



## 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

22 juni 2001

**Betreft:    Commentaar op de nota naar aanleiding van verslag en de nota van wijziging  
              betreffende het wetsvoorstel “Herziening regime fiscale eenheid in de  
              vennootschapsbelasting” (kamerstuknr. 26 854)**

Hoogedelgestrenge commissieleden,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna “de Orde”) heeft met grote belangstelling kennis genomen van de bovengenoemd nota’s en ziet hierin aanleiding nader te reageren.

Het heeft enige tijd geduurd voor deze nota’s het licht kregen te zien maar de genomen tijd is zeker goed besteed. De Orde meent althans dat deze nota belangrijke verbeteringen behelst ten opzichte van het op 25 oktober 1999 bij uw Kamer ingediende aanvankelijke wetsvoorstel tot herziening van het fiscale eenheid regime. Eerst en vooral is te noemen de terugkeer naar het “opgaan in” concept waardoor (i) vele technische vragen hun belang hebben verloren, (ii) de wettekst met minder uitzonderingen belast hoeft te worden en (iii) de huidige jurisprudentie en praktijk kennis relevant blijft. Maar ook de aanpassingen met betrekking tot het tijdstip waarop de fiscale eenheid kan worden beëindigd, de 16e standaardvoorwaarde (het voorgestelde art. 15ai) en de wijze waarop verliezen kunnen worden “meegegeven” aan ontvoegde dochtermaatschappijen zijn voor de praktijk als belangrijke verbeteringen aan te merken. De Orde spreekt zijn waardering uit dat de Staatssecretaris in deze nota blijk geeft de kritiek vanuit literatuur en praktijk serieus te nemen.

Dit betekent niet dat tegen een aantal van de huidige voorstellen geen bedenkingen rijzen. In het navolgende neemt de Orde de vrijheid uw aandacht te vragen voor een aantal meer algemene punten en nog enkele meer technische punten.

## 1. Vereiste belang

Het voorstel houdt vast aan het vereiste dat 95% van de aandelen van de dochtermaatschappij zowel juridisch als economisch in bezit dient te zijn van de moedermaatschappij. Deze grens wordt gemotiveerd door te verwijzen naar een wet die een geheel andere problematiek regelt, namelijk de regeling die de geforceerde uitkoop van minderheidsaandeelhouders mogelijk maakt waarvoor eveneens een 95% bezitseis geldt.

De Orde meent dat het praktische belang van een lager percentage nader moet worden afgewogen.

Vanuit een technisch oogpunt heeft de Orde er begrip voor dat de Staatssecretaris huiverig is voor een substantiële verlaging van dit percentage tot bijvoorbeeld 51%. Desalniettemin zou de Orde enerzijds willen voorstellen om een bezitspercentage van 90% te hanteren (parallel aan de vaak in de fiscaliteit gebezigde norm "nagenoeg geheel") en anderzijds de invoering van een 'lichter regime' dat reeds van toepassing zou kunnen zijn bij een bezit van 50% van de aandelen.

De marge van 10% geeft een aanzienlijke verlichting ten opzichte van het huidige bezitspercentage en meer ruimte om de in vele gevallen noodzakelijk participatie van derden niet aan de vorming van een fiscale eenheid in de weg te laten staan. Waar naar maatschappelijk inzicht en in de accountancy het idee van één onderneming heel anders wordt ingevuld groeit er een afstand tussen de werkelijkheid en de fiscaliteit. De Orde meent dat die afstand gedicht moet worden door aanpassing van de fiscale wetgeving, bijvoorbeeld door de invoering van een lichter fiscale eenheid regime en een nadere verlaging van de bezitseis voor het normale fiscale eenheid regime.

De Orde verwijst hierbij naar maatschappelijke verschijnselen als een complexe concernopbouw, allianties tussen ondernemingen (als alternatief voor fusies of overnames en uit oogpunt van risicodeling), belangrijke minderheidsdeelnemingen door "venture capital" bedrijven en substantiële participatie in ondernemingen door managers/personeel. Deze verschijnselen leiden ertoe dat grotere minderheidsbelangen ontstaan waardoor niet (meer) gevoegd kan worden.

Het valt de Orde daarbij op dat de Staatssecretaris een halve toezegging doet waarbij hij opmerkt: *"In dat verband kan ik mij voorstellen dat een verdere verlaging van het bezitspercentage slechts kan worden gerealiseerd door naast het huidige fiscale eenheidsregime een beperkter regime te creëren waarbij een lager bezitspercentage mogelijk is"*.

De toezegging wordt vervolgens weer half teruggenomen: *"Gezien de vele onderwerpen op het terrein van de vennootschapsbelasting die thans aandacht vragen kan ik nog niet aangeven wanneer het nadere onderzoek op dit punt ter hand wordt genomen"*.

De Orde betreurt het dat de voorbereidingstijd van deze nota, niet benut is voor een nadere analyse van een 'licht fiscale eenheid regime'. De afgelopen jaren heeft het ministerie wel bewezen over welke ruime wetgevende capaciteit en creativiteit het beschikt. Voorts zijn er in de nabije omgeving voorbeelden te vinden van landen waar een lager bezitspercentage wordt toegepast (Duitsland 51%, Verenigd Koninkrijk 75%), waarvan rechtsvergelijkend onderzoek gemaakt had kunnen worden en positieve aspecten mogelijk hadden kunnen worden overgenomen. De Orde meent dat dit punt prioriteit verdient en stelt voor een dergelijke analyse alsnog op korte termijn te maken.

## **2. Consolidatie over de grens**

Naar huidig recht is het mogelijk een fiscale eenheid "over de grens" te vormen, waarbij Nederlandse vennootschappen zijn betrokken die feitelijk gevestigd zijn in een ander land (BNB 1988/331). De gecombineerde werking van art. 2 lid 4 en art. 15 lid 3 letter c van de Wet op de vennootschapsbelasting moet dit in de toekomst voorkomen. Als redenen hiervoor worden de normale afgrenzing van de Nederlandse fiscale jurisdictie en het gevaar van verliesimport genoemd. Tevens merkt de Staatssecretaris op dat de voortgang van het richtlijnvoorstel ten aanzien van "cross border" consolidatie binnen de EU weinig hoopgevend is te noemen. Daarmee lijkt de kous af: "cross border"consolidatie is niet wenselijk en moet worden voorkomen (althans in het kader van de fiscale eenheid). De Orde constateert hier een inconsistentie van de wetgever, aangezien andere bepalingen in de Wet op de vennootschapsbelasting wel (een mate van) "cross border" consolidatie mogelijk maken. De uitlating over de onwenselijkheid van een grensoverschrijdende consolidatie voor wat de fiscale eenheid bepalingen betreft, zijn naar de mening van de Orde dan ook ongenueanceerd en brengen een bepaalde ongelijkheid ten opzichte van andere gevallen met zich mee. Daarbij denkt de Orde aan :

- Het gegeven dat via vaste inrichtingen "cross border"consolidatie zeer wel mogelijk is. Juridisch verschilt de situatie van een Nederlandse vennootschap met een vaste inrichting van die van een Nederlandse vennootschap met een buitenlandse dochtervennootschap, maar als een rechtsvorm neutrale heffing wenselijk is, lijkt de enkele constatering dat er een juridisch verschil is amper een argument om aan dat verschil beleidsmatig veel waarde te hechten.
- Art. 13d van de Wet op de vennootschapsbelasting dat onder omstandigheden een vorm van vertraagde "cross border"consolidatie biedt.
- Art. 13ca van de Wet op de vennootschapsbelasting dat ook een weliswaar onvolkomen vorm van "cross border" consolidatie mogelijk maakt.

Frappant is dat onder de voorganger van de huidige Staatssecretaris in het kader van verbetering van het fiscale vestigingsklimaat zowel de verrekening van verliezen uit vaste inrichtingen is versoepeld ("per country" methode) als art. 13ca is ingevoerd.

Gezien het feit dat de Staatssecretaris het gebrek aan voortgang van de EU-richtlijn inzake "cross border" consolidatie betreurt en gelet op de elders in de Wet bepaalde mogelijkheden, is hij naar de Orde begrijpt er in principe voorstander van dat deze vorm verliesverrekening inhoud moet worden gegeven.

De Orde kan er begrip voor opbrengen dat de Staatssecretaris terughoudend is ten aanzien van de uit de jurisprudentie blijkende mogelijkheid elders gevestigde vennootschappen te voegen en te ontvoegen.

Dan is het ook begrijpelijk dat er wettelijk tegen deze vorm van “cross border” consolidatie een dam wordt opgeworpen, maar niet logisch is zich te beperken tot het afsnijden van die weg zonder aan te geven welke vormen van verliesverrekening over de grens wel acceptabel zouden kunnen zijn. In de brief van 23 maart 2000 heeft de Orde al gewezen op enkele buitenlandse voorbeelden.

Minder helder is overigens waarom die dam moet worden opgeworpen in de volgende gevallen :

- In paragraaf 5 van de Nota wordt ingegaan op de situatie dat een feitelijk in het buitenland gevestigde (naar Nederlands recht opgerichte) BV onbeperkt binnenlands belastingplichtig blijft, omdat de woonplaatsbepaling van het verdrag niet aanknoopt bij de werkelijke leiding maar bijvoorbeeld bij het oprichtingscriterium, dat in dit geval Nederland als woonland van de BV aanwijst voor verdragstoepassing. De Orde begrijpt niet waarom in deze situatie, waarin immers de Nederlandse onbeperkte belastingplicht niet door de buitenlandse feitelijke leiding van de BV wordt ingeperkt, de BV geen deel zou kunnen uitmaken van een fiscale eenheid. In de Nota wordt zelfs gesteld dat het uitsluiten van art. 15 van het toepassingsbereik van art. 2 lid 4 Wet op de vennootschapsbelasting nodig is om opname in een fiscale eenheid te voorkomen.
- Op dezelfde voet begrijpt de Orde niet waarom een 'Nederlandse' BV die feitelijk in een niet-verdragsland is gevestigd geen deel zou kunnen uitmaken van een Nederlandse fiscale eenheid. De Orde kan zich niet vinden in de gedachte dat dit in lijn zou liggen met de afbakening van de fiscale jurisdictie tussen Nederland en dit niet-verdragsland. Immers, Nederland blijft in deze situatie op grond van de nationale wet (art. 2 lid 4 Wet op de vennootschapsbelasting blijft immers in stand) bevoegd over het gehele wereldinkomen van de BV belasting te heffen, en de feitelijke leiding in het niet-verdragsland kan hoogstens leiden tot aanwezigheid van een vaste inrichting in dat land, waarmee op grond van de eenzijdige regeling rekening wordt gehouden. Nederland treedt met deze vorm van belastingheffing die al decennia lang het uitgangspunt vormt van zowel de Nederlandse afbakening van haar eigen internationale heffingsbevoegdheid als de in OESO verband en in bilateraal verband gemaakte afspraken (verdragen) in het geheel niet buiten de grenzen van wat als normale afbakening van de belastingsoevereiniteit wordt beschouwd. De Orde vraagt er aandacht voor dat inkomsten uit derde landen veelal in Nederland belast zullen zijn, dit in tegenstelling tot de situatie waarin de feitelijke leiding als criterium voor de vestigingsplaats geldt.

De Orde vermoedt overigens dat het volledig uitsluiten van de mogelijkheid om verliezen van buitenlandse dochtervennootschappen te verrekenen met winsten van de Nederlandse moedervernootschap in situaties waarbij dat binnen Nederland wel mogelijk zou zijn op enig moment getoetst zal worden aan Europese regelgeving. Het uitblijven van een richtlijn ter zake zal juist de aandacht doen verleggen naar het primaire EU recht. Een systeem waarin een tijdelijke verrekening mogelijk is en een terugtelling (“claw back”) plaatsvindt wanneer er weer winst wordt gemaakt zal wellicht proportioneler worden geacht.

Nu is de Orde van mening dat het huidige wetsvoorstel tot herziening van het fiscale eenheid regime niet opgehouden moet worden door een brede discussie over “cross border” consolidatie. Wel acht de Orde het bepaald raadzaam om dit onderwerp deel te laten uitmaken van de maatregelen die genomen worden op basis van de studie naar modernisering van de vennootschapsbelasting onder leiding van mevrouw Van Rooy. Verwezen moge worden naar de Europese aspecten (hoofdstuk 3) van deze studie.

### **3. Art. 15ai (codificering van de 16e standaardvoorwaarde)**

De Orde is verheugd dat de verlenging van de huidige sanctietermijn van zes jaar weer is teruggedraaid. Het zou praktisch immers voor veel ondernemingen zeer moeilijk zijn geweest langer terug te kijken naar transacties binnen de fiscale eenheid. Ook de nu geboden mogelijkheid uit te gaan van de waarde van het vermogensbestanddeel tijdens de overdracht verminderd met afschrijvingen sindsdien is een belangrijke verbetering, zeker nu die afschrijvingen naar de Orde begrijpt berekend dienen te worden op basis van de werkelijke waarde bij overdracht (zie art. 15ah lid 2 letter a).

Art. 15ai wordt toegepast los van de vraag of de betrokken vennootschappen enig fiscaal motief hadden bij de besmette transactie. Enkele kamerleden vroegen hiernaar en uit het zeer korte antwoord van de Staatssecretaris begrijpt de Orde dat voor een toetsing aan anti-fiscale motieven niet gekozen is omdat het nu eenmaal wenselijk wordt geacht vermogenswinsten behaald bij de overdracht van activa binnen fiscale eenheid te belasten als vrij kort daarna vennootschappen waartussen die fiscale eenheid bestond niet meer tot diezelfde eenheid behoren. Alsdan wordt op dat punt teruggekeerd naar de hoofdregel, namelijk dat transacties tussen al dan niet gelieerde vennootschappen tot belastingheffing leiden.

Op die hoofdregel bestaat weer een (tijdelijke) uitzondering in de vorm van de herinvesteringsreserve. Deze faciliteit is, uiteraard onder voorwaarden, normaliter beschikbaar voor de vervreemder van activa die daarbij winst behaald. De Staatssecretaris wenst echter deze faciliteit niet toe te kennen wanneer heffing op de voet van art. 15ai plaatsvindt omdat er geen sprake is van een overdracht maar van een verplichte herwaardering.

Dit is een louter formeel argument dat door iets andere bewoordingen te bezigen kan worden ondervangen. Zo zou art. 15ai ook verwoord kunnen worden als een vervreemdingsfictie (vergelijk art. 3.60 Wet op de inkomstenbelasting 2001). Juist omdat art. 15ai ook van toepassing is als er geen fiscale motieven een rol spelen is er volgens de Orde alle reden toe dan ook de op basis van een onder voornoemd artikel vallende winst onder omstandigheden te laten kwalificeren voor de herinvesteringsreserve.

De Orde begrijpt niet waarom op dit punt belastingplichtigen die kiezen voor een fiscale eenheid in een slechtere positie moeten worden gebracht dat degenen die hier niet voor (kunnen) kiezen en stelt voor dit punt te herstellen.

### **4. BV1/BV2 structuren (art. 15ad lid 3 letter a), renteaftrek en tegenbewijs**

In art. 15ad lid 3 letter a wordt aftrek van rentekosten afhankelijk gemaakt van opname in de grondslag voor belastingheffing bij een andere Mogendheid. Kort gezegd: de in Nederland afgetrokken rente moet elders belast zijn.

Op zichzelf is dit een detail in het hele wetsontwerp. Aan de introductie ervan zijn echter principiële aspecten te onderkennen.

De regeling dient geen Nederlands doel. De enige reden waarom het wordt voorgesteld is dat er kennelijk een (groot) land is dat die rente door eigenaardigheden in de eigen wetgeving niet onmiddellijk kan belasten. Nederland past zijn wetgeving aan omdat dat (grote) land er kennelijk behoefte aan voelde de ene keer een BV wel en de andere keer niet als een transparant lichaam te behandelen. Die optie c.q. wisselvalligheid in kwalificatie van vreemdrechtelijke lichamen is internationaal zeer ongebruikelijk. De Nederlandse wetgeving wordt nu belast met een clause die werkt in relatie met alle landen in de wereld omdat er één land is dat zijn wetgeving op dit punt afwijkend van internationale normen heeft ingericht.

De Staatssecretaris legt niet uit of de invoering van deze afwijkende regeling onder grote druk van dat (grote) land is gebeurd en in overleg tot stand is gekomen, of dat het hier een eigen initiatief betreft. Als dat laatste het geval is dan rijst de vraag waarom niet volstaan is met uitwisseling van inlichtingen dan wel overleg in algemene zin met het betrokken land waardoor deze alle gelegenheid zou hebben de eigen wetgeving aan te passen.

De principiële vraag is of en zo ja wanneer Nederland de eigen wetgeving aanpast en verzwaart ten behoeve van andere landen. De Orde meent dat hiervoor een beleid dient te bestaan en niet ad-hoc de ene keer wel en de andere keer niet een inbreuk op de hoofdstructuur van de Nederlandse wetgeving gemaakt kan worden. Wederkerigheid en confirmatie aan internationaal gebruikelijke normen zouden in dat beleid de dragende elementen kunnen zijn. Daaraan getoetst voldoet het voorstel bepaald niet.

Een meer technisch aspect is dat de regeling op veel meer situaties ziet dan de gewraakte BV1/BV2 structuur. Als een land om andere redenen dan transparantie van BV1 de rente niet in de grondslag begrijpt voor het voorgeschreven moment geldt de regeling evenzeer.

Binnen de reparatie van de BV 1/BV 2 structuur kan de tegenbewijsregeling voor de VS niet werken omdat een heffing door de VS een heffing over een "dividend" zal zijn in plaats van rente (ervan uitgaande dat BV 1 als transparant wordt gekwalificeerd). Indien BV 2 binnen de genoemde structuur een dividend uitkeert aan BV 1 waarmee BV 1 haar renteverplichting voldoet, zal dit op VS niveau leiden tot een heffing (over dividend) die niet kwalificeert onder de tegenbewijsregeling omdat het geen heffing is over de rente. De Orde meent dat indien in het andere land onder een andere kwalificatie dan rente wordt geheven aan de tegenbewijsregeling moet zijn voldaan. Kan de Staatssecretaris deze conclusie bevestigen?

Thans wordt ook de kapitaalstorting als besmette transactie aangemerkt (waar dat in de parlementaire behandeling bij introductie uitdrukkelijk niet de bedoeling was). Met name deze toevoeging gaat veel verder dan het uitsluitend tegengaan van de BV 1/BV 2 structuur. Iedere kapitaalstorting die is gefinancierd met een groepslening is nu in principe besmet. In de tegenbewijsregeling wordt uitsluitend de verwerving van aandelen genoemd. Dit zou tot gevolg hebben dat zelfs indien de kapitaalstorting uiteindelijk door de betreffende groepsmaatschappij extern is gefinancierd (en de ontvangen rente bij de groepsmaatschappij in de grondslag wordt betrokken) geen tegenbewijs mogelijk en blijft de temporisering van de rente-aftrek van toepassing. Dit kan niet de bedoeling zijn en de Orde geeft in overweging de wettekst ter zake te verhelderen.

De in artikel 15ad lid 1 bedoelde rente is slechts getemporeerd aftrekbaar indien deze is verschuldigd aan een natuurlijk persoon of lichaam die verbonden is met de maatschappij die de geldlening heeft aangetrokken. Ten opzichte van het huidige artikel 15 lid 4 is dit een aanscherping omdat onder de huidige regeling verschuldigdheid aan een natuurlijke persoon niet tot aftrektemporisering leidt. De aanscherping heeft echter niet geleid tot een daarmee corresponderende uitbreiding van de tegenbewijsregeling. Dit kan als volgt worden toegelicht. Onder huidig recht is de rente namelijk toch direct/onbeperkt aftrekbaar indien blijkt dat het (verbonden) lichaam waaraan de geldlening is verschuldigd, kort gezegd, een externe lening heeft aangetrokken (artikel 15ad, lid 3). Deze tegenbewijsregeling is in het voorstel nog steeds opgenomen. Tegenbewijs is echter niet mogelijk indien het een natuurlijke persoon betreft die de lening heeft verstrekt, maar hiervoor zelf extern heeft geleend. De Orde is van mening dat dit een onevenwichtigheid is nu de renteaftrek wel is beperkt als de rente wordt betaald aan een verbonden natuurlijk persoon, maar geen tegenbewijsmogelijkheid is indien de verbonden natuurlijk persoon zelf een externe lening heeft aangetrokken.

Ten slotte vraagt de Orde de Staatssecretaris te bevestigen dat de term “in de grondslag betrokken” als bruto bedoeld wordt. Met andere woorden, kan worden bevestigd dat aan deze eis is voldaan als de rente als opbrengst verantwoord wordt onafhankelijk van de vraag of er corresponderende aftrekposten of “credits” zijn die de feitelijke heffing over de rente weer (grotendeels) wegnemen?

#### **5. 15ac lid 4 (codificering van de ratio van de 17e Standaardvoorwaarde)**

De Orde constateert met spijt dat in het thans voorgestelde artikel 15ac lid 4 een bepaling is opgenomen waarvan het materiële effect overeenkomt met dat van de onlangs door de Hoge Raad onverbindend verklaarde 17e standaardvoorwaarde. In het voorgestelde artikel 15ac lid 4 is bepaald dat de winst van de fiscale eenheid wordt verhoogd met het verschil tussen de bedragen van de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting van de fiscale eenheid en van de desbetreffende dochtervennootschap als ware deze dochtervennootschap niet opgenomen in een fiscale eenheid. De reden voor invoering van art. 15ac lid 4 is dat in andere landen te weinig belasting zou worden betaald. Ook dit artikel beschermt geen Nederlandse belangen maar belangen van andere landen. Het is enigszins bevreemdend dat Nederland dan tegen een rechtstekort in andere landen optreedt door voor zichzelf meer belasting te heffen.

De Orde acht voorts de redengeving, te weten het tegengaan van een onevenwichtigheid in de wisselwerking tussen het regime voor de fiscale eenheid en de voorkoming van dubbele belasting, geen rechtvaardiging voor de beoogde inbreuk op de in de Wet op de vennootschapsbelasting verankerde heffingsgrondslag. Nog pregnanter dan onder de werking van de inmiddels onverbindend verklaarde 17e standaardvoorwaarde vindt op basis van de voorgestelde bepaling een winstbijtelling plaats van een inkomensbestanddeel dat als zodanig geen onderdeel uitmaakt van de winst van de fiscale eenheid en om die reden dan ook niet kan behoren tot de Nederlandse grondslag van de combinatie. Ten overvloede, juist deze constatering vormde voor de Hoge Raad de aanleiding de huidige 17e standaardvoorwaarde onverbindend te verklaren.

In aanvulling op het vorenstaande dient te worden bedacht dat de in het verslag geschetste onevenwichtigheid louter het gevolg is van de berekening van de heffingsgrondslag vanuit Nederlandse optiek enerzijds en de berekening van die grondslag vanuit buitenlandse optiek anderzijds. Dat daardoor verschillen ontstaan is als zodanig geen uitzondering. Het desondanks corrigeren van de aldus berekende Nederlandse heffingsgrondslag leidt er in wezen toe dat een inkomensbestanddeel verband houdend met een buitenlandse bron van inkomen, waarvan als zodanig het heffingsrecht ingevolge door Nederland gesloten belastingverdragen aan het betreffende buitenland is toegewezen, alsnog in Nederland wordt belast. Weliswaar is Nederland overeenkomstig bedoelde belastingverdragen bevoegd inkomen dat verband houdt met aan het buitenland ter heffing toegewezen inkomensbestanddelen in de Nederlandse heffingsgrondslag te betrekken, maar vervolgens is zij gehouden ter zake van bedoeld inkomen een vermindering te verlenen. De thans voorliggende bepaling bewerkstelligt evenwel dat Nederland materieel twee maal bedoeld inkomensbestanddeel in de Nederlandse grondslag betreft en slechts eenmaal een vermindering ter voorkoming van dubbele belasting verleent.

Voorts gaat de regeling zonder meer uit van de veronderstelling dat in de Staat waarin de vaste inrichting is gelegen ook feitelijk de inter-company rente aftrekbaar is. Dit is evenwel niet altijd het geval (vergelijk artikel 10a Wet op de vennootschapsbelasting) zodat de regeling in voorkomende gevallen zal resulteren in een - evenmin door de betreffende regeling zelf beoogde - dubbele heffing. De Orde acht het om die reden dan ook wenselijk binnen het thans voorliggende wetsvoorstel de belastingplichtige de mogelijkheid van tegenbewijs te bieden.

De Orde is van oordeel dat de tekst van de voorgestelde regeling niet eenduidig is geformuleerd. De Orde acht het namelijk aannemelijk dat de regeling algebraïsch zou dienen te worden uitgelegd in die zin dat onder winst van een buitenlandse onderneming zowel de positieve als de negatieve winst dient te worden verstaan. Met name de zinsnede dat de winst van de fiscale eenheid zal worden verhoogd kan in dit verband aanleiding geven tot verwarring. Een evenwichtige regeling zal naar de mening van de Orde ook moeten worden toegepast in situaties waarin de buitenlandse onderneming verliezen lijdt. Ook in die situaties zou, zonder nadere regelgeving, de winst tot een hoger bedrag in aanmerking worden genomen dan het bedrag dat in aanmerking zou zijn genomen indien de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij geen deel zouden uitmaken van een fiscale eenheid. De Orde is daarom van oordeel dat de betreffende bepaling op dit punt dient te worden verduidelijkt.

De Orde is verder van mening dat de thans voorgestelde regeling te eenzijdig is geformuleerd. Uitsluitend indien de buitenlandse winst tot een hoger bedrag in aanmerking wordt genomen dan het bedrag dat in aanmerking zou zijn genomen indien de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij geen deel zouden uitmaken van een fiscale eenheid treedt de bepaling in werking. Ook in de omgekeerde situatie (bijvoorbeeld tengevolge van de allocatie van vermogen van een vaste inrichting aan het hoofdhuis of een situatie waarbij de vaste inrichting van een dochtermaatschappij een vordering heeft op de moedermaatschappij bijvoorbeeld tengevolge van leveranties) ontstaat immers - tengevolge van de wisselwerking tussen het regime voor de fiscale eenheid en de voorkoming van dubbele belasting - een in lijn van de in de Nota veronderstelde onevenwichtigheid.



De Orde bepleit daarom een regeling die van toepassing is zowel indien de winst tot een hoger bedrag in aanmerking wordt genomen als indien de winst tot een lager bedrag in aanmerking wordt genomen dan het bedrag dat in aanmerking zou zijn genomen indien de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij geen deel zouden uitmaken van een fiscale eenheid.

Ten slotte neemt de Orde aan dat bij fiscale beleggingsinstellingen een verhoging die volgt uit de toepassing van dit artikel niet van toepassing is, cq niet belast wordt. Bij fiscale beleggingsinstellingen is de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting, omdat het belastingtarief 0% is, immers nihil. Dit geldt ook in de situatie dat de dochtervennootschap zelfstandig belastingplichtig is. Kan de Staatssecretaris deze conclusie bevestigen?

Mocht de Staatssecretaris een andere mening zijn toegedaan dan zou de Orde graag vernemen hoe deze bijtelling in de visie van de Staatssecretaris doorwerkt naar de artikelen 2 en 4 lid 5 van het Besluit Beleggingsinstellingen.

## **6. Ontvoegen**

Art. 15 lid 6 letter d bepaalt dat de fiscale eenheid kan worden beëindigd op gezamenlijk verzoek tegen een in de toekomst gelegen tijdstip en in ieder geval niet eerder dan met ingang van de datum van indiening van het verzoek. Er is derhalve geen terugwerkende kracht mogelijk. De Orde begrijpt dat de Staatssecretaris ondernemingen geen langlopende optie wenst te geven om al dan niet te ontvoegen.

Of er al dan niet ontvoegd moet worden vergt inzicht in de meest recente cijfers. Veel ondernemingen sluiten de boeken tussentijds per maand of per kwartaal af. Het zou derhalve praktisch zijn als naar analogie van het voegingsvereiste ook bij ontvoeging ondernemingen de mogelijkheid zouden hebben per een recente afsluiting van de boeken te ontvoegen.

De Orde pleit er om deze administratieve reden voor de voeging en de ontvoeging op dit punt te spiegelen door ook ontvoeging met maximaal drie maanden terugwerkende kracht mogelijk te maken.

## **7. Voegen**

De Orde begrijpt niet goed waarom de Staatssecretaris zo strak wenst vast te houden aan de eis van gelijklopende boekjaren bij de vorming van een fiscale eenheid. In punt 18c van onze brief van 23 maart 2000 wees de Orde op situaties waarin een vennootschap geacquireerd wordt (bijvoorbeeld via een veiling) waarin de koper niet in samenwerking met de verkoper de statuten reeds kan aanpassen. Er kleven volgens de Orde geen bezwaren aan continuering van de soepele praktijk op dit punt en dan is de vraag waarom daarvan afgestapt zou moeten worden. Zo nodig zou de Staatssecretaris in een beleidsbesluit dit redelijke verlangen dat praktisch is voor zowel belanghebbenden als fiscus kunnen reguleren.

## **8. Twee dochters in Nederland**

Enkele kamerleden hebben gevraagd waarom niet is voorzien in de mogelijkheid dat twee feitelijk in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen van een buitenlandse moedermaatschappij (zonder een vaste inrichting in Nederland) een fiscale eenheid vormen. Ook de Orde heeft dit punt opgeworpen, mede omdat internationale regelingen hier (wellicht) toe dwingen.

De Staatssecretaris wijst in zijn antwoord op de techniek van verticale consolidatie. Feitelijk is hier het nodige op af te dingen. Wanneer de ene dochtermaatschappij verlies maakt en de andere winst terwijl de moedervenootschap zelf geen belastbaar resultaat heeft, heeft de fiscale eenheid tot gevolg dat de resultaten van de dochtermaatschappijen tegen elkaar worden afgezet.

Soortgelijke problemen zijn aan de orde geweest in HvJ EG C-246/96 (ICI) en HvJ EG C-200/98 (X AB Y AB). In beide gevallen werden nationaal rechtelijke beperkingen ter zijde gesteld door het Hof en hebben het Verenigd Koninkrijk en Zweden de wetgeving reeds aangepast.

De Orde is ten principale van mening dat de Nederlandse wetgeving in overeenstemming moet zijn met de voorschriften en uitleg van Europeesrechtelijke bepalingen en meent dat in geval van twijfel het de voorkeur verdient zelf een nationaal rechtelijke regeling te treffen.

## **9. Fiscale eenheid en vaste inrichting**

In het oorspronkelijke wetsvoorstel was niet de eis opgenomen dat de aandelen van een in een Nederland gevestigde dochtervenootschap deel uitmaken van het vermogen van de Nederlandse vaste inrichting van de in het buitenland gevestigde fiscale eenheid moedervenootschap. Een toelichting op deze aanzienlijke aanscherping van de eisen voor toelating van binnenlandse vaste inrichtingen tot de fiscale eenheid lijkt te ontbreken. De Orde vraagt zich af wat de redenen zijn voor deze aanscherping en of deze aanscherping niet beter kan vervallen, gelet op het ongewenste gevolg dat binnenlandse vaste inrichtingen in veel gevallen niet meer voor opname in de fiscale eenheid in aanmerking zullen komen. De Orde wijst erop dat voor voeging van twee vennootschappen slechts een bezitseis geldt en geen materiële band tussen de ondernemingen van de twee vennootschappen wordt verlangd. Dat roept ook de vraag op of deze eis een discriminatoir element bevat.

## **10. Samenloop artikel 15ai en artikel 15c, tweede lid**

De herwaardering ingevolge artikel 15ai vindt vlak voor het ontvoegingstijdstip plaats. Dit is ook het moment waarop artikel 15c, tweede lid toepassing vindt. De Orde vraagt zich af of dit kan leiden tot een dubbele heffing? Ter toelichting het volgende. Voorbeeld: Een moedermaatschappij draagt binnen fiscale eenheid een vermogensbestanddeel met een stille reserve over aan een dochtermaatschappij. Stel dat de werkelijke leiding van de dochtermaatschappij vervolgens wordt verplaatst naar het buitenland. Indien aan de overige voorwaarden van artikel 15c is voldaan, treedt de sanctie zowel van die bepaling als de sanctie ingevolge artikel 15 ai op. Twee keer afrekenen derhalve over dezelfde winst lijkt het gevolg.

Dit wordt veroorzaakt doordat beide onderhavige bepalingen bij hetzelfde moment aanknopen voor de respectievelijke sancties, namelijk het moment dat onmiddellijk voorafgaat aan de ontvoering (art. 15ai: het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan het tijdstip waarop de fiscale eenheid wordt beëindigd. Art. 15c: het tijdstip onmiddellijk voorafgaande aan het ophouden van inwoner zijn. In een dergelijk geval zullen deze twee momenten precies samenvallen). Een zodanige cumulatie van heffingen zal niet in de bedoeling liggen van de Wetgever. De Orde pleit ervoor (desnoods) een aanvullende regeling te geven.

De Orde zou het op prijs stellen indien de Staatssecretaris zou kunnen verhelderen hoe artikel 15ai en Artikel VI moeten worden toegepast indien een vermogensbestanddeel met stille reserve binnen fiscale eenheid is overgedragen naar een dochtermaatschappij waarvan de feitelijke leiding binnen de termijnen van art. 15ai lid 3 naar het buitenland wordt verplaatst. Wordt de eindafrekening die optreedt bij de verbreking van de fiscale eenheid (als gevolg van de verplaatsing naar het buitenland) in dat geval gestoeld op art. 15ai of op Artikel VI ?

Indien voorts in dit voorbeeld de feitelijke leiding van de vennootschap binnen één jaar na inwerkingtreding van de wet weer naar Nederland wordt teruggebracht, dient de afrekening van Artikel VI achterwege te blijven (de uitzondering opgenomen in lid 3). Betekent dit dat ook de afrekening op de voet van art. 15ai achterwege kan blijven?

## **11. Diverse meer technische punten**

- In de nota wordt opgemerkt dat bij voeging van een nieuw opgerichte dochtermaatschappij geen beperkingen gelden voor verliescompensatie over het voegingstijdstip heen "tenzij de moedermaatschappij reeds een fiscale eenheid vormt met één of meer andere dochtermaatschappijen". De Orde maakt hieruit op dat bij een reeds bestaande fiscale eenheid altijd een winstsplitsing dient te worden toegepast terwijl thans de regel geldt (7.5 van de Toelichting) dat dit alleen het geval is indien er bij een reeds bestaande fiscale eenheid een verrekening over het voegingstijdstip met die nieuwe dochter kan plaatsvinden die gepaard gaat met een afzonderlijke winstberekening per reeds gevoegde maatschappij. Houdt het vorenstaande een inperking in van het bestaande beleid op dit punt? Anders gezegd, indien een nieuwe dochter wordt gevoegd met een reeds bestaande fiscale eenheid en ten aanzien van die reeds bestaande fiscale eenheid is geen sprake van verliesverrekening over het verenigingstijdstip heen, gelden dan wel of geen beperkingen?
- De oorspronkelijke toevoeging van lid 5 (ten tijde van het oorspronkelijke wetsvoorstel kende artikel 17 nog 4 leden) aan artikel 17 is bij de NvW niet ingetrokken. Dit is waarschijnlijk een omissie. De consolidatiegedachte is immers geheel verlaten, terwijl de verwijzing in lid 5 ook niet meer klopt.
- In de Nota wordt gesteld dat een naar vreemd recht opgericht lichaam met feitelijke leiding in Nederland aan de bepalingen van de wet op de formeel buitenlandse vennootschappen dient te voldoen. Is dit niet te algemeen gesteld? Op grond van art. 1 van genoemde wet is dit immers slechts het geval indien de naar vreemd recht opgerichte vennootschap (i) haar werkzaamheid geheel of nagenoeg geheel in Nederland verricht en (ii) de vennootschap geen werkelijke band heeft met de staat naar welks recht zij is opgericht.

Om misverstanden in de praktijk te voorkomen acht de Orde het gewenst dat van de zijde van de Staatssecretaris wordt bevestigd dat slechts in de in art. 1 van deze Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen genoemde gevallen een feitelijk in Nederland gevestigde (naar vreemd recht opgerichte) vennootschap tevens aan de eisen van deze wet dienen te voldoen.

- Artikel VI. dwingt tot eindafrekening over het gehele vermogen van de dochter of moeder die voorheen louter op grond van de vestigingsplaatsfictie van art. 2 lid 4 Wet op de vennootschapsbelasting aan de eis van binnenlandse vestiging voldeed. Kennelijk is dit ook het geval indien een groot deel van de onderneming van de belastingplichtige zich - ondanks de buitenlandse plaats van feitelijke leiding - nog steeds in Nederland bevindt. Nu in art. 15c Wet op de vennootschapsbelasting in een partiële eindafrekening is voorzien voor gevallen waarin slechts een deel van de in het ondernemingsvermogen aan de Nederlandse heffingsbevoegdheid wordt onttrokken, acht de Orde eindafrekening over het gehele vermogen in situaties die daarvan slechts verschillen doordat de bewuste vennootschap deel uitmaakt van een fiscale eenheid, een onevenredig zware sanctie. De Orde vraagt zich dan ook af of niet een met art. 15c evenredige eindafrekeningsverplichting in Artikel VI kan worden opgenomen om deze vorm van overkill in Artikel VI te voorkomen.
- De vraag of overgangsrecht niet gewenst is voor situaties waarin de fiscale eenheid verplicht tot een einde komt als gevolg van de inperking van de vestigingsplaatsfictie wordt in de Nota ontkennend beantwoord. Als reden wordt aangedragen dat belastingplichtigen zich al sinds 25 oktober 1999 op inwerkingtreding van de wet hebben kunnen voorbereiden. De Orde merkt echter op dat een geheel nieuw element in het wetsvoorstel is opgenomen dat de nadelige gevolgen van deze verplichte ontvoeging aanmerkelijk verzwaart, namelijk de verplichte eindafrekening van Artikel VI. De introductie van deze eindafrekeningsbepaling zou naar de mening van de Orde alleszins een overgangstermijn rechtvaardigen.
- Een tamelijk bijzondere positie hebben naar Amerikaans recht opgerichte maar feitelijk in Nederland gevestigde vennootschappen. De “tie breaker” in het Nederlands-Amerikaanse verdrag geeft dan geen uitsluitsel over de woonplaats. Er kan sprake zijn van dubbel inwonerschap. De Orde vraagt zich af of zulke vennootschappen wel in een fiscale eenheid kunnen worden opgenomen.
- Ten slotte vraagt de Orde zich af of de in de overgangsregeling gestelde termijn van twee jaren de in de huidige standaardvoorwaarden gestelde termijnen onverlet laat. Het belang van deze vraag is bijvoorbeeld gelegen in de zesjaarstermijn van de huidige 16e standaardvoorwaarde en het huidige vereiste van “ten goede komen” . De Orde vraagt te bevestigen dat indien binnen de overgangsperiode de eenheid wordt verbroken en de sanctie van de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde zou niet in werking treden wegens het ontbreken van een “ten goede komen”, dat na ommekomst van de overgangsperiode - maar voordat de zesjaarsperiode is verstreken - niet alsnog dient te worden afgerekend omdat in de voorgestelde 16e standaardvoorwaarde een ten goede komen geen voorwaarde meer is voor inwerkingtreding sanctie.

De Orde zou het bijzonder op prijs stellen indien u de bovenstaande vragen en opmerkingen bij uw afwegingen en bij de discussie met de staatssecretaris van Financiën zou willen betrekken.

Een kopie van deze brief heeft de Orde heden verzonden aan de Staatssecretaris van Financiën. Uiteraard is de Orde gaarne bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

mr. M.J. van Dieren