoordeling of is voldaan aan de financieringseisen naar de bezittingen en schulden van de “gehele” fiscale eenheid te worden gekeken (onder het huidige recht is er immers slechts één belastingplichtige, nl. de moedermaatschappij).

Onderlinge vorderingen en schulden vallen in zoverre tegen elkaar weg, dat een moedermaatschappij haar onroerende zaken tegen een schuldig gebleven koopsom kan overdragen aan een dochtermaatschappij zonder dat de fbi-status van deze dochtermaatschappij in gevaar komt. Onder het nieuwe regime voor de fiscale eenheid blijven de maatschappijen behorende tot een fiscale eenheid subjectief belastingplichtig.

Dit betekent naar de mening van de Orde dat iedere maatschappij behorende tot een fiscale eenheid afzonderlijk aan de financieringseisen dient te voldoen, wil deze maatschappij de fbi-status behouden dan wel verwerven. Dit houdt tevens in dat bij een fiscale eenheid waarvan alle maatschappijen de fbi-status (willen) verwerven, de moedermaatschappij haar dochtermaatschappij voor ten minste 40% dient te kapitaliseren (aannemende dat sprake is van vastgoedfondsen). Indien de bezittingen van de moedermaatschappij alleen bestaan uit de deelnemingen in de dochtermaatschappijen, dient de moedermaatschappij met ten minste 80% eigen vermogen te zijn gefinancierd. De Orde vraagt of haar zienswijze correct is en zo ja meent dat op dit punt aanpassing wenselijk is.

14. Internationaal

Voor wat betreft de internationale aspecten van de voorgestelde regeling vraagt de Orde uw aandacht voor het volgende:

- a) Het rapport van de Werkgroep fiscale infrastructuur, zoals gepubliceerd als bijlage bij de brief van 24 februari 1995, nr. AFP95-74M, behandelt o.a. de problematiek van de zgn. project-BV's. In de artikelsgewijze toelichting van de memorie van toelichting (hierna: MvT) wordt bij artikel I, onderdeel A medegedeeld dat de project-BV de mogelijkheid wordt geboden om, op verzoek en onder nader te stellen voorwaarden, de fictie van artikel 2, vierde lid, Wet Vpb. 1969 buiten toepassing te laten. De Orde zou prijs stellen op duidelijkheid over de nader te stellen voorwaarden en de reikwijdte van de regeling, namelijk universeel of slechts ten aanzien van bepaalde industrietakken?

De Orde meent voorts dat duidelijkheid over de toepassing van artikel 13 in relatie tot een deelneming in een project-BV, die heeft geopteerd voor het buiten toepassing laten van de vestigingsplaatsfictie op zijn plaats is. Heeft deze keuze bijvoorbeeld ook gevolgen voor de liquidatieverliesregelingen?

- b) In paragraaf 5.1 MvT wordt opgemerkt dat de buitenlandse rechtsvormen moeten voldoen aan de bepalingen van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen. De Orde merkt op dat deze eis niet is terug te vinden in de voorgestelde wettekst. Aangezien het niet voldoen aan de eisen van vermelde wet niet per definitie leidt tot een situatie dat de heffing en invordering van belasting niet is verzekerd vraagt de Orde zich af wat thans de wettelijke basis is om een fiscale eenheid te weigeren bij het niet (volledig) voldoen aan vermelde wet.
- c) Op grond van de nieuwe bepalingen wordt thans wettelijk geregeld dat naar buitenlands recht opgerichte lichamen die in Nederland zijn gevestigd, deel kunnen uitmaken van een fiscale eenheid, indien aan de overige vereisten wordt voldaan. Thans is beleid ontwikkeld naar aanleiding van het arrest van 16 maart 1994, BNB 1994/191 (publicatie van 10 augustus 1994, nr. DB94/1842M, Infobulletin 94/644). Onder het voorgestelde artikel 15, elfde lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969 wordt aangekondigd dat bij algemene maatregel van bestuur regels zullen worden gegeven voor de beoordeling van de aard en inrichting van het naar buitenlands recht opgerichte lichaam. Deze regels zullen nauw aansluiten bij de regels zoals neergelegd in de publicatie van 10 augustus 1994 (MvT paragraaf 5.1). In dit verband merkt de Orde op dat de praktijk baat heeft bij duidelijkheid over de kwalificatie van buitenlandse lichamen die verder gaat dan het aangeven van de regels van beoordeling. In de publicatie van 13 april 1999, nr. DB99/437, is in bijlage X een aantal buitenlandse lichamen opgenomen die wat rechtsvorm betreft kwalificeren voor de fiscale eenheid. De Orde meent dat de praktijk ermee gediend zou zijn als deze kwalificerende lijst wordt bijgewerkt en deze in de toekomst regelmatig wordt aangepast en tevens de praktijk wordt ingelicht over buitenlandse rechtsvormen die in de optiek van de fiscus niet kwalificeren.
- d) In paragraaf 5.2 MvT wordt vermeld dat een in Nederland gelegen vaste inrichting van een met een NV of BV vergelijkbaar vreemdrechtelijk lichaam onderdeel kan uitmaken van een fiscale eenheid indien het lichaam is opgericht naar het recht van

o.a. een Staat waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten waarin discriminatie naar nationaliteit is verboden. In de MvT wordt tevens gesteld dat het vreemdrechtelijke lichaam ook feitelijk in de Staat van oprichting moet zijn gevestigd. De Orde merkt op dat deze opmerking relativisering behoeft. De voorwaarden zijn afhankelijk van de tekst van het non-discriminatie artikel in het desbetreffende verdrag. Het Nederlandse Standaardverdrag bijvoorbeeld verbiedt in artikel 25, eerste lid, discriminatie van onderdanen zonder daarbij onderscheid te maken tussen onderdanen/inwoners en onderdanen/niet-inwoners.

- e) De Orde ziet graag bevestigd dat een Nederlandse vaste inrichting van een kwalificerend lichaam niet alleen deel kan uitmaken van een fiscale eenheid indien het kwalificerend lichaam is gevestigd in het land van oprichting, maar ook indien dat lichaam feitelijk is gevestigd in een land waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten waarin een bepaling is opgenomen die discriminatie naar nationaliteit verbiedt.
- f) De Orde verzoekt toe te lichten of een buiten Nederland gevestigde belastingplichtige zijn gehele onderneming met behulp van een vaste inrichting in Nederland moet drijven of dat dit ook een deel van de onderneming kan zijn (indien dit deel als vaste inrichting kwalificeert).
- g) De Orde verzoekt te bevestigen dat een buiten Nederland gevestigde belastingplichtige die zijn onderneming mede drijft door middel van een vaste vertegenwoordiger in Nederland, eveneens deel kan uitmaken van een fiscale eenheid.
- h) De Orde vraagt zich af of het begrip “vaste inrichting” moet worden opgevat naar Nederlands nationaal recht of naar het recht van het toepasselijke belastingverdrag?
- i) De Orde vraagt zich af waarom niet tevens is geregeld dat twee feitelijk in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen van een buitenlandse moedermaatschappij een fiscale eenheid kunnen vormen. Behalve dat hier weinig op tegen lijkt, is het ook zeer wel denkbaar dat met een beroep op de wetsoverstijgende verdragen (non-discriminatiebepaling conform artikel 24, vijfde lid, OESO-Modelverdrag en artikel 43 EG-Verdrag – vestigingsvrijheid) bepaalde ondernemingen hier recht op kunnen doen gelden.
- j) De Orde acht het ongewenst dat in het wetsvoorstel bij verplaatsing van de feitelijke leiding naar Nederland van een tot de fiscale eenheid behorende maatschappij de fiscale eenheid wordt verbroken. Verbreking kan in combinatie met de herziene 16^e standaardvoorwaarde (het voorgestelde 15ai Wet Vpb. 1969) tot “overkill” leiden. Teneinde ongewenste gevolgen bij zetelverplaatsing naar Nederland te voorkomen zou als alternatief gedacht kunnen worden aan een bepaling van “fictieve voeging”. Eenvoudiger alternatief is wellicht het uitsluiten van het voorgestelde artikel 15ai bij verbreking krachtens het voorgestelde art. 15, zesde lid, onderdelen b en c, Wet Vpb. 1969.

- k) De Orde is teleurgesteld dat (nog) geen duidelijkheid wordt gegeven ten aanzien van de verwerking van de zeventiende standaardvoorwaarde in de voorgestelde regeling. De Orde verzoekt om een nadere toelichting inzake de voorgestelde regeling.
- l) De Orde vraagt zich af waarom ten aanzien van de verrekening van buitenlandse bronbelasting na verbreking van de fiscale eenheid niet als hoofdregel geldt dat de aanspraak op verrekening meegaat met de maatschappij die het object waaraan de bronbelasting relateert, op haar balans heeft staan. Een dergelijke regeling wordt immers wel gekozen voor de gestalde buitenlandse verliezen.
- m) Winst waarvoor voorkoming van dubbele belasting wordt verkregen telt niet mee voor de bepaling van de ruimte voor renteaftrek ter zake van bepaalde schulden. Hoewel de Orde begrip heeft voor het standpunt van de wetgever, past deze bepaling niet in de systematiek en is een stap in de richting van introductie van een het territorialiteits-principe; alleen feitelijk in Nederland belaste winst telt mee. Introductie van een dergelijk principe is niet wenselijk en past niet in de Nederlandse wetgeving waarin uitgegaan wordt van heffing op basis van de wereldwinst.

15. Vervangingsreserve

Het wetsontwerp bevat een regeling voor de toepassing van de vervangingsreserve. Waar het in het voornemen van de regering ligt deze af te schaffen en daarvoor in de plaats de herinvesteringsreserve te introduceren acht de Orde een toelichting op de wijze waarop deze faciliteit vorm zal krijgen binnen de fiscale eenheid van groot belang. Moet ervan worden uitgegaan dat de herinvesteringsreserve in overeenstemming met de regels die nu met betrekking tot de vervangingsreserve zijn geformuleerd, behandeld moet worden?

16. Het voorgestelde artikel 15ai, Wet Vpb. 1969 (16e SVW)

Het wetsvoorstel is op dit punt een belangrijke verbetering ten opzichte van de huidige situatie. De afrekening over verschoven activa of passiva wordt beperkt tot de meerwaarde daarvan. De Orde is er verheugd over dat hierdoor veel “overkill” wordt weggenomen. Desondanks is ook de nu voorgestelde sanctiebepaling te verstrekkend om de volgende redenen:

- a) Het loslaten van het criterium “ten goede komen” miskent het oorspronkelijke doel van de voorwaarde. De uitleg die nu in de MvT wordt gegeven, wijst op een regeling die voor praktisch elke overdracht van activa beoogd achteraf de faciliteit van de fiscale eenheid terug te nemen. De sanctie had echter oorspronkelijk een veel beperktere strekking (tegengaan van onbelaste verkoop van activa aan derden). Een van origine antimisbruikartikel wordt tot algemene norm verheven. De Orde mist een goede motivering waarom bij een redelijke belangen afweging van bedrijven en overheid niet met een minder verstrekkend voorstel wordt volstaan.
- b) De verlenging van de sanctietermijn tot 10 jaar betekent een forse verzwaring van de sanctie en vergroot de reeds bestaande praktische problemen bij overnames (verzwaring fiscale due diligence onderzoeken). Er is geen theoretische onderbouwing te geven voor het koppelen van een sanctietermijn aan afschrijvingstermijnen van betrokken activa. De huidige termijn (6 jaar) is zo lang dat het misbruik dat er door gekeerd dient te worden, zich niet voordoet. Het is de Orde niet bekend dat in de praktijk deze termijn te kort zou zijn gebleken. Zoals

hierna wordt opgemerkt, leidt het ontbreken van specifiek overgangsrecht bovendien tot materiële terugwerkende kracht.

- c) Het hanteren van de waarde op ontvoegingstijdstip leidt in veel gevallen tot “overkill” (zie hierna) en doet afbreuk aan de theoretische onderbouwing van de voorwaarde. Beter is het uit te gaan van de in de MvT genoemde ‘zuivere’ methode (boekwinst verminderd met afschrijving belastingen). Uitvoeringsproblemen zouden kunnen worden ondervangen door bijvoorbeeld de daadwerkelijke boekwinst bij overdracht als maatstaf te gebruiken en de belanghebbende de afschrijvingen te laten aantonen.
- d) De Orde vraagt zich af of de sanctietermijn voor grond (waarop niet wordt afgeschreven) beperkt blijft tot 6 jaren. Dezelfde vraag geldt voor voorwerpen van kunst en immateriële vaste activa waar niet op kan worden afgeschreven.
De artikelsgewijze toelichting bij het voorgestelde artikel 15ai Wet Vpb. 1969 spreekt van een “normale afschrijvingsduur langer dan tien jaar”. De Orde is van mening dat deze normale afschrijvingsduur moet worden gezien vanuit het individuele bedrijfsmiddel.
Zo dient naar het oordeel van de Orde bij een tweedehands machine de op het moment van aanschaf nog te verwachten economische levensduur bepalend te zijn.
- e) Indien een dochtervennootschap haar gehele onderneming aan de moedervernootschap overdraagt en de aandelen in de dochtervennootschap vervolgens verkocht worden, moet worden afgerekend over de in de onderneming van de dochtermaatschappij belichaamde goodwill.
De Orde vraagt zich af of voor dit geval geen ontheffing verleend zou moeten worden, nu hier sprake is van een interne reorganisatie.
- f) De Orde is van mening dat de fiscale eenheid de mogelijkheid moet worden geboden een vervangingsreserve of een herinvesteringsreserve (t.z.t.) te vormen voor de winst die ontstaat als gevolg van de sanctie van het voorgestelde artikel 15ai, eerste lid, Wet Vpb. 1969, indien dat ook mogelijk zou zijn geweest bij een zelfstandige belastingplicht. Dit geldt met name indien reeds een vervangende investering heeft plaatsgevonden en er bij zelfstandige belastingplicht (voorshands) geen heffing zou hebben plaatsgevonden. Toepassing van de sanctiebepaling zou in dat geval achterwege moeten blijven.
- g) Een vraag is verder of de verkorte sanctietermijn ook kan gelden indien overdracht van een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming door de moedermaatschappij aan de dochtermaatschappij plaatsvindt zonder dat een tegenprestatie wordt bedongen (de informele kapitaalstorting). De Orde ziet dat als passend binnen het systeem.
- h) De verlenging van de sanctietermijn tot tien jaren en de beperkte overgangsperiode (twee jaren), kan onder omstandigheden tot gevolg hebben dat de sanctietermijn herleeft in situaties waarin deze onder het huidige regime reeds verstreken is. De belastingplichtige heeft namelijk weliswaar het recht gedurende twee jaar te opteren voor de oude voorwaarden, maar de sanctie wordt verlengd met vier jaar. Dit is naar de mening van de Orde een waarschijnlijk onbedoelde vorm van terugwerkende kracht. In elk geval dient naar de mening van de Orde in het overgangsrecht een

maatregel getroffen te worden die voorkomt dat de sanctietermijn herleeft in situaties waarbij de oude sanctietermijn van 6 jaar bij inwerkingtreding van het wetsvoorstel inmiddels verlopen is.

- i) Bij overdrachten die onder de uitzondering van het voorgestelde artikel 15ai, tweede lid, sub b, Wet Vpb. 1969 vallen, past het – in het kader van de synchronisatie van artikel 14 en artikel 15 Wet Vpb. 1969 - om in elk geval bij deze overdrachten de belastingplichtige de mogelijkheid van tegenbewijs te geven indien de fiscale eenheid wordt verbroken binnen de sanctietermijn van 3 jaren, zoals ook voorgesteld voor artikel 14 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 onder de Invoeringswet Wet inkomstenbelasting 2001. Dit geldt te meer daar de bedoeling van deze uitzondering (zowel onder het huidige regime als onder het voorgestelde regime) is om te voorkomen dat een beroep zal worden gedaan op de bedrijfsfusiefaciliteit hoewel overdracht binnen fiscale eenheid voor de hand zou hebben gelegen.

Overigens kan de overdracht van een onderneming tegen uitreiking van de overnemer van eigen aandelen, ook worden bewerkstelligd door een splitsing in de zin van artikel 334c, tweede lid jo artikel 334e, derde lid, onderdeel a, BW. Voor de figuur van de splitsing is de tegenbewijsregeling ook voorgesteld onder de Invoeringswet Wet inkomstenbelasting 2001.

- j) Het reeds toepassen van de sanctie in het voorgestelde artikel 15ai Wet Vpb. 1969 bij het verbreken van de fiscale eenheid ten aanzien van de overnemer en de overdrager miskent het doel van de bepaling, te weten het voorkomen dat belaste vermogenswinsten worden omgezet in onbelaste vermogenswinsten. Begrijpelijker zou zijn om indien de verbreking van de fiscale eenheid plaatsvindt door vervreemding binnen concern, de sanctie niet toe te passen en eventueel het vervreemdingsverbod te laten overnemen door de nieuwe aandeelhouder van de overnemer of de verkrijger. In dit verband verwijst de Orde naar de Memorie van Toelichting op de artikelen L en M van het wetsvoorstel Invoeringswet Wet IB 2001.

De Orde is van mening dat het – in verband met de synchronisatie van artikel 14 en artikel 15 Wet Vpb. 1969 - past om in ieder geval bij de overdracht van een onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan tegen uitreiking van aandelen door de overnemer, op te nemen dat bij overdracht aan een verbonden lichaam binnen 3 jaren de sanctie niet van toepassing is.

17. Liquidatieverliezen

Met betrekking tot de regeling van de liquidatieverliezen vraagt de Orde uw aandacht voor het volgende:

- a) In het voorgestelde elfde lid van artikel 13d Wet Vpb. 1969 wordt bepaald dat voor de bepaling van de enkelvoudige winst een verlies in verband met de liquidatie van een in de fiscale eenheid opgenomen vennootschap niet in aanmerking wordt genomen. De Orde vraagt zich af wat met deze bepaling wordt beoogd. Een liquidatieverlies kan immers als gevolg van de voorgestane volledige consolidatie voor de fiscale eenheid niet tot uitdrukking komen?

- b) De bestaande regeling inzake het opgeofferd bedrag bij ontvoeging wordt in het wetsvoorstel voortgezet. Dit betekent dat het aangaan van een fiscale eenheid (gevolgd door ontvoeging) een belangrijke beperking van potentieel liquidatieverlies kan betekenen. De regeling bevat hierdoor “overkill”, die naar de mening van de Orde geëlimineerd had moeten worden in het wetsvoorstel.

Ten principale meent de Orde dat liquidatieverliezen en tijdelijke afwaarderingsverliezen op de voet van art. 13ca Wet Vpb. 1969 moeten kunnen optreden binnen de fiscale eenheid zoals die nu wordt vormgegeven. In het “opgaan in”-concept laat zich begrijpen dat de voor belanghebbende vervelende consequentie onontkoombaar is dat zulke verliezen binnen de fiscale eenheid niet denkbaar zijn. Bij volledige consolidatie is die consequentie minder onontkoombaar. Maar los van deze theoretische discussie is de vraag wat juist is. In principe hebben belastingplichtigen er recht op liquidatieverliezen af te trekken. Indien en voorzover verliezen van dochtermaatschappijen reeds verrekend zijn in de fiscale eenheid alvorens deze geliquideerd worden, moet gewaakt worden tegen dubbele aftrek.

Voor zover die dubbele aftrek niet optreedt zou aftrek van liquidatieverliezen mogelijk moeten zijn, resp. dient het opgeofferde bedrag niet negatief beïnvloed te worden door het aangaan van een fiscale eenheid.

De Orde vraagt in dit kader uw aandacht voor het volgende voorbeeld. Vennootschap A koopt alle aandelen in vennootschap B voor 500. De fiscale boekwaarde van de activa van B bedraagt 100. Er vindt voeging plaats. Na vijf jaar heeft B 100 verlies geleden dat verrekend is in de fiscale eenheid. Als B nu geliquideerd wordt, zou een liquidatieverlies van 400 op zijn plaats zijn. Was B niet gevoegd, dan had A een liquidatieverlies van 500 geleden. Per saldo maakt het in deze benadering niet uit of A en B een fiscale eenheid vormden of niet.

Mutatis mutandis geldt het bovenstaande ook voor de toepassing van art. 13ca Wet Vpb. 1969. Het is immers niet zo dat een afwaarderingsverlies op de voet van dit artikel qua bedrag overeenkomt met het in een jaar geleden verlies door de dochtermaatschappij. Voor het afwaarderingsverlies is de daling van de waarde van de aandelen in de deelneming relevant, terwijl voor de jaarwinstbepaling bij de dochtermaatschappij andere maatstaven gelden.

De Orde wijst erop dat de keuze om een nieuw verworven (volledige) deelneming al dan niet te voegen in het huidige en voorgestelde systeem een afweging vergt met name bij sterk risicovolle activiteiten. Omdat er in economische termen slechts een beperkt verschil is, zou die keuze geen grote fiscale verschillen mogen opleveren.

18. Voegen en ontvoegen

Ten aanzien van de problematiek van het voegen en ontvoegen vraagt de Orde uw aandacht voor het volgende:

- a) De driemaandstermijn voor het aangaan van een fiscale eenheid in plaats van de huidige termijn, is kennelijk op verzoek van de Raad van State aangepast. De Orde prefereert een langere termijn. Met name hecht de Orde aan de mogelijkheid met terugwerkende kracht per het begin van een boekjaar te voegen als op die datum aan alle voorwaarden overigens is voldaan.

- b) Volgens de MvT worden nadere regels gesteld met het oog op het maken van een verplichte tussentijdse vermogensopstelling op voegingstijdstip. Bij overnames gedurende het jaar zal veelal slechts een vermogensopstelling beschikbaar zijn van eerdere datum (de overnamebalans zal doorgaans van een eerdere datum zijn dan de datum waarop de eigendom van de aandelen wordt verkregen). De Orde stelt voor om bij voeging een vermogensopstelling naar de toestand die niet ouder is dan (bijvoorbeeld) 5 maanden toe te staan (in overeenstemming met artikel 2:204a BW).
- c) Onder toepassing van het voorgestelde artikel 15, vijfde lid, Wet Vpb. 1969 is het mogelijk een fiscale eenheid aan te gaan gedurende het boekjaar van de moeder- en dochtermaatschappij. De Orde kan zich situaties voorstellen waarbij op het voegingstijdstip de statutaire boekjaren van de maatschappijen niet gelijk lopen (met name indien aandelen worden verworven van een derde), maar de statutaire aanpassing kan dan nog wel plaatsvinden voordat het (“eerste”) boekjaar van de fiscale eenheid afloopt, zodat in essentie aan de voorwaarde van artikel 15, derde lid, onderdeel a Wet Vpb. 1969 wordt voldaan. Mag de laatstgenoemde bepaling als hiervoor omschreven worden uitgelegd?
- d) De Orde vraagt zich af waarom in het voorgestelde artikel 15, zesde lid, onderdeel d, Wet Vpb. 1969 de voorwaarde wordt ingevoerd dat verbreking op gezamenlijk verzoek slechts plaats kan vinden vanaf een moment dat ligt in het volgende boekjaar dan het boekjaar waarin het verzoek is gedaan.

In paragraaf 4.3. van de MvT wordt hierover opgemerkt dat met deze bepaling wordt voorkomen dat een belastingplichtige bij een verbreking op verzoek in een gedeelte van het jaar deel uitmaakt van een fiscale eenheid en in het andere deel van het jaar niet. Het komt de Orde voor dat dit probleem zich slechts verplaatst naar het daaropvolgende boekjaar nu het moment van verbreking op enig moment kan plaatsvinden in dat boekjaar. Voorts staat het argument op gespannen voet met de voorgestelde regeling dat een gedwongen verbreking van de fiscale eenheid onmiddellijk intreedt indien niet langer aan de voorwaarden voor de fiscale eenheid wordt voldaan.

In het voorgestelde artikel 15, zesde lid, Wet Vpb. 1969 is opgenomen dat de fiscale eenheid ten aanzien van andere belastingplichtigen die deel uitmaken van de fiscale eenheid kan worden voortgezet. Om redenen van duidelijkheid beveelt de Orde aan om de frase te vervangen door wordt voortgezet.

- e) In het voorgestelde artikel 15, zevende lid, Wet Vpb. 1969 wordt bepaald dat indien een dochtermaatschappij in één en hetzelfde jaar wordt gevoegd en weer wordt ontvoegd, de fiscale eenheid ten aanzien van de dochtermaatschappij geacht wordt niet tot stand te zijn gekomen. In relatie met de voorgestelde artikelen 15, zesde lid en 15, elfde lid, onderdeel c, Wet Vpb. 1969 zijn er in de praktijk bijzondere situaties denkbaar, bijvoorbeeld in het volgende geval: De vaste inrichting van een dochtermaatschappij maakt vanaf 1 januari onderdeel uit van een fiscale eenheid met een Nederlandse moedermaatschappij. In de loop van hetzelfde jaar wordt de feitelijke leiding van de dochtermaatschappij verplaatst naar Nederland. De Orde zou graag bevestigd zien dat in de uitvoeringssfeer de maatregel van artikel 15, zevende lid, Wet Vpb. 1969, zijnde het niet aanwezig achten van een fiscale

N | O | B |

eenheid ten aanzien van dochtermaatschappij in dat jaar, buiten werking wordt gesteld en dat in de praktijk aansluitende fiscale eenheden mogelijk zijn.

- f) Een belangrijke vraag voor de praktijk is in hoeverre voor de inspecteur de mogelijkheid bestaat om in een latere fase het standpunt in te nemen dat geen sprake kan zijn (geweest) van een fiscale eenheid. Op grond van gewenste rechtszekerheid is het voor belastingplichtigen van belang om te kunnen vertrouwen op een meer dan marginale toetsing door de inspecteur. De Orde verzoekt duidelijkheid omtrent de diepgang van de toetsing door de inspecteur op het moment van het verzoek.

In het verlengde hiervan vraagt de Orde in hoeverre de inspecteur onder het nieuwe regime nog toetst of er bij vrijwillige verbreking van de fiscale eenheid sprake is van zgn. onbedoelde fiscale voordelen. Of mag de Orde het nieuwe fiscale eenheidsregime zodanig begrijpen dat de inspecteur altijd een door belastingplichtigen gewenste ontvoeging zal inwilligen? Zo niet, kan dan worden aangegeven welke nadere voorwaarden aan een ontvoeging op verzoek zullen worden gesteld door de inspecteur?

- g) De formulering van het voorgestelde art. 15ag, Wet Vpb. 1969 zal problematisch zijn bij overnames en ertoe leiden dat kopers van aandelen in dochtervennootschappen niet snel bereid zullen zijn enige vergoeding te geven aan verkoper voor “mee te nemen” verliezen. De Orde vreest dat de vrijheid die de inspecteur (jaren na overname) heeft ten aanzien van de toedeling van verliezen een bron van juridische geschillen zal (gaan) vormen. Bovendien zal de inspecteur mogelijk om praktische redenen veelal niet in staat zijn om de omvang van de verliezen vast te stellen op het moment van een verzoek daartoe in het kader van een overname.

De Orde is er voorstander van deze regeling in vaste voorschriften vast te leggen, waarbij bepaald wordt dat verliezen meegaan met de dochter voorzover die aan die dochter zijn toe te rekenen.

- h) De Orde vraagt zich af of ook een verzoek kan worden gedaan om de verliezen (exclusief de voorvoegingsverliezen) bij de fiscale eenheid achter te laten. Daaraan kan behoefte zijn als er veel discussie mogelijk is over de precieze omvang van de verliezen en de koper niet met de fiscale problematiek van de verkopende fiscale eenheid geconfronteerd wenst te worden.
- i) De Orde vraagt zich voorts af of gedacht is aan de situatie waarin grote concerns een groep van vennootschappen (divisie) vervreemden waartoe vennootschappen behoren die hun onderneming hebben gestaakt, terwijl deze vennootschappen nog over verrekenbare verliezen beschikken. Indien deze verliezen mee gaan naar de koper, zal op basis van het huidige artikel 20, vijfde lid, Wet Vpb. 1969 geen verrekening van die verliezen meer mogen plaatsvinden, terwijl ook de verkoper niets meer aan deze verliezen heeft. De Orde stelt voor om de regeling op dit punt zodanig te wijzigen dat dergelijke verliezen bij de verkoper mogen achterblijven.
- j) In de regeling met betrekking tot verliesverrekening over het voegingstijdstip heen (het voorgestelde art. 15af, Wet Vpb. 1969) wordt niet ingegaan op de gevolgen bij volgtijdige voegingen. Zoals de regeling nu luidt, in combinatie met de zelfstandige

belastingplicht, lijkt het erop dat indien een reeds bestaande fiscale eenheid, die verliezen heeft geleden, wordt gevoegd, die verliezen na die latere voeging niet meer kunnen worden afgezet tegenover het resultaat van die oorspronkelijke fiscale eenheid doch slechts tegenover de enkelvoudige resultaten van de maatschappij waar die verliezen ook oorspronkelijk zijn geleden. De Orde wijst erop dat in de regeling voor de verrekening van overnameholdingrente dit wel wordt geregeld. Graag vraagt de Orde een bevestiging dat de verliezen van de oorspronkelijke fiscale eenheid integraal kunnen worden afgezet tegenover de winst na volgtijdige voeging toerekenbaar aan de oorspronkelijke fiscale eenheid.

19. Hoofdelijke aansprakelijkheid

In art. 39 Invorderingswet wordt de hoofdelijke aansprakelijkheid van de leden van de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelastingsschuld vastgelegd. In de overnamepraktijk is dit artikel bepaald bezwaarlijk. Wordt er een vennootschap uit een fiscale eenheid gekocht dan dient de koper zich te verdiepen in de vraag hoe de verkoper (= fiscale eenheid) met haar fiscale verplichtingen is omgegaan. Uiteraard is het voor de verkoper nodig om de benodigde informatie te verstrekken over het object van de koopovereenkomst, de aandelen in de dochtermaatschappij, maar minder vanzelfsprekend is het om de eigen positie voor de vennootschapsbelasting over het voetlicht te brengen.

Die (gevoelige) informatie heeft op zichzelf genomen niets met de verkoop van de dochtermaatschappij van doen.

In de MvT wordt de keuze voor het concept van volledige consolidatie mede verdedigd door te verwijzen naar de civielrechtelijke zelfstandigheid van vennootschappen. De Orde vraagt zich af of het in dat kader nog wel voor de hand ligt een individueel lid van de fiscale eenheid hoofdelijk aansprakelijk te doen zijn voor de vennootschapsbelasting van de eenheid als geheel.

Aansprakelijkheid hiervoor naar de mate waarin een lid heeft bijgedragen aan het oproepen van die schuld past veel beter in een benadering waarin de nadruk blijft liggen op het subjectieve uitgangspunt in de vennootschapsbelasting. Het komt de Orde voor dat er gewichtige redenen moeten zijn om dit artikel op deze wijze in de wet te handhaven.

20. Invoering

In het voorgestelde artikel VI wordt bepaald dat de wet in werking treedt op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip en voor het eerst van toepassing vindt met betrekking tot de heffing over het jaar dat aanvangt op of na de datum van inwerkingtreding. De Orde begrijpt deze bepaling aldus dat, indien sprake zou zijn van inwerkingtreding op 1 juni 2000 bij een belastingplichtige voor wie het boekjaar gelijk is aan het kalenderjaar, het nieuwe regime toepassing vindt vanaf 1 januari 2001. In het voorgestelde artikel V is ten aanzien van fiscale eenheden die onder het nieuwe regime niet langer zullen kwalificeren, bepaald dat deze met ingang van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet zullen worden beëindigd, in boven vermeld voorbeeld derhalve 1 juni 2000. De Orde veronderstelt dat hier het tijdstip van het voor het eerst toepassing vinden van de regeling is bedoeld, i.e. in bovenvermelde voorbeeld 1 januari 2001, en doet de suggestie het voorgestelde artikel V in deze zin aan te passen.

De Orde zou het zeer op prijs stellen indien u bovenstaande vragen en opmerkingen bij uw afwegingen en bij de discussie met de Staatssecretaris van Financiën wilt betrekken.

Een kopie van deze brief heeft de Orde heden verzonden aan de Staatssecretaris van Financiën.

Graag is de Orde bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

Mr. M.V. Lambooy