

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Nadruk verboden

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Toekomst fiscale eenheid als interne reorganisatiefaciliteit

Een onderzoek naar de toegevoegde waarde van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting als interne reorganisatiefaciliteit, rekening houdend met het bestaan van de fusie- en splitsingsfaciliteiten in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

Naam: Sebastiaan Claessen

Studentnummer: 380725

Begeleider: drs. M.H.M. Smeets

Plaats: Rotterdam

Datum: 23-06-2016

Inhoudsopgave

LIJST MET AFKORTINGEN.....	4
1 INLEIDING.....	5
1.1 ACHTERGROND.....	5
1.2 DOEL	6
1.3 PROBLEEMSTELLING.....	6
2 DE FACILITEITEN IN HET ALGEMEEN.....	8
2.1 INLEIDING	8
2.2 FISCALE EENHEID IN HET KORT	8
2.2.1 Voorwaarden fiscale eenheid.....	9
2.2.2 Entreeheffingen.....	9
2.3 EUROPESE FUSIERICHTLIJN EN DE NEDERLANDSE WETGEVING.....	10
2.4 BEDRIJFSFUSIE IN HET KORT	10
2.4.1 Voorwaarden bedrijfsfusie.....	11
2.4.2 Begrip zelfstandig deel van een onderneming	12
2.5 JURIDISCHE SPLITSING EN JURIDISCHE FUSIE IN HET KORT	12
2.5.1 Voorwaarden juridische splitsing en juridische fusie.....	13
2.6 DE VOORWAARDEN VERGELEKEN	13
2.7 DEELCONCLUSIE	14
3 ZAKELIJKHEID.....	15
3.1 INLEIDING	15
3.2 BELASTINGONTWIJKING EUROPESE FUSIERICHTLIJN	15
3.2.1 Hoofddoel of een der hoofdoelen.....	16
3.2.2 Belastingfraude en belastingontwijking.....	16
3.2.3 Rechtsvermoeden.....	17
3.3 BELASTINGONTWIJKING FUSIE- EN SPLITSINGSFACILITEITEN NATIONALE WET.....	17
3.4 ZAKELIJKHEID FISCALE EENHEID	19
3.5 DEELCONCLUSIE	19
4 SANCTIE, SANCTIETERMIJN EN TEGENBEWIJS	21
4.1 INLEIDING	21
4.2 ANTIMISBRUIKBEPALING ART. 15AI WET VPB	21
4.2.1 Sanctie art. 15ai Wet Vpb.....	22
4.2.2 Sanctietermijn art. 15ai Wet Vpb	22
4.2.3 Tegenbewijsregeling art. 15ai Wet Vpb.....	23
4.3 VERVREEMDINGSVERBOD FUSIE- EN SPLITSINGSFACILITEITEN	24
4.3.1 Sanctie fusie- en splitsingsfaciliteiten.....	25
4.3.2 Sanctietermijn fusie- en splitsingsfaciliteiten.....	25
4.3.3 Tegenbewijsregeling fusie- en splitsingsfaciliteiten	25
4.4 DEELCONCLUSIE	26
5 VERLIESVERREKENING	27
5.1 INLEIDING	27
5.2 VERLIESVERREKENING OVER VOEGINGSTIJDSTIP FISCALE EENHEID HEEN.....	27
5.2.1 Kern art. 15ah Wet Vpb: zelfstandige winstberekening binnen fiscale eenheid .27	
5.2.2 Kern art. 15ae Wet Vpb en art. 12 BFE: verrekening voorvoegingsverliezen	29
5.3 VERLIESVERREKENING OVER FUSIE-/SPLITSINGSTIJDSTIP HEEN.....	30
5.4 DEELCONCLUSIE	32
6 TOETREDING VAN EEN DERDE BINNEN DE SANCTIETERMIJN	33
6.1 INLEIDING	33
6.2 TOETREDING VAN EEN DERDE BINNEN DE FISCALE EENHEID	33

6.3 TOETREDING VAN EEN DERDE NA EEN FUSIE OF SPLITSING	33
6.4 DEELCONCLUSIE	34
7 CONCLUSIE	36
7.1 SAMENVATTING	36
7.2 AANBEVELING	38
8 LITERATUURLIJST	39
BIJLAGEN	42
BIJLAGE 1: VOORBEELD HERWAARDERING DEELNEMING ART. 15AB LID 1 WET VPB	42
BIJLAGE 2: REKENVOORBEELD ART. 15AI LID 2 WET VPB.....	43
BIJLAGE 3: REKENVOORBEELD ART. 15AH LID 2 ONDERDEEL A EN B WET VPB.....	44

Lijst met afkortingen

AG	Advocaat-Generaal
Art.	Artikel
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BFE	Besluit fiscale eenheid 2003
Blz.	Bladzijde
BNB	Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak
Bv	Besloten vennootschap
EU	Europese Unie
E.v.	En volgende
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
Ibid.	Ibidem
Jo.	Juncto
MvT	Memorie van Toelichting
Nr.	Nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
Nv	Naamloze vennootschap
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
Staatssecretaris	Staatssecretaris van Financiën
V-N	Vakstudie Nieuws
Wet IB	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

1 Inleiding

1.1 Achtergrond

Dat de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (hierna: fiscale eenheid) recentelijk onder vuur is komen te liggen, moge duidelijk zijn. Naar aanleiding van de arresten *Papillon*¹ en *SCA Holding*² van het HvJ EU zag de wetgever zich genoodzaakt tot aanpassing van het fiscale-eenheidsregime om dit in lijn te brengen met het EU-recht. Als het wetsvoorstel 'Wet aanpassing fiscale eenheid' in deze vorm kracht van wet krijgt, zal voortaan de mogelijkheid bestaan om een fiscale eenheid aan te gaan tussen Nederlandse zustervenootschappen met een buitenlandse topvennootschap, alsmede tussen Nederlandse moeder- en kleindochtervennootschappen met een buitenlandse tussenmaatschappij³.

Terwijl de fiscale eenheid dus nog aangepast moet worden, is zij momenteel opnieuw in het geding, ditmaal naar aanleiding van het arrest *Groupe Steria*⁴ van het HvJ EU. Mocht de regeling wederom in strijd met het EU-recht worden geacht, dan zal de wet ingrijpende aanpassingen moeten ondergaan, opdat een soort grensoverschrijdende fiscale eenheid mogelijk wordt gemaakt. De regeling, die al niet uitblonk voor wat betreft haar eenvoud, zal alsdan nog complexer worden.

In de literatuur is dientengevolge een discussie ontstaan met betrekking tot de kwestie of het einde van de fiscale eenheid aanstaande is⁵. De vraag rijst immers of de voordelen van deze regeling nog wel opwegen tegen de nadelen. Hoewel in de voornoemde woordenwisseling verschillende voordelen van de fiscale eenheid worden belicht, schenkt Heithuis met name aandacht aan de fiscaal gefaciliteerde interne reorganisatie⁶. Die is immers ook mogelijk met de fusie- en splitsingsfaciliteiten, opgenomen in de Wet Vpb. Zodoende vergelijkt Heithuis de reorganisatiemogelijkheid onder het fiscale-eenheidsregime met die onder de fusie- en splitsingsfaciliteiten, zij het op een oppervlakkig niveau. Hij oordeelt dat de fiscale eenheid in het geheel niet nodig is als interne reorganisatiefaciliteit en raadt haar ronduit af. Tenslotte draagt Heithuis zelfs het ingrijpende voorstel aan de fiscale eenheid als geheel af te schaffen en te vervangen door een "group relief"-regeling.

De conclusie dat de fiscale eenheid als reorganisatiefaciliteit niet meer nodig zou zijn, heeft mijn interesse gewekt. Dit heeft mij ertoe bewogen om de toegevoegde

¹ HvJ EU 27 november 2008, C-418/07, V-N 2008/59.20 (Papillon).

² HvJ EU 12 juni 2014, C-39/13, BNB 2014/216 (SCA Holding).

³ Kamerstukken II, 2015-2016, 34 323, nr. 3, blz. 3 (Wet aanpassing fiscale eenheid).

⁴ HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, V-N 2015/44.11 (Groupe Steria).

⁵ Heithuis, E.J.W., 'Het einde van de fiscale eenheid Vpb in zicht?', WFR 2015/1136; de Vries, R.J., 'Fiscalisten, hun "speeltjes" en het einde van de fiscale eenheid VPB is nog niet in zicht', WFR 2015/1344; Heithuis, E.J.W., 'Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht!', WFR 2015/1348.

⁶ WFR 2015/1344; Heithuis, E.J.W., 'Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht!', WFR 2015/1348.

waarde van de reorganisatiefaciliteit van de fiscale eenheid ten opzichte van de fusie- en splitsingsfaciliteiten nader te bezien.

1.2 Doel

Het doel van deze scriptie is de relevantie van de fiscale eenheid als interne reorganisatiefaciliteit binnen de vennootschapsbelasting te bepalen aan de hand van een literatuurstudie. Hiertoe wordt deze regeling afgezet tegen de faciliteiten voor fusies en splitsingen, die eveneens in de Wet Vpb zijn opgenomen. Hiermee bestaat immers ook de mogelijkheid voor een fiscaal gefaciliteerde interne reorganisatie. Door middel van een vergelijking met betrekking tot de verschillende relevante punten van de faciliteiten, zal tot een conclusie worden gekomen of de fiscale eenheid als reorganisatiefaciliteit haar bestaansrecht heeft verloren.

Uiteraard kan de fiscale eenheid om nog veel meer redenen aangegaan worden. Hierbij valt onder andere te denken aan verliesverrekening tussen vennootschappen onderling, de fiscale non-existentie van onderlinge transacties en verlaging van de administratieve lasten. Ten aanzien hiervan moet nadrukkelijk worden opgemerkt dat deze scriptie geenszins tot doel heeft de relevantie van de fiscale eenheid als geheel te belichten. Dit onderzoek spitst zich namelijk toe op de interne reorganisatiefaciliteit en met betrekking tot de overige voordelen van de fiscale eenheid zal worden volstaan met enkel een korte vermelding ervan.

1.3 Probleemstelling

De probleemstelling van deze scriptie luidt als volgt:

In hoeverre is de huidige fiscale eenheid als interne reorganisatiefaciliteit nog relevant, in verband met het bestaan van de fusie- en splitsingsfaciliteiten in de vennootschapsbelasting?

Onder interne reorganisatie wordt verstaan: de herpositionering van een vermogensbestanddeel door middel van overdracht tussen verbonden vennootschappen. Een vermogensbestanddeel kan zowel roerende als onroerende zaken betreffen. Als interne reorganisatiefaciliteit wordt die faciliteit aangemerkt die ertoe leidt dat de overdracht fiscaal geruisloos kan plaatsvinden. Dit houdt in dat geen fiscale afrekening plaatsvindt. In dit opzicht beperkt deze scriptie zich tot de vennootschapsbelasting. Met fusie- en splitsingsfaciliteiten wordt bedoeld: de bedrijfsfusie, de juridische splitsing en de juridische fusie uit de Wet Vpb. Hoewel ook de aandelenfusie gefaciliteerd is, wordt deze achterwege gelaten in deze scriptie. Deze faciliteit bewerkstelligt namelijk geen interne reorganisatie met betrekking tot losse vermogensbestanddelen, maar een herpositionering van vennootschappen binnen de groepsstructuur.

Na een korte introductie van de fiscale eenheid en de verschillende fusie- en splitsingsfaciliteiten zal worden overgegaan op de analyse teneinde de probleemstelling te beantwoorden. Dit zal geschieden aan de hand van vijf deelvragen, die de belangrijkste onderdelen vertegenwoordigen die tussen de regelingen vergeleken moeten worden. Hoewel uiteraard nog enkele kleine verschillen bestaan tussen de fiscale eenheid en de fusie- en splitsingsfaciliteiten,

zal deze scriptie volstaan met enkel vermelding ervan. Gezien het geringe belang van deze verschillen zal dit aan de essentie van dit onderzoek niets afdoen.

De deelvragen zijn:

1. *Verschillen de voorwaarden voor het aangaan van een fiscale eenheid met de voorwaarden voor een fusie of splitsing?*
2. *Dient te worden voldaan aan een zakelijkheidseis voor een interne reorganisatie via een fiscale eenheid respectievelijk voor een fusie of splitsing?*
3. *Wat zijn de verschillen tussen een fiscale eenheid en een fusie of splitsing met betrekking tot de sanctie, de sanctietermijn en de mogelijkheid voor tegenbewijs?*
4. *Hoe verhoudt de mogelijkheid tot verliesverrekening over het voegingstijdstip van de fiscale eenheid heen zich tot de mogelijkheid tot verliesverrekening over het fusie-/splitsingstijdstip heen?*
5. *Bestaat de mogelijkheid om binnen de sanctietermijn van de fiscale eenheid enerzijds en van de fusie of splitsing anderzijds toetreding van een derde te bewerkstelligen?*

Met behulp van de Wet Vpb, relevante jurisprudentie en literatuur zal invulling worden gegeven aan de beantwoording van de deelvragen. Op basis hiervan zal tenslotte een conclusie worden getrokken met betrekking tot de probleemstelling, inclusief een hieruit afgeleide aanbeveling.

2 De faciliteiten in het algemeen

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal een korte introductie plaatsvinden van de fiscale eenheid en de fusie- en splitsingsfaciliteiten. Hierbij zal de werking van de regelingen worden toegelicht en worden ingegaan op de voorwaarden voor de toepassing hiervan. Tenslotte zullen de faciliteiten worden vergeleken om tot een conclusie te komen met betrekking tot de verschillen in vereisten voor de fiscale eenheid enerzijds en voor de fusie en splitsing anderzijds.

2.2 Fiscale eenheid in het kort

De regels voor de fiscale eenheid zijn opgenomen in artikel 15 van de Wet Vpb en volgende. De kern van de regeling is als volgt: door middel van consolidatie worden de betrokken maatschappijen op verzoek voor de vennootschapsbelasting beschouwd als waren zij één belastingplichtige. De activa en passiva van de dochtermaatschappij(en) worden toegerekend aan de moedermaatschappij. Vervolgens wordt enkel van de laatstgenoemde maatschappij vennootschapsbelasting geheven.

De fiscale eenheid kan om verschillende redenen aangegaan worden. Eén van de voornaamste voordelen is de onderlinge 'binnenjaarse' verliesverrekening tussen de gevoegde maatschappijen. De winst wordt namelijk bij de fiscale eenheid als geheel bepaald, omdat zij voor de vennootschapsbelasting als één belastingplichtige wordt gezien⁷. Hierbij gaat het wel alleen om de verliezen die geleden zijn tijdens het bestaan van de fiscale eenheid. Daarnaast is sprake van een non-existentie van onderlinge transacties tussen de gevoegde maatschappijen⁸. Dit heeft tot gevolg dat geen rekening gehouden wordt met onderlinge financieringen en bijvoorbeeld geruisloos geschoven kan worden met bedrijfsmiddelen. Zodoende kan de fiscale eenheid als interne reorganisatiefaciliteit gebruikt worden. Verder zorgt deze regeling voor een verlaging van de administratieve lastendruk, omdat enkel één aangifte vennootschapsbelasting hoeft te worden ingediend.

De fiscale eenheid brengt echter niet alleen voordelen met zich mee. Zo kan ten gevolge van de consolidatie slechts één maal gebruik gemaakt worden van het verlaagde vennootschapsbelastingtarief van 20% over de eerste €200.000 van het belastbaar bedrag, hetgeen in art. 22 wet Vpb bepaald is. Met name in het geval van kleinere bedrijven zal dit als nadeel ervaren worden, omdat dan de verhouding tussen de extra verschuldigde belasting en de winst relatief groot is. Bovendien kan ook de hoofdelijke aansprakelijkheid van alle betrokken maatschappijen voor vennootschapsbelastingsschulden van de fiscale eenheid als

⁷ Art. 15 lid 1 Wet Vpb.

⁸ Ook hiervan is de oorzaak dat de fiscale eenheid als één belastingplichtige wordt gezien, op basis van art. 15 lid 1 Wet Vpb.

nadeel worden beschouwd⁹. Tenslotte dient bij het aangaan van een fiscale eenheid rekening te worden gehouden met de vrijval van een eventueel aanwezige opwaarderingsreserve, alsmede met de werking van de zogenoemde entreeheffingen. Hierop zal nader worden ingegaan in sectie 2.2.2.

2.2.1 Voorwaarden fiscale eenheid

Voor het aangaan van een fiscale eenheid is volgens art. 15 lid 1 Wet Vpb vereist dat de moedermaatschappij middellijk, dan wel onmiddellijk zowel de juridische als de economische eigendom bezit van 95% van het nominaal gestorte aandelenkapitaal van de dochter. Bovendien moet volgens dezelfde bepaling dit belang 95% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigen en in alle gevallen recht geven op 95% van de winst van de dochtermaatschappij. Tevens geldt het vereiste dat de aandelen niet mogen worden gehouden als voorraad¹⁰.

Daarnaast geldt een aantal voorwaarden betreffende de kenmerken van de maatschappijen zelf. Het is vereist dat de fiscale boekjaren samenvallen en de winst voor de betrokken partijen volgens dezelfde bepalingen vastgesteld wordt¹¹. Verder worden aparte eisen gesteld aan de rechtsvorm van de moedermaatschappij respectievelijk de dochtermaatschappijen, met als gevolg dat zeker niet alle rechtspersonen kwalificeren voor de voeging in de fiscale eenheid¹². Bovendien dienen vooralsnog beide belastingplichtigen in Nederland te zijn gevestigd, dan wel hier een vaste inrichting te hebben. Een grensoverschrijdende fiscale eenheid is volgens het arrest *X-Holding* namelijk niet toegestaan¹³.

2.2.2 Entreeheffingen

Bij de totstandbrenging van een fiscale eenheid treedt een aantal bepalingen in werking dat mogelijk een probleem vormt voor belastingplichtige. Ten eerste wordt in art. 15ab lid 1 Wet Vpb namelijk bepaald dat de deelneming in de dochtermaatschappij vlak voor de voeging gewaardeerd wordt op de waarde in het economisch verkeer, hetgeen tot hogere winst kan leiden. Als de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet Vpb van toepassing is, zal deze winst echter vrijgesteld zijn.

De tweede entreeheffing is opgenomen in art. 15ab lid 6 Wet Vpb. Onderlinge vorderingen en schulden dienen bij beide partijen gewaardeerd te worden op de

⁹ Opnieuw door art. 15 lid 1 Wet Vpb, zie voetnoot 7.

¹⁰ Art. 15 lid 3 onderdeel f Wet Vpb.

¹¹ Art. 15 lid 3 onderdeel a respectievelijk b Wet Vpb.

¹² De moedermaatschappij dient de rechtsvorm te hebben van een nv, bv, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of een vereniging of stichting in het belang van volkshuisvesting (art. 15 lid 3 onderdeel d Wet Vpb). Verder kwalificeren ook vergelijkbare buitenlandse rechtspersonen. De dochter moet een nv, bv of een vergelijkbaar buitenlands lichaam zijn (art. 15 lid 3 onderdeel e Wet Vpb).

¹³ HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166 (*X-Holding*), rechtsoverweging 43.

laagste van de bedrijfswaarde of de nominale waarde. Een afwaardering van een schuld leidt tot een belaste stijging van het eigen vermogen.

Verder is in art. 15ab lid 2 Wet Vpb een bepaling opgenomen omtrent een verrekenbeperking van een latent liquidatieverlies. Hoewel dit niet zozeer een entreeheffing is, dient hiermee wel degelijk rekening gehouden te worden bij het aangaan van een fiscale eenheid. Hetzelfde geldt voor de regeling die is vastgelegd in art. 13ba lid 10 onderdeel c Wet Vpb. Bij voeging van een schuldenaar als dochtermaatschappij in de fiscale eenheid van een schuldeiser wordt een eventueel aanwezige opwaarderingsreserve direct toegevoegd aan de winst.

2.3 Europese fusierichtlijn en de Nederlandse wetgeving

De Europese fusierichtlijn¹⁴ legt de lidstaten regels op betreffende fusies en splitsingen waarbij twee of meer lidstaten betrokken zijn (art. 1 Fusierichtlijn). Zij bepaalt dat fiscale afrekening niet plaatsvindt, indien aan enkele vereisten is voldaan. Hoewel de richtlijn dus in beginsel slechts op grensoverschrijdende situaties ziet, heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om zowel binnenlandse als fusierichtlijnsituaties gelijk te behandelen¹⁵. In het arrest *Leur-Bloem* van het HvJ EU is dan ook duidelijk geworden dat belastingplichtige zich kan beroepen op de bepalingen van de Europese fusierichtlijn ingeval van een binnenlandse aandelenfusie of bedrijfsfusie¹⁶.

In 1998 is door de Hoge Raad bepaald dat ook wettelijke regels omtrent de juridische fusie en splitsing richtlijnconform moeten worden uitgelegd, voor zover de bepalingen overgenomen zijn uit de fusierichtlijn¹⁷. Al met al hebben de Europese fusierichtlijn en daarmee de arresten betreffende deze richtlijn dus een aanzienlijke invloed op de Nederlandse wetgeving.

2.4 Bedrijfsfusie in het kort

In art. 14 Wet Vpb is de fiscaal gefaciliteerde bedrijfsfusie vastgelegd. Kortgezegd komt deze regeling erop neer dat fiscale afrekening niet plaatsvindt indien een (zelfstandig deel van een) onderneming wordt overgedragen tegen uitreiking van aandelen. Ingeval aan de overige voorwaarden wordt voldaan, gaat het deel van de onderneming over onder bijzondere titel en treedt de verkrijger fiscaal geruisloos in de plaats van de overdrager. Op deze manier is via de bedrijfsfusie een interne reorganisatie mogelijk.

Overigens is binnen de fiscale eenheid geen bedrijfsfusie als bedoeld in art. 14 Wet Vpb mogelijk. De Hoge Raad heeft namelijk bepaald dat op een dergelijke

¹⁴ Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009, PbEU 2009 L 310. Laatst gewijzigd in 2013: PbEU 2013 L 141.

¹⁵ Elswelier, F. J., van der Geld, J. A. G., & Stevens, S. A. (2015). Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, blz. 240: dit is opgemerkt in de parlementaire behandeling van de implementatiewet van de fusierichtlijn.

¹⁶ HvJ EU 17 juli 1997, C-28/95, BNB 1998/32 (*Leur-Bloem*), rechtsoverweging 16 e.v..

¹⁷ HR 4 februari 1998, nr. 30074, BNB 1998/176, rechtsoverweging 3.3.4.

interne reorganisatie het fiscale-eenheidsregime van toepassing is en dat hierbij geen ruimte is voor de toepassing van de bedrijfsfusie¹⁸. Zodoende zijn de begrippen en bepalingen van de bedrijfsfusie en daarmee ook van de fusierichtlijn niet van belang voor de reorganisatie binnen de fiscale eenheid.

2.4.1 Voorwaarden bedrijfsfusie

Volgens art. 14 lid 1 Wet Vpb dient voor de toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit een overdracht van (een zelfstandig deel van) een onderneming plaats te vinden door een belastingplichtige/overdrager tegen uitreiking van aandelen. Het is volgens dezelfde bepaling tevens vereist dat de overnemer belastingplichtig is dan wel wordt door de transactie. Daarnaast staan in art. 14 lid 1 Wet Vpb drie voorwaarden opgesomd waaraan moet worden voldaan¹⁹. In dat geval kan de bedrijfsfusie van rechtswege plaatsvinden.

Ten eerste dienen voor het bepalen van de winst bij beide belastingplichtigen dezelfde bepalingen van toepassing te zijn. Daarnaast mag de overnemer geen aanspraak hebben op: voorwaartse verliesverrekening, vermindering ter voorkoming van dubbele belasting ter zake van buitenlandse resultaten, noch op toepassing van de innovatiebox, objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten, deelnemingsverrekening of verrekening bij buitenlandse ondernemingswinsten. Tenslotte moet ook latere heffing verzekerd zijn.

Ingeval aan één van de drie voorwaarden niet wordt voldaan, kan op verzoek via art. 14 lid 2 Wet Vpb alsnog een gefaciliteerde bedrijfsfusie plaatsvinden, zij het onder het stellen van aanvullende voorwaarden. Opvallend aan deze zogenoemde standaardvoorwaarden is de overeenkomst met de entreeheffingen van de fiscale eenheid, hetgeen logisch is omdat de fiscus ook hier de fiscale claim wenst te behouden. Zo dienen onderlinge vorderingen en schulden te worden gewaardeerd op de laagste van de bedrijfswaarde en nominale waarde en wordt de verrekening van een latent liquidatieverlies beperkt. Verder kan een aanwezige opwaarderingsreserve in bepaalde gevallen verplicht vrijvallen.

Ten behoeve van de vergelijking met de fiscale eenheid, die niet grensoverschrijdend mag zijn, verdient hier opmerking dat onder de standaardvoorwaarden een grensoverschrijdende bedrijfsfusie wél mogelijk is. Hoewel latere heffing namelijk in beginsel niet verzekerd is, zal de bedrijfsfusiefaciliteit alsnog toepasbaar zijn voor zover een vaste inrichting van de overnemer achterblijft in Nederland. Op die manier behoudt de fiscus de fiscale claim over de vermogensbestanddelen.

In het vierde lid van art. 14 Wet Vpb is de eis opgenomen dat het hoofddoel van de bedrijfsfusie niet belastingontwijking mag zijn. De bedrijfsfusie vindt dan wel plaats, maar de winst wordt in aanmerking genomen. In hoofdstuk 3 zal nader op dit onderwerp worden ingegaan.

¹⁸ HR 8 oktober 2010, nr. 08/04644, BNB 2011/17, rechtsoverweging 3.3.3.

¹⁹ Besluit van 12 augustus 2015, nr. BLKB 2015/520M.

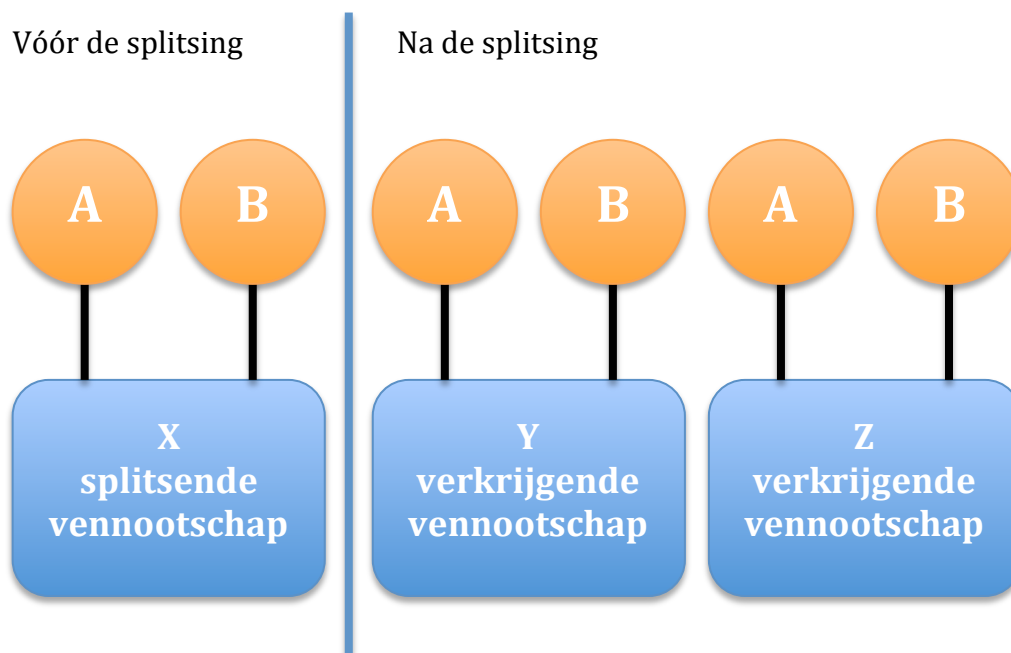
2.4.2 Begrip zelfstandig deel van een onderneming

Hoewel uit de wettekst niet blijkt wat moet worden verstaan onder een zelfstandig deel van een onderneming, sluit deze definitie aan bij het begrip ‘tak van bedrijvigheid’ van art. 2 Fusierichtlijn. In de jurisprudentie is hieraan nadere invulling gegeven. Zo is in het arrest *Randers Sport* bepaald dat de verkrijger een tak van bedrijvigheid verkrijgt indien hij door kan gaan als onafhankelijke onderneming met overlevingskans²⁰. Dit betekent echter niet dat de kwalificatie voor een zelfstandig deel van een onderneming is uitgesloten als bepaalde aan de onderneming gebonden activa, zoals een pand, achterblijven²¹.

2.5 Juridische splitsing en juridische fusie in het kort

Anders dan (een zelfstandig deel van) een onderneming bij de bedrijfsfusie gaan bij de juridische splitsing en juridische fusie de vermogensbestanddelen over onder algemene titel. Dit heeft als voordeel dat de betrokken vermogensbestanddelen niet afzonderlijk overgedragen behoeven te worden. Opnieuw geldt dat er, indien aan de voorwaarden is voldaan, geen fiscale afrekening plaatsvindt en dus een interne reorganisatie mogelijk is.

De juridische splitsing, zoals opgenomen in art. 14a Wet Vpb, kent twee hoofdvormen, te weten de zuivere splitsing en de afsplitsing²². De zuivere splitsing houdt in dat de splitsende rechtspersoon ophoudt te bestaan en zijn vermogensbestanddelen overgaan op twee of meer verkrijgers. In ruil daarvoor dienen aandelen in de verkrijgers van de vermogensbestanddelen uitgegeven te worden aan de oorspronkelijke aandeelhouders van de gesplitste rechtspersoon. Een illustratie ter verduidelijking:



²⁰ HvJ EU 15 januari 2002, C-43/00, VN 2002/8.26 (*Randers Sport*), rechtsoverweging 24.

²¹ HR 17 januari 1990, nr. 26221, BNB 1990/92.

²² Art. 14a lid 1 onderdeel a bevat de zuivere splitsing; onderdeel b de afsplitsing.

De afsplitsing verschilt in zoverre van de zuivere splitsing, dat de overdragende rechtspersoon niet verdwijnt en er maar één verkrijger hoeft te zijn. Zodoende kunnen vermogensbestanddelen, zoals bedrijfsmiddelen, worden afgesplitst en worden overgedragen tegen uitreiking van aandelen. Het verschil met de bedrijfsfusie in dit opzicht is dat geen sprake hoeft te zijn van een zelfstandig deel van een onderneming. Op basis hiervan concludeerde Heithuis dat in alle gevallen dat de bedrijfsfusie niet kan worden ingezet, de juridische afsplitsing uitkomst biedt²³.

Tenslotte is ook een interne reorganisatie mogelijk met de juridische fusie, vastgelegd in art. 14b Wet Vpb. Dit betreft het geval dat een rechtspersoon ophoudt te bestaan en zijn vermogensbestanddelen overdraagt aan een enkele verkrijger. Laatstgenoemde geeft aandelen uit aan de oorspronkelijke aandeelhouders van de verdwijnende rechtspersoon.

Overigens zijn de fiscale gevolgen voor de aandeelhouders/natuurlijke personen die aandelen krijgen in de verkrijgende rechtspersoon door een splitsing of juridische fusie opgenomen in art. 3.56 respectievelijk 3.57 Wet IB. Op grond van art. 8 Wet Vpb gelden deze regels ook voor aandeelhouders/rechtspersonen. Zodoende kan wat betreft de aandelen een geruisloze doorschuiving plaatsvinden op basis van het derde lid van zowel art. 3.56 als art. 3.57 Wet IB.

2.5.1 Voorwaarden juridische splitsing en juridische fusie

De juridische splitsing of fusie kan van rechtswege plaatsvinden als is voldaan aan de gestelde voorwaarden. Deze vereisten zijn nagenoeg identiek aan die van de bedrijfsfusie, behalve dat géén sprake hoeft te zijn van overdracht van een zelfstandig deel van een onderneming. Wat betreft de overige voorwaarden kan overzichtelijkheidshalve worden volstaan met een verwijzing naar sectie 2.4.1²⁴.

Ingeval niet aan de wettelijke vereisten is voldaan, kan op verzoek alsnog een juridische splitsing of fusie plaatsvinden, onder het stellen van aanvullende voorwaarden. Deze standaardvoorwaarden komen in belangrijke mate overeen met die van de bedrijfsfusie en de bepalingen van de fiscale eenheid.

Wellicht ten overvloede dient vermeld te worden dat ook bij de juridische splitsing en juridische fusie de winst alsnog in aanmerking wordt genomen, als zij gericht zijn op belastingontwijking. Dit zal in hoofdstuk 3 belicht worden.

2.6 De voorwaarden vergeleken

Wat bij de vergelijking tussen de fiscale eenheid en de fusie- en splitsingsfaciliteiten als eerste in het oog springt, is dat de fiscale eenheid enkel als interne reorganisatiefaciliteit gebruikt kan worden wanneer de

²³ Heithuis, E.J.W., 'Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht!', WFR 2015/1348.

²⁴ Hierbij dient wel in ogenschouw te worden genomen dat de genoemde voorwaarden in sectie 2.4.1 tweede alinea, tweede volzin, nu voor zowel overdrager als verkrijger gelden. Dit in tegenstelling tot de bedrijfsfusie, bij welke zij enkel voor de overnemer gelden.

moedermaatschappij 95% of meer van de aandelen bezit in de dochter, terwijl dit niet geldt voor de toepassing van fusies en splitsingen. Zodoende zijn de laatstgenoemde faciliteiten de enige mogelijkheid als de belangen kleiner zijn dan 95%.

In de standaardvoorwaarden van de fusie- en splitsingsfaciliteiten is een aantal regels opgenomen met eenzelfde werking als de bepalingen voor de fiscale eenheid²⁵. Dientengevolge zijn de fusie- en splitsingsfaciliteiten op dit punt voor een interne reorganisatie niet aantrekkelijker dan de fiscale eenheid. Wel is het zo dat alleen bij de fiscale eenheid de dochter op de waarde in het economische verkeer dient te worden gewaardeerd ingevolge art. 15ab lid 1 Wet Vpb (zie bijlage 1 voor een voorbeeld). Afrekening zal wel worden voorkomen door de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet Vpb.

Verder kan de fiscale eenheid alleen in binnenlandse verhoudingen plaatsvinden, terwijl een fusie of splitsing ook grensoverschrijdend mogelijk is. Daarvoor is het echter wel vereist dat bij de buitenlandse verkrijger een vaste inrichting in Nederland achterblijft. Wat dit betreft ontstaat dus geen voordeel ten opzichte van de fiscale eenheid. Deze is namelijk ook mogelijk tussen een Nederlandse maatschappij en de Nederlandse vaste inrichting van een buitenlandse dochtermaatschappij²⁶.

Daarnaast gelden met betrekking tot het aangaan van een fiscale eenheid eisen aan de rechtsvorm van de betrokken partijen, terwijl dit niet het geval is bij de toepassing van de andere faciliteiten. Ik veronderstel echter dat interne reorganisaties met name zullen plaatsvinden tussen nv's en bv's, waardoor dit geen groot probleem zal vormen.

Tenslotte kan de interne reorganisatie niet worden bewerkstelligd door middel van een bedrijfsfusie, als die geen overdracht van een zelfstandig deel van een onderneming betreft. In een dergelijke situatie kan de fiscale eenheid, evenals de juridische fusie of splitsing een uitkomst bieden.

2.7 Deelconclusie

Verschillen de voorwaarden voor het aangaan van een fiscale eenheid met de voorwaarden voor een fusie of splitsing?

Zoals blijkt uit de vorige sectie, verschillen de voorwaarden voor het aangaan van een fiscale eenheid enigermate met de voorwaarden voor een fusie of splitsing. Het belangrijkste nadeel van de fiscale eenheid is dat zij niet gebruikt kan worden als de belangen kleiner zijn dan 95%. Daarnaast valt op dat het fiscale-eenhedsregime een rechtsvormeis bevat, in tegenstelling tot de fusie en splitsingsfaciliteiten. Verder zal het van de specifieke situatie afhangen welke faciliteit in beginsel de voorkeur verdient.

²⁵ Zie sectie 2.4.1 alinea 3 voor voorbeelden hiervan.

²⁶ Art. 15 lid 4 Wet Vpb derde volzin.

3 Zakelijkheid

3.1 Inleiding

Naast de in het vorige hoofdstuk vermelde voorwaarden is het van belang dat de bedrijfsfusie, de juridische fusie noch de juridische splitsing gebruikt mag worden om belasting te ontwijken. Dit wordt in de fiscale volksmond ook wel de zakelijkheidseis genoemd²⁷. De fusierichtlijn bevat een antiontgaansbepaling en ook in de Wet Vpb is een dergelijke regeling geïmplementeerd. In dit hoofdstuk zal deze zakelijkheidseis nader worden gezien en bekeken worden of binnen de fiscale eenheid eveneens zakelijk gehandeld moet worden. Dit is essentieel voor de vergelijking, omdat de zakelijkheidseis, zoals in het navolgende duidelijk zal worden, tot een belemmering kan leiden om de faciliteit toe te passen.

3.2 Belastingontwijking Europese fusierichtlijn

In art. 15 Fusierichtlijn is in lid 1 onderdeel a een antimisbruikbepaling opgenomen met betrekking tot belastingfraude en belastingontwijking. Het artikel luidt als volgt:

“1. De lidstaten kunnen weigeren de bepalingen van de artikelen 4 tot en met 14 geheel of gedeeltelijk toe te passen of het voordeel ervan geheel of gedeeltelijk teniet te doen, indien blijkt dat een van de in artikel 1 bedoelde rechtshandelingen: a) als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft; wanneer de rechtshandeling niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de activiteiten van de bij de rechtshandeling betrokken vennootschappen, geldt het vermoeden dat die rechtshandeling als hoofddoel of een van de hoofddoelen belastingfraude of belastingontwijking heeft”.

Deze antimisbruikbepaling is in lijn met de algemene rechtsregel dat misbruik van het Europees recht verboden is. Dit is onder andere naar voren gekomen in het arrest *Kofoed*, waarin werd gesteld dat ingeval van fraude of misbruik geen gebruik mag worden gemaakt van het gemeenschapsrecht²⁸. In het arrest *Cadbury Schweppes* heeft het HvJ EU invulling gegeven aan de definitie van rechtsmisbruik: er is sprake van rechtsmisbruik wanneer een volstrekt kunstmatige constructie wordt opgezet, zonder economische functie, met als doel om belastingen over de winst op nationaal niveau te ontwijken²⁹.

Gelet op de formulering van art. 15 lid 1 Fusierichtlijn, kunnen lidstaten zelf bepalen de faciliteit in het geval van rechtsmisbruik te weigeren. Tevens staat hen vrij zelf invulling te geven aan de manier waarop en de mate waarin zij dit

²⁷ De Vries, R.J., ‘Fiscalisten, hun “speeltjes” en het einde van de fiscale eenheid VPB is nog niet in zicht’, WFR 2015/1344.

²⁸ HvJ EU 5 juli 2007, C-321/05, V-N 2007/34.12 (Kofoed), rechtsoverweging 38.

²⁹ HvJ EU 12 september 2006, C-196/04, BNB 2007/54 (Cadbury Schweppes), rechtsoverweging 55.

doen. Zo kunnen zij de fusie of splitsing zelf geheel of gedeeltelijk weigeren, maar ook de voordelen ervan geheel of gedeeltelijk tenietdoen. In het laatste geval zal dan alsnog fiscale afrekening plaatsvinden.

De belangrijkste kernbegrippen van de antimisbruikbepaling zijn “*hoofddoel of een der hoofddoelen*” en “*belastingfraude of belastingontwijking*”. Immers, alleen als hieraan is voldaan, kan de faciliteit geweigerd worden. Hieronder zullen deze begrippen worden toegelicht. Vervolgens zal aandacht worden besteed aan het rechtsvermoeden.

3.2.1 Hoofddoel of een der hoofddoelen

Hoewel fiscale afrekening bij de toepassing van de fusie- en splitsingsfaciliteiten in de regel achterwege blijft en zodoende een belastingbesparing wordt bewerkstelligd, mag de rechtshandeling niet als hoofddoel of een der hoofddoelen hebben dit belastingvoordeel te behalen. Uiteraard roept dit de vraag op wat hieronder dan moet worden verstaan.

In het arrest *Foggia* is door het HvJ EU bepaald dat de fiscale overweging niet als hoofddoel of een der hoofddoelen wordt gezien als zij in het kader van de voorgenomen transactie niet doorslaggevend is³⁰. Alsdan vindt de fusie of splitsing alsnog op grond van zakelijke overwegingen plaats. Doorslaggevend is volgens de Hoge Raad die fiscale overweging, zonder welke de rechtshandeling niet zou worden verricht³¹. Zodoende is het toegestaan dat één van de doelen het behalen van een belastingvoordeel is, zolang het bestaan van dit voordeel niet doorslaggevend is of de fusie of splitsing uitgevoerd wordt.

Het is anderzijds echter goed mogelijk dat aan een rechtshandeling voornamelijk zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, maar dat zij niet plaats zou hebben gevonden wanneer het belastingvoordeel zou ontbreken. Alsdan is alsnog het hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of -ontwijking. In de praktijk zal dit per zaak apart naar omstandigheden beoordeeld moeten worden.

3.2.2 Belastingfraude en belastingontwijking

Onder belastingfraude valt dat geval waarin belastingplichtige met opzet misleidende informatie verschaft aan de fiscus, dan wel informatie achterhoudt, met als doel belasting te besparen³². Bij het vaststellen van belastingfraude is het van belang dat belastingplichtige onwettig gehandeld heeft.

In tegenstelling tot belastingfraude, wordt bij belastingontwijking wél naar de letter van de wet gehandeld. Belastingontwijking kan het best omschreven worden als het ontgaan van het betalen van belastingen waarbij belastingplichtige niet buiten de wet treedt. In het geval van de fusierichtlijn heeft het verbod op ontwijking alleen betrekking op belastingen naar de winst,

³⁰ HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, BNB 2012/5 (*Foggia*), rechtsoverweging 35.

³¹ HR 1 december 1999, nr. 34217, BNB 2000/111, rechtsoverweging 3.3.

³² Van den Brande-Boomsluiters, E. (2003). *De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting* (No. 110). Kluwer, blz. 70.

zoals de vennootschapsbelasting en de inkomstenbelasting. In het arrest *Zwijnenburg* is immers door het HvJ EU bepaald dat de fusierichtlijn een dusdanig beperkte werking heeft dat andere belastingen zoals overdrachtsbelasting wél ontweken mogen worden³³.

3.2.3 Rechtsvermoeden

In aanvulling op de antimisbruikbepaling is in art. 15 lid 1 onderdeel a Fusierichtlijn een rechtsvermoeden opgenomen. Een rechtshandeling wordt namelijk vermoed als hoofddoel of een der hoofddoelen belastingfraude of –ontwijking te hebben, als zij niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen. Vervolgens worden in dezelfde bepaling de herstructurering en rationalisering van activiteiten aangehaald als voorbeelden van zakelijke motieven.

In beginsel ligt de bewijslast bij de inspecteur om misbruik aan te tonen. Weet hij echter aannemelijk te maken dat de fusie of splitsing niet heeft plaatsgevonden op grond van zakelijke overwegingen, dan is het aan belastingplichtige om het tegendeel te bewijzen. Dit rechtsvermoeden bepaalt dus uitdrukkelijk niet dat definitief gesproken kan worden van misbruik.

Wat als zakelijke overweging kan worden gezien in het licht van de fusierichtlijn, kan worden afgeleid uit haar preambule³⁴. Ondernemingen moet het namelijk mogelijk worden gemaakt zich aan te passen aan de eisen van de gemeenschappelijke markt, hun productiviteit te vergroten en hun concurrentiepositie op de internationale markt te versterken. Daarnaast is in de jurisprudentie bepaald dat niet gesproken kan worden van zakelijke overwegingen wanneer de verwachte kostenbesparing van de reorganisatie in het niet valt bij het belastingvoordeel³⁵. Verder kunnen aandeelhoudersmotieven niet per definitie onder de noemer zakelijke overweging geschaard worden³⁶. Uiteraard kunnen zij wel zakelijk zijn, als zij overeenkomen met de doelstellingen van de vennootschap³⁷.

In de richtlijn zijn de begrippen herstructurering en rationalisering van activiteiten expliciet genoemd als zijnde zakelijke overwegingen. Dientengevolge zal een interne reorganisatie, welke centraal staat in deze scriptie, in beginsel geen last hebben van het bewijsvermoeden. Uiteraard sluit dit niet uit dat een interne reorganisatie onder de antimisbruikbepaling kan vallen.

³³ HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08, BNB 2010/257 (*Zwijnenburg*), rechtsoverweging 54.

³⁴ Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009, PbEU 2009 L 310.

³⁵ HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, BNB 2012/5 (*Foggia*), rechtsoverweging 47.

³⁶ Hof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/1358, NTFR 2002/858, rechtsoverweging 5.1.3. Hoewel dit nationale rechtspraak is, wijkt deze definitie niet af van die van de richtlijn.

³⁷ Elsweier, F. J., van der Geld, J. A. G., & Stevens, S. A. (2015). Hoofdzaken Vennootschapsbelasting, blz. 257.

3.3 Belastingontwijking fusie- en splitsingsfaciliteiten nationale wet

Ten aanzien van de bedrijfsfusie, juridische splitsing en juridische fusie is in de nationale wet gebruik gemaakt van de richtlijnoptie om belastingontwijking te verhinderen door de winst in dat geval in aanmerking te nemen³⁸. Belastingfraude is uit deze antimisbruikbepaling weggelaten, omdat faciliteiten bij fraude per definitie al niet toegekend worden³⁹. Hoewel de anti-misbruikregeling grotendeels overeenkomt met de hiervoor beschreven richtlijnbevestigingen, heeft de wetgever ervoor gekozen om op enkele punten hiervan af te wijken. In dit onderdeel zal kort op deze verschillen worden ingegaan.

Allereerst valt op dat in de Wet Vpb gesproken wordt over het verbod op 'ontgaan of uitstellen van belastingheffing'. Uitstel wordt echter in de fusierichtlijn niet nadrukkelijk genoemd als een vorm van belastingontwijking. Hof Amsterdam heeft in zijn uitspraak in 2002 bepaald dat wel degelijk sprake kan zijn van ongeoorloofd uitstel⁴⁰. Hierbij wordt de belasting zodanig uitgesteld dat dit als belastingfraude of -ontwijking wordt aangemerkt. In 2012 heeft de Hoge Raad dit, zij het in andere bewoordingen, bevestigd door een onderscheid aan te brengen tussen geoorloofd uitstel, wat juist het doel is van een fusie of splitsing, en ongeoorloofd uitstel⁴¹. Het oneigenlijke uitstel was in die casus in strijd met doel en strekking van de richtlijn, omdat bij de splitsing de onroerende zaak naar het ene en de liquiditeiten naar het andere ontstane lichaam zouden overgaan⁴². Deze rechtshandeling werd geacht een volstrekt overheersend anti-fiscaal motief te bevatten⁴³. Dientengevolge kan dus volgens de Hoge Raad ook heffingsuitstel tot belastingontwijking leiden. Advocaat-Generaal Wattel deelt deze opvatting⁴⁴.

Daarnaast heeft de wetgever de zinsnede 'hoofddoel of een der hoofddoelen' vervangen door 'in overwegende mate'. AG Wattel heeft geoordeeld dat deze term richtlijnconform moet worden uitgelegd en zodoende geen andere betekenis beoogd is door de Nederlandse wetgever⁴⁵. Bovendien is de term 'activiteiten' vervangen door 'actieve werkzaamheden'. Dit is gedaan om te differentiëren tussen passieve vennootschappen, waarbij de activiteiten niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer, en vennootschappen die een materiële onderneming drijven⁴⁶. Immers, doordat een passieve vennootschap geen actieve werkzaamheden verricht, zal de fusie of splitsing ook niet gericht

³⁸ De bepalingen zijn te vinden in art. 14 lid 4, art. 14a lid 6 en art. 14b lid 5 Wet Vpb.

³⁹ Kamerstukken II, 1998-1999, 26 727, nr. 3, blz. 115.

⁴⁰ Hof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/1358, NTFR 2002/858, rechtsoverweging 5.3.2.

⁴¹ HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261, rechtsoverweging 3.3.4.

⁴² Ibid., rechtsoverweging 3.1.2.

⁴³ Ibid., rechtsoverweging 3.3.4.

⁴⁴ Nadere conclusie van 7 september 2010 van AG Wattel bij de zaak van het HvJ EU C-352/08, BNB 2010/257 (Zwijnenburg), rechtsoverweging 5.26.

⁴⁵ Ibid., rechtsoverweging 5.19.

⁴⁶ Kamerstukken II, 1998-1999, 26 728, nr. 3, blz. 53.

zijn op de herstructurering of rationalisering hiervan en berust de bewijslast bij de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat geen sprake van misbruik is.

Tot slot heeft de wetgever een tweede bewijsvermoeden toegevoegd aan de antimisbruikbepalingen van de bedrijfsfusie en de juridische splitsing. Zakelijke overwegingen worden niet aanwezig geacht wanneer de aandelen in de overdrager (of in de gesplitste rechtspersoon in het geval van de splitsing) of overnemer binnen drie jaar na de overdracht worden vervreemd aan een derde. Omdat het vervreemdingsverbod niet is opgenomen in de fusierichtlijn, is in de literatuur de vraag gerezen of dit wel met de richtlijn in overeenstemming is, zeker voor wat betreft de aanhoudingseis van de aandelen in de overdrager⁴⁷. In hoofdstuk 4 zal aan dit vervreemdingsverbod uitgebreider aandacht worden besteed.

3.4 Zakelijkheid fiscale eenheid

In het voorgaande is duidelijk geworden dat de toepassing van een fusie- of splitsingsfaciliteit niet mogelijk is wanneer kortgezegd belastingontwijking wordt beoogd. In de regels omtrent de fiscale eenheid is een dergelijke bepaling niet terug te vinden. Immers, voor de vennootschapsbelasting is de fiscale eenheid één belastingplichtige, waardoor de onderlinge verschuivingen van vermogensbestanddelen onzichtbaar zijn. Zoals De Vries reeds aanhaalde, kan zodoende overdracht plaatsvinden van stille reserves en goodwill, zonder dat belastingplichtige aan het zakelijkheidsvereiste, zoals dat geldt bij een fusie of splitsing, hoeft te voldoen⁴⁸. Wel vermeldt hij terecht een belangrijk argument tegen dergelijk onzakelijk gebruik, namelijk dat niet-zakelijke interne reorganisaties eigenlijk geen faciliteit zouden moeten verdienen⁴⁹.

3.5 Deelconclusie

Dient te worden voldaan aan een zakelijkheidseis voor een interne reorganisatie via een fiscale eenheid respectievelijk voor een fusie of splitsing?

Voor een interne reorganisatie binnen een fiscale eenheid is geen zakelijk motief benodigd, aangezien zonder meer geschoven mag worden met vermogensbestanddelen, ongeacht of belastingontwijking hiervan het doel is. Daarentegen is in het geval van een fusie of splitsing wél vereist dat deze niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de vennootschapsbelasting. In het kader van een interne reorganisatie zal het eerste rechtsvermoeden geen obstakel vormen, omdat herstructurering en rationalisering van activiteiten expliciet zijn genoemd als zakelijke overweging. Dit sluit echter niet uit dat de rechtshandeling in overwegende mate gericht kan zijn op belastingontwijking.

⁴⁷ Smits, L.B., 'Europeesrechtelijke fricties inzake art. 14a lid 6 Wet VPB 1969', WFR 2007/6715, blz. 409-414.

⁴⁸ de Vries, R.J., 'Fiscalisten, hun "speeltjes" en het einde van de fiscale eenheid VPB is nog niet in zicht', WFR 2015/1344.

⁴⁹ Ibid..

Kortom, voor een interne reorganisatie door middel van een fusie of splitsing geldt een zakelijkheidseis, terwijl dat voor een fiscale eenheid niet het geval is. Wanneer dus niet aan de zakelijkheidseis voldaan kan worden, kan belastingplichtige enkel de fiscale eenheid gebruiken voor een fiscaal gefaciliteerde interne reorganisatie. Of voor onzakelijke situaties een faciliteit zou moeten bestaan, staat echter ter discussie.

4 Sanctie, sanctietermijn en tegenbewijs

4.1 Inleiding

Zowel na de overdracht van een vermogensbestanddeel binnen een fiscale eenheid als na een fusie of splitsing geldt voor belastingplichtige een sanctietermijn waarbinnen hij bepaalde rechtshandelingen niet mag uitvoeren. Enerzijds kan art. 15ai Wet Vpb in werking treden als de fiscale eenheid wordt verbroken binnen de sanctietermijn, terwijl anderzijds voor de bedrijfsfusie en de juridische splitsing een vervreemdingsverbod geldt ten aanzien van de aandelen in de overdrager en overnemer⁵⁰. De juridische fusie bevat geen vervreemdingsverbod⁵¹.

In dit hoofdstuk zullen de sancties en sanctietermijnen worden behandeld voor de fiscale eenheid, de bedrijfsfusie en de juridische splitsing. Verder zal bekeken worden of elk van deze reorganisatieopties een tegenbewijsmogelijkheid bevat voor belastingplichtige ter voorkoming van de sanctie. Tenslotte zal met betrekking tot deze onderwerpen een vergelijking worden gemaakt tussen de fiscale eenheid enerzijds en de bedrijfsfusie en juridische splitsing anderzijds.

Omdat de juridische fusie geen vervreemdingsverbod bevat, zal deze buiten beschouwing worden gelaten in dit hoofdstuk. Uiteraard kan de juridische fusie wel als reorganisatiefaciliteit gebruikt worden.

4.2 Antimisbruikbepaling art. 15ai Wet Vpb

In art. 15ai Wet Vpb is een antimisbruikbepaling opgenomen die betrekking heeft op de fiscale eenheid. Het eerste lid bepaalt dat bij verbreking van de fiscale eenheid de sanctie, die in sectie 4.2.1 zal worden besproken, wordt opgelegd wanneer binnen deze fiscale eenheid een vermogensbestanddeel is overgedragen waarvan de waarde in het economisch verkeer de boekwaarde overtreft. Met andere woorden dient het verschoven vermogensbestanddeel dus een stille reserve te bevatten om te kunnen spreken van een besmette rechtshandeling. Wel moet de overdracht voor de toepassing van de sanctie plaatsvinden binnen de sanctietermijn die in sectie 4.2.2 zal worden toegelicht.

Omdat belastingplichtige voor korte duur een fiscale eenheid aan zou kunnen gaan en alvorens deze te verbreken een vermogensbestanddeel met een stille reserve zonder afrekening zou kunnen vervreemden, is art. 15ai Wet Vpb ingevoerd⁵². In dat geval wordt de fiscale eenheid namelijk gebruikt om afrekening te voorkomen, die normaliter wel plaats zou vinden bij een gewone overdracht of verkoop, waarbij *at arm's length* gehandeld dient te worden⁵³.

⁵⁰ Zie art. 14 lid 4 respectievelijk 14a lid 6 Wet Vpb.

⁵¹ Art. 14b Wet Vpb kent geen bepaling zoals art. 14 lid 1 en 14a lid 6 Wet Vpb.

⁵² Kamerstukken II, 2000-2001, 26 854, nr. 6, blz. 28.

⁵³ Ibid..

4.2.1 Sanctie art. 15ai Wet Vpb

De sanctie is opgenomen in lid 1 van art. 15ai Wet Vpb. De essentie hiervan is als volgt: als de fiscale eenheid wordt verbroken binnen de sanctietermijn na een besmette rechtshandeling, dient het overgedragen vermogensbestanddeel te worden herwaardeerd op de waarde in het economische verkeer ten tijde van de verbreking. Deze zal vaak boven de boekwaarde liggen, tenzij zij inmiddels weer is gedaald totdat beide waarden gelijk zijn wanneer de fiscale eenheid verbroken wordt.

Ten gevolge van de genoemde herwaardering – als de waarde in het economisch verkeer hoger is dan de boekwaarde – zal het eigen vermogen van belastingplichtige toenemen, wat tot een hogere winst voor de vennootschapsbelasting leidt⁵⁴. Enkel in het geval dat het overgedragen vermogensbestanddeel een deelneming betreft, zal deze herwaarderingswinst vrijgesteld zijn onder de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet Vpb.

Onverminderd het bepaalde in art. 15ai lid 1 Wet Vpb is in het tweede lid een alternatieve herwaardering opgenomen. Belastingplichtige kan dientengevolge kiezen om het vermogensbestanddeel te boek te stellen op de waarde in het economisch verkeer tijdens de overdracht, verminderd met de afschrijving sindsdien tot aan de verbreking van de fiscale eenheid. Deze afschrijving moet worden berekend zoals bepaald in art. 15ah lid 2 onderdeel a Wet Vpb⁵⁵. Voorts dient belastingplichtige de afwijkende waarde aannemelijk te maken⁵⁶. In bijlage 2 is een rekenvoorbeeld opgenomen ter verduidelijking van deze berekening.

4.2.2 Sanctietermijn art. 15ai Wet Vpb

In lid 3 van art. 15ai Wet Vpb staan drie uitzonderingen met betrekking tot de verplichting tot herwaardering zoals bepaald in het eerste lid. Indien hiervan sprake is, zal de sanctie niet in werking treden. De bepaling is als volgt vastgelegd:

“3. Het eerste lid vindt geen toepassing ingeval:

- a. de overdracht heeft plaatsgevonden in het kader van een bij de aard en omvang van de overdrager en de overnemer passende normale bedrijfsuitoefening;*
- b. sprake was van een overdracht van een onderneming of een zelfstandig onderdeel van een onderneming, tegen uitreiking door de overnemer van eigen aandelen, en na het tijdstip waarop de overdracht heeft plaatsgevonden ten minste drie kalenderjaren zijn verstreken; of*

⁵⁴ Ter illustratie van deze belaste stijging kan bijlage 1 gebruikt worden. In plaats van de deelneming, wordt het vermogensbestanddeel opgewaardeerd.

⁵⁵ Dat betekent dat de afschrijving berekend moet worden op basis van de waarde in het economisch verkeer ten tijde van de overdracht. Zie ook bijlage 2.

⁵⁶ Art. 15ai lid 2 Wet Vpb.

c. na het tijdstip waarop de overdracht heeft plaatsgevonden ten minste zes kalenderjaren zijn verstreken.”

Allereerst zal volgens onderdeel a de sanctie worden voorkomen wanneer de overdracht past bij de normale bedrijfsuitoefening van zowel overdrager als overnemer. Hierbij kan worden gedacht aan de productieketen van een concern, waarbij bijvoorbeeld een verkoop plaatsvindt door de productiemaatschappij van bedrijfsmiddelen aan de werkmaatschappij⁵⁷. Dit betreft een zeer specifiek geval en zal daarom in deze scriptie achterwege worden gelaten.

De hoofdregel voor de sanctietermijn is te vinden in onderdeel c, namelijk zes kalenderjaren. Blijkens de parlementaire geschiedenis betreft een kalenderjaar 365 dagen, hetgeen in 2003 is ingevoerd om manipulatie te voorkomen⁵⁸. Indien de fiscale eenheid binnen deze termijn na een besmette rechtshandeling wordt verbroken, zal de sanctie in werking treden.

In onderdeel b van art. 15ai lid 3 Wet Vpb is een verkorte termijn opgenomen van drie kalenderjaren. Hiervoor komt belastingplichtige in aanmerking wanneer een overdracht heeft plaatsgevonden van een (zelfstandig deel van een) onderneming tegen uitreiking van aandelen door de verkrijger. Deze driejaarstermijn is ingevoerd om deze situatie hetzelfde te behandelen als de bedrijfsfusie, waarbij materieel dezelfde rechtshandelingen plaatsvinden en eveneens een driejaarstermijn geldt⁵⁹. Overigens kan in sommige gevallen ook na een met de juridische fusie en juridische afsplitsing overeenkomende rechtshandeling gebruik worden gemaakt van de verkorte termijn van onderdeel b⁶⁰.

4.2.3 Tegenbewijsregeling art. 15ai Wet Vpb

De fusie- en splitsingsfaciliteiten bevatten een tegenbewijsregeling ter voorkoming van de sanctie⁶¹. In art. 15ai Wet Vpb is een dergelijke mogelijkheid voor belastingplichtige niet opgenomen. Zoals Heithuis reeds aanhaalde, kan slechts via art. 15ai lid 3 onderdeel a Wet Vpb aan de herwaardering worden ontkomen⁶². Daarnaast heeft de Staatssecretaris in zeer specifieke gevallen goedgekeurd dat de termijn door de overnemer wordt voortgezet en afrekening achterwege kan blijven⁶³. Deze zullen vanwege hun uitzonderlijkheid verder niet worden behandeld.

Voorts kan belastingplichtige zich niet beroepen op de fusierichtlijn wanneer binnen de fiscale eenheid rechtshandelingen zijn uitgevoerd die met een

⁵⁷ Kamerstukken II, 2000-2001, 26 854, nr. 6, blz. 38.

⁵⁸ Ibid., blz. 30.

⁵⁹ Dit zal behandeld worden in sectie 4.3.1.

⁶⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 14 december 2010, nr. DGB2010/4620M, onderdeel 8.2.

⁶¹ Art. 14 lid 4, 14a lid 6 en 14b lid 5 Wet Vpb.

⁶² Heithuis, E.J.W., 'Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht!', WFR 2015/1348.

⁶³ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 14 december 2010, nr. DGB2010/4620M, onderdeel 8.1.

bedrijfsfusie overeenkomen, omdat hierop immers het fiscale-eenheidsregime van toepassing is en niet de regeling van de bedrijfsfusie⁶⁴. Daarom kan dan ook geen gebruik gemaakt worden van de tegenbewijsregeling van de bedrijfsfusie.

4.3 Vervreemdingsverbod fusie- en splitsingsfaciliteiten

Met betrekking tot de bedrijfsfusie en de juridische splitsing zijn in de wet regels opgenomen om te voorkomen dat de aandelen in de overdragende respectievelijk splitsende, dan wel in de verkrijgende rechtspersoon worden vervreemd aan een derde⁶⁵. Onder derde wordt verstaan een lichaam dat niet met belastingplichtige verbonden is in de zin van art. 10a lid 4 Wet Vpb. De vervreemdingsverboden van de bedrijfsfusie en de juridische splitsing zijn nagenoeg identiek aan elkaar en opgenomen in de vorm van een rechtsvermoeden⁶⁶. Hiervoor bestaat een tegenbewijsmogelijkheid voor belastingplichtige. In tegenstelling tot de bedrijfsfusie en de juridische splitsing bevat de juridische fusie geen vergelijkbare antimisbruikbepaling. Zodoende kan dus zonder problemen een vervreemding plaatsvinden van de aandelen in de verkrijgende vennootschap na een juridische fusie.

Het vervreemdingsverbod voorkomt dat belaste verkoopwinsten zomaar kunnen worden omgezet in onbelaste koerswinsten⁶⁷. Immers, bij een normale verkooptransactie van een vermogensbestanddeel aan een derde vindt op basis van het totaalwinstbegrip afrekening plaats over een aanwezige stille reserve⁶⁸. Door middel van bijvoorbeeld een juridische afsplitsing kan dit vermogensbestanddeel zonder afrekening aan de dochter worden overgedragen⁶⁹. Als deze dochter vervolgens direct vervreemd wordt aan een derde, valt de winst op de verkoop van de aandelen in de dochter vaak onder de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet Vpb. Dit verschilt feitelijk weinig met een directe overdracht van het vermogensbestanddeel aan een derde en zou dan ook vatbaar zijn voor misbruik, bij afwezigheid van dit vervreemdingsverbod.

De bepaling met betrekking tot het vervreemdingsverbod van de bedrijfsfusie luidt als volgt⁷⁰:

“Indien aandelen in de overdrager dan wel in de overnemer binnen drie jaar na de overdracht geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de overdrager en de overnemer is verbonden, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.”

⁶⁴ HR 8 oktober 2010, nr. 08/04644, BNB 2011/17, rechtsoverweging 3.3.3.

⁶⁵ Art. 14 lid 4 en art. 14a lid 6 Wet Vpb, laatste volzin.

⁶⁶ Het enige verschil is dat de bedrijfsfusie een vervreemdingsverbod bevat op de aandelen in overdrager en overnemer, waar de juridische splitsing spreekt van een gesplitste rechtspersoon en een verkrijgende rechtspersoon.

⁶⁷ Kamerstukken II, 1998-1999, 26 728, nr. 3, blz. 53.

⁶⁸ Art. 3.8 Wet IB jo. Art. 8 Wet Vpb.

⁶⁹ Art. 14a lid 2 Wet Vpb.

⁷⁰ Art. 14 lid 4 Wet Vpb, laatste volzin.

Hieruit kan worden opgemaakt dat ook wanneer slechts een deel van de aandelen wordt vervreemd, zakelijke overwegingen niet aanwezig worden geacht. Een indirecte vervreemding, waarbij de aandelen eerst worden vervreemd aan een verbonden lichaam en vervolgens doorverkocht aan een derde, leidt eveneens tot dit vermoeden⁷¹.

In de komende secties zullen de sanctie, de sanctietermijn en de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs door belastingplichtige worden besproken. Omdat deze regels voor de bedrijfsfusie en juridische splitsing nagenoeg identiek aan elkaar zijn, zal voor wat betreft de antimisbruikbepaling waar mogelijk enkel die van de bedrijfsfusie besproken worden.

4.3.1 Sanctie fusie- en splitsingsfaciliteiten

Wanneer de aandelen binnen de sanctietermijn zijn vervreemd, worden zakelijke overwegingen volgens art. 14 lid 4 Wet Vpb niet aanwezig geacht. Dientengevolge wordt belastingplichtige vermoed de faciliteit in overwegende mate te hebben gebruikt voor het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Indien belastingplichtige vervolgens geen tegenbewijs levert treedt de sanctie in werking. Alsdan zal de winst die is ontstaan bij de overdracht ten gevolge van deze bepaling alsnog in aanmerking worden genomen. Dit leidt tot heffing van vennootschapsbelasting. Wanneer de aanslag voor het betreffende jaar reeds is opgelegd, kan door middel van een navorderingsaanslag alsnog de verschuldigde belasting worden vastgesteld⁷².

4.3.2 Sanctietermijn fusie- en splitsingsfaciliteiten

De termijn waarbinnen de aandelen in overdrager noch verkrijger mogen worden vervreemd, is gesteld op drie jaar⁷³. Blijkens art. 7 lid 4 Wet Vpb moet onder het begrip 'jaar' worden verstaan boekjaar. Hoewel de sanctietermijn bij de fiscale eenheid ter voorkoming van manipulatie in 2003 is aangepast naar kalenderjaren, is dit in de wet bij de bedrijfsfusie en juridische splitsing niet gebeurd⁷⁴. De Staatssecretaris heeft echter tijdens de parlementaire behandeling aangegeven dat onder deze driejaarstermijn driemaal 12 maanden behoort te worden verstaan⁷⁵. Zodoende moet, anders dan Heithuis beweert, ook bij de fusie- en splitsingsfaciliteiten uitgegaan worden van een sanctietermijn gemeten in kalenderjaren⁷⁶.

4.3.3 Tegenbewijsregeling fusie- en splitsingsfaciliteiten

Art. 14a lid 4 Wet Vpb sluit af met de vaststelling dat belastingplichtige de mogelijkheid heeft aannemelijk te maken dat zakelijke overwegingen aanwezig zijn, ondanks het vervreemden van de aandelen binnen drie jaar. Zodoende kan

⁷¹ Art. 14 lid 4 Wet Vpb.

⁷² Art. 16 AWR.

⁷³ Art. 14a lid 4 Wet Vpb.

⁷⁴ Kamerstukken II, 2000-2001, 26 854, nr. 6, blz. 30.

⁷⁵ Kamerstukken II, 1997-1998, 25 709, nr. 5, blz. 8.

⁷⁶ Heithuis, E.J.W., 'Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht!', WFR 2015/1348.

hij tegenbewijs leveren en afrekening proberen te voorkomen. De bewijslast rust na een vervreemding dus op belastingplichtige.

In de praktijk heeft belastingplichtige zich reeds met succes weten te beroepen op deze tegenbewijsregeling. Zo werden zakelijke overwegingen alsnog aanwezig geacht toen belastingplichtige weliswaar de aandelen verkocht binnen de driejaarstermijn, maar dit nog niet vaststond toen de aandelenfusie werd overeengekomen⁷⁷. Kortom, afgeleid kan worden dat de aandelen binnen de sanctietermijn mogen worden vervreemd op voorwaarde dat hiertoe nog niet is besloten ten tijde van uitvoering van de bedrijfsfusie of juridische splitsing.

4.4 Deelconclusie

Wat zijn de verschillen tussen een fiscale eenheid en een fusie of splitsing met betrekking tot de sanctie, de sanctietermijn en de mogelijkheid voor tegenbewijs?

Na de overdracht van een vermogensbestanddeel met een stille reserve binnen de fiscale eenheid mag deze volgens art. 15ai lid 3 onderdeel c Wet Vpb gedurende zes kalenderjaren niet verbroken worden. Wanneer een zelfstandig deel van een onderneming is overgedragen tegen uitreiking van aandelen binnen deze fiscale eenheid, geldt een verkorte sanctietermijn van drie kalenderjaren⁷⁹. Ook voor de bedrijfsfusie geldt een sanctietermijn van drie volle jaren waarbinnen de aandelen in vervreemder noch overdrager mogen worden vervreemd aan een niet-verbonden lichaam⁸⁰. Deze termijn geldt eveneens voor de juridische splitsing⁸¹. Voor de juridische fusie geldt geen sanctietermijn⁸².

De sanctie bij het verbreken van de fiscale eenheid binnen de termijn is vastgelegd in art. 15ai lid 1 Wet Vpb: herwaardering van het overgedragen vermogensbestanddeel naar de waarde in het economisch verkeer. Dit zal leiden tot verhoogde winst voor de vennootschapsbelasting. Wanneer de sanctie van de bedrijfsfusie of juridische splitsing in werking treedt, wordt de faciliteit teruggenomen en de winst alsnog in aanmerking genomen⁸³. Wel is het van belang dat belastingplichtige in het geval van een fusie- of splitsingsfaciliteit de mogelijkheid heeft om tegenbewijs te leveren⁸⁴. Bij de verbreking van de fiscale eenheid binnen de sanctietermijn heeft hij deze mogelijkheid niet.

⁷⁷ HR 10 oktober 2008, nr. 43409, BNB 2009/28, rechtsoverweging 3.5. De aandelenfusie van art. 14b Wet IB 1964 kent een gelijke sanctiebepaling als de bedrijfsfusie en juridische splitsing.

⁷⁹ Art. 15ai lid 3 onderdeel b Wet Vpb.

⁸⁰ Art. 14 lid 4 Wet Vpb, laatste volzin.

⁸¹ Art. 14a lid 6 Wet Vpb, laatste volzin.

⁸² Art. 14b lid 5 Wet Vpb.

⁸³ Art. 14 lid 4 en 14a lid 6 Wet Vpb.

⁸⁴ Ibid..

5 Verliesverrekening

5.1 Inleiding

Binnen een concern kan het voorkomen dat een bepaalde vennootschap verlies maakt. Als dat verlies niet met de eigen winsten van andere jaren verrekend kan worden, zou belastingplichtige dat natuurlijk maar al te graag willen verrekenen met belastbare opbrengsten van andere maatschappijen. Hiermee kan immers de belastingdruk verminderd worden. Te denken valt aan de situatie waarin binnen het concern de ene vennootschap winst behaalt, terwijl de andere verlies lijdt. Het zou dan aantrekkelijk kunnen zijn om de activiteiten van beide lichamen onder te brengen in dezelfde vennootschap. Dit kan belastingplichtige enerzijds bereiken door middel van een verkoop, anderzijds met een fusie- of splitsingsfaciliteit. Daarnaast kan door het aangaan van een fiscale eenheid eveneens getracht worden deze winsten en verliezen met elkaar te verrekenen.

Om misbruik te voorkomen heeft de wetgever met betrekking tot een gewone verkoop art. 20a Wet Vpb in het leven geroepen. Als die regeling van toepassing is, kan belastingplichtige de verliezen uit het verleden in essentie enkel met toekomstige winsten uit de oorspronkelijke activiteiten verrekenen. Teneinde te verhinderen dat via een fusie- of splitsingsfaciliteit dan wel door het aangaan van een fiscale eenheid alsnog verliezen met belastbare winsten van een andere maatschappij kunnen worden verrekend, is ook deze verliesverrekening beperkt⁸⁵. Dit hoofdstuk zal daar nader op ingaan.

5.2 Verliesverrekening over voegingstijdstip fiscale eenheid heen

Wanneer voeging in een (al dan niet bestaande) fiscale eenheid plaatsvindt van één of meerdere maatschappijen die reeds over compensabele verliezen beschikken, schrijft art. 15ae Wet Vpb voor dat deze bestaande verliezen in de toekomst slechts beperkt verrekend kunnen worden. Kortgezegd komt dit erop neer dat zij enkel met de toekomstige winsten verrekend mogen worden die toegerekend kunnen worden aan de maatschappij die de compensabele verliezen bezit. Deze winsttoerekening aan de individuele vennootschappen binnen de fiscale eenheid vindt plaats op grond van de regels van art. 15ah Wet Vpb. Alvorens de systematiek van de verliesverrekening te bespreken, zal eerst aandacht worden besteed aan deze zelfstandige winstberekening.

5.2.1 Kern art. 15ah Wet Vpb: zelfstandige winstberekening binnen fiscale eenheid

Voor de toepassing van art. 15ae Wet Vpb ter verrekening van voorvoegingsverliezen bepaalt het eerste lid van art. 15ah Wet Vpb dat de winst voor elke maatschappij binnen de fiscale eenheid afzonderlijk berekend moet worden, als ware zij geen deel van de fiscale eenheid. Zodoende wordt elke vennootschap als zelfstandig gezien. Wel kan de winsttoerekening alleen

⁸⁵ Voor de fiscale eenheid is dit vastgelegd in art. 15ae Wet Vpb jo. art. 12 BFE en voor de fusie- en splitsingsfaciliteiten in de standaardvoorwaarden.

plaatsvinden voor zover deze winst ook tot uitdrukking komt bij de fiscale eenheid⁸⁶. Dit houdt in dat winsten behaald met transacties binnen de fiscale eenheid geëlimineerd moeten worden. Een voorbeeld ter verduidelijking:

Moedermaatschappij BV X maakt 100 winst en dochtermaatschappij BV Y 50. Samen vormen zij een fiscale eenheid. Van de 100 winst van BV X is 20 toerekenbaar aan een vermogensoverdracht van BV Y aan BV X. Zodoende dient de winst van BV X gecorrigeerd te worden naar 80, omdat de geconsolideerde winst van de fiscale eenheid slechts 130 is.

Juist omdat de maatschappijen binnen de fiscale eenheid in werkelijkheid wél met elkaar verbonden zijn, is in art. 15ah Wet Vpb een aantal bepalingen vastgelegd inzake de wijze waarop dient te worden omgegaan met onderlinge verhoudingen en transacties. Zo geeft het tweede lid aan hoe moet worden omgegaan met de afschrijvingen en stille reserve van een binnen de fiscale eenheid overgedragen vermogensbestanddeel. Het derde en vierde lid regelen de toerekening die is gemoeid met onderlinge rechtsverhoudingen respectievelijk met een herinvesteringsreserve.

Indien binnen de fiscale eenheid een vermogensbestanddeel is overgedragen, dient bij de overnemer de afschrijving berekend te worden op basis van de waarde in het economisch verkeer ten tijde van de overdracht⁸⁷. Voor zover dit berekende bedrag de bij de fiscale eenheid reeds in aanmerking genomen afschrijving overtreft, wordt dit toegevoegd aan de winst van de overdrager⁸⁸. Een rekenvoorbeeld is te vinden in bijlage 3. Tenslotte blijven stille reserves bij realisatie buiten aanmerking bij de overnemer voor zover zij al aanwezig waren bij de overdracht van dit vermogensbestanddeel binnen de fiscale eenheid⁸⁹. De overdrager krijgt alsdan dit deel van de stille reserve toegerekend⁹⁰.

Het derde lid van art. 15ah Wet Vpb betreft onderlinge rechtsverhoudingen die niet in de winst van de fiscale eenheid tot uitdrukking komen. Het gaat hier om vorderingen met de corresponderende schulden. Deze bepaling stelt dat met betrekking tot de rechtsverhouding de baten bij de ene maatschappij en de lasten bij de andere, voor hetzelfde bedrag, in aanmerking moeten worden genomen. Op die manier wordt de zelfstandige winst van de betrokken vennootschappen beïnvloed.

Tenslotte is in art. 15ah lid 4 Wet Vpb een regel opgenomen inzake de herinvesteringsreserve⁹¹. Deze bepaling geldt wanneer bijvoorbeeld BV X een bedrijfsmiddel heeft verkocht en ter zake hiervan een herinvesteringsreserve heeft gevormd, maar een andere vennootschap uit dezelfde fiscale eenheid (BV Y) herinvesteert in een nieuw bedrijfsmiddel. Alsdan wordt het aangekochte

⁸⁶ Art. 15ah lid 1 Wet Vpb.

⁸⁷ Art. 15ah lid 2 onderdeel a Wet Vpb.

⁸⁸ Art. 15ah lid 2 onderdeel b Wet Vpb.

⁸⁹ Art. 15ah lid 2 onderdeel c Wet Vpb.

⁹⁰ Art. 15ah lid 2 onderdeel d Wet Vpb.

⁹¹ Art. 3.54 Wet IB jo. Art. 8 lid 1 Wet Vpb.

bedrijfsmiddel geacht eerst door BV X te zijn verkregen alvorens te worden overgedragen aan BV Y.

5.2.2 Kern art. 15ae Wet Vpb en art. 12 BFE: verrekening voorvoegingsverliezen

De essentie van de verrekening van voorvoegingsverliezen van art. 15ae Wet Vpb is als volgt: voorvoegingsverliezen van een maatschappij die toetreedt tot een fiscale eenheid kunnen enkel worden verrekend met de winst van die fiscale eenheid voor zover deze toerekenbaar is aan de betreffende maatschappij⁹². De fiscale eenheid moet dan in het geheel wel winst maken. Als sprake is van een bestaande fiscale eenheid die wordt uitgebreid of opgenomen in een nieuwe, zijn de eventuele verliezen van die 'oude' fiscale eenheid enkel te verrekenen met de toekomstige winsten die toerekenbaar zijn aan de maatschappijen van die oude fiscale eenheid⁹³.

Art. 15ae lid 1 onderdelen b en d Wet Vpb betreffen het geval dat de fiscale eenheid juist verlies maakt en belastingplichtige dit wil verrekenen met voorvoegingswinsten. Gezien het feit dat de werking hiervan exact de omgekeerde versie is van de situatie dat de fiscale eenheid winst maakt en voorvoegingsverliezen wil verrekenen, zal hierop niet nader worden ingegaan.

In art. 12 BFE is de specifieke volgorde opgenomen waarin horizontale verliesverrekening voor de toepassing van art. 15ae Wet Vpb plaatsvindt. Art. 12 BFE lid 1 en onderdeel a regelt de situatie waarin sprake is van voorvoegingsverliezen en bestaat uit verschillende stappen. Allereerst blijkt de verrekening van voorvoegingsverliezen alleen mogelijk in een jaar waarin de fiscale eenheid als geheel winst maakt. Wanneer een van de maatschappijen in dat jaar verlies lijdt, gaat binnenjaarse verliesverrekening voor: eerst wordt dit in mindering gebracht op de jaarwinsten van maatschappijen die geen voorvoegingsverlies hebben. Voor zover dan nog verliezen van dat jaar openstaan, verminderen zij de winst van maatschappijen met voorvoegingsverliezen naar rato. Pas wanneer bij laatstgenoemde maatschappijen na deze horizontale verrekening nog steeds een winst overblijft, kunnen voorvoegingsverliezen verrekend worden⁹⁴. Een voorbeeld⁹⁵:

Stel BV M heeft 100% van de aandelen in de BV's D1, D2, D3 en D4. Vanaf 1 januari 2015 besluiten zij een fiscale eenheid aan te gaan als bedoeld in art. 15 Wet Vpb. De resultaten van 2014 en 2015 van deze maatschappijen, bepaald op basis van art. 15ah Wet Vpb, zijn als volgt:

Jaar	M	D1	D2	D3	D4	F.E.
2014	-80	-40	-30	0	-10	x
2015	80	-10	-20	20	20	90

⁹² Art. 15ae lid 1 onderdeel a Wet Vpb.

⁹³ Art. 15ae lid 1 onderdeel c Wet Vpb.

⁹⁴ Art. 20 Wet Vpb.

⁹⁵ Dit voorbeeld is deels gebaseerd op Elswier, F. J., van der Geld, J. A. G., & Stevens, S. A. (2015). Hoofdzaken Vennootschapsbelasting. *FED Fiscale Studieris*, (31). Blz. 321.

Stap 1: de fiscale eenheid als geheel maakt winst in 2015, namelijk 90.

Stap 2: de verliezen van D1 en D2 in 2015 (tezamen 30) worden eerst zoveel mogelijk in mindering gebracht op de winst van D3 (20), omdat die geen voorvoegingsverlies heeft. Dit betekent dat 20 verlies gebruikt kan worden en 10 resteert.

Stap 3: de overige verliezen van D1 en D2 (10) worden in mindering gebracht op de winst van M en D4. Zij hebben namelijk wel voorvoegingsverliezen. Dit gebeurt naar rato van de winsten. De berekening:

$$M: \frac{80}{100} * 10 = 8$$

$$D4: \frac{20}{100} * 10 = 2$$

De uitgangssituatie na horizontale verliesverrekening van art. 12 BFE:

Jaar	M	D1	D2	D3	D4	F.E.
2014	-80	-40	-30	0	-10	x
2015	72	0	0	0	18	90

Stap 4: nu pas kunnen de voorvoegingsverliezen bij M en D4 verrekend worden op basis van art. 20 Wet Vpb. Dit leidt tot de volgende situatie:

Jaar	M	D1	D2	D3	D4	F.E.
2014	-8	-40	-30	0	0	x
2015	0	0	0	0	8	8

De winst van de fiscale eenheid zal uiteindelijk dus 8 bedragen. De verliezen die nu bij 2014 vermeld staan, zijn de compensabele voorvoegingsverliezen die belastingplichtige ingevolge art. 20 Wet Vpb de komende acht jaar kan gebruiken voor verliesverrekening door middel van *carry forward*. Voor elk jaar zal voorgaande berekening opnieuw gemaakt moeten worden.

5.3 Verliesverrekening over fusie-/splitsingstijdstip heen

Als een maatschappij, betrokken bij een fusie- of splitsingsfaciliteit aanspraak kan maken op voorwaartse verrekening van verliezen op grond van art. 20 Wet Vpb, kan van deze faciliteit niet van rechtswege gebruik worden gemaakt⁹⁶. Om hier alsnog aanspraak op te maken, kan belastingplichtige dit verzoeken aan de inspecteur, die nadere voorwaarden zal stellen⁹⁷. In dit geval zal hij de voorwaartse verliesverrekening beperken, zoals bepaald in de zevende standaardvoorwaarde⁹⁸.

⁹⁶ Art. 14 lid 1, art. 14a lid 2 en art. 14b lid 2 Wet Vpb.

⁹⁷ Art. 14 lid 2, art. 14a lid 3 en art. 14b lid 3 Wet Vpb.

⁹⁸ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 12 augustus 2015, nr. BLKB 2015/520M, blz. 13.

Kortgezegd komt deze voorwaarde bij de bedrijfsfusie van art. 14 Wet Vpb erop neer dat eerst winstsplitsing moet plaatsvinden. De voorfusieverliezen van de overnemer zijn bij hem slechts te verrekenen met de winst na de fusie voor zover die toerekenbaar is aan de onderneming die de overnemer vóór de bedrijfsfusie dreef⁹⁹. Gezien het feit dat de overdrager niet ophoudt te bestaan, mogen zijn verliezen per definitie niet in aanmerking worden genomen bij de overnemer¹⁰⁰. Ze blijven dus achter bij de overdrager.

Voor de zuivere splitsing van art. 14a lid 1 onderdeel a Wet Vpb is een soortgelijke bepaling in het leven geroepen¹⁰¹. Ook hier geldt dat door middel van winstsplitsing toerekening plaatsvindt van de nasplitsingswinst aan de onderneming van de splitsende respectievelijk verkrijgende rechtspersonen. Een voorsplitsingsverlies geleden door ofwel de splitsende, ofwel de verkrijgende rechtspersoon is enkel te verrekenen met de nasplitsingswinst voor zover die is toe te rekenen aan de onderneming die het voorsplitsingsverlies heeft geleden¹⁰². Zodoende kunnen de oude verliezen van de ene maatschappij niet met de toekomstige winsten van de andere maatschappij worden verrekend.

Ook de juridische afsplitsing van art. 14a lid 1 onderdeel b Wet Vpb kent een dergelijke regeling¹⁰³. In tegenstelling tot de faciliteit van de zuivere splitsing en juridische fusie gaan de voorsplitsingsverliezen van de afsplitsende rechtspersoon niet over naar de overnemer, omdat de afsplitsende rechtspersoon blijft bestaan¹⁰⁴. Zodoende ontstaat dezelfde Ausgangssituatie als na de bedrijfsfusie.

Tenslotte is voor de juridische fusie van art. 14b Wet Vpb eveneens de verliesverrekening over het fusietijdstip heen geregeld, zij het in de vijfde standaardvoorwaarde¹⁰⁵. Deze heeft dezelfde strekking als de voorwaartse verliesverrekening bij de zuivere splitsing, omdat ook hier sprake is van een verdwijnende rechtspersoon bij wie de verliezen niet kunnen achterblijven.

Bij elke faciliteit dient dus winstsplitsing plaats te vinden als voorfusie- of voorsplitsingsverliezen bestaan. Hierbij dient de oorspronkelijke onderneming van de overnemer te worden gescheiden van de overgedragen activiteiten. Wat dan onder de oorspronkelijke onderneming van de overnemer moet worden verstaan, is niet gemakkelijk. Het onderscheid tussen oude en nieuwe

⁹⁹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 12 augustus 2015, nr. BLKB 2015/520M, blz. 13.

¹⁰⁰ Ibid..

¹⁰¹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/38M, blz. 20.

¹⁰² Ibid..

¹⁰³ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/33M, blz. 16.

¹⁰⁴ Ibid..

¹⁰⁵ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/34M, blz. 18-19.

activiteiten zal namelijk steeds lastiger te maken zijn naarmate de jaren vorderen, omdat ze mogelijkverwijs vermengd zullen raken. Volgens de Staatssecretaris moet het begrip onderneming dan ook niet statisch gezien worden, maar moeten nieuwe activiteiten zoveel mogelijk in historisch perspectief worden geplaatst¹⁰⁶. Bij deze winstsplitsing dient de inspecteur een zekere soepelheid in acht te nemen¹⁰⁷. Indien het splitsen tot grote praktische problemen leidt, kan met de inspecteur worden overeengekomen om een verdeelsleutel te gebruiken¹⁰⁸.

5.4 Deelconclusie

Hoe verhoudt de mogelijkheid tot verliesverrekening over het voegingstijdstip van de fiscale eenheid heen zich tot de mogelijkheid tot verliesverrekening over het fusie-/splitsingstijdstip heen?

De verrekening van voorvoegingsverliezen over het voegingstijdstip van de fiscale eenheid heen vindt alleen plaats met de winsten na voeging toerekenbaar aan de maatschappij die het betreffende verlies in het verleden ook heeft geleden. Hierbij dient eerst horizontale binnenjaarse verliesverrekening plaats te vinden tussen de maatschappijen van de fiscale eenheid op grond van art. 12 BFE, alvorens toegekomen wordt aan de voorvoegingsverliezen.

De verrekening van verliezen over het fusie- of splitsingstijdstip heen van de bedrijfsfusie, juridische (af)splitsing en juridische fusie kan eveneens enkel plaatsvinden met de winsten die toerekenbaar zijn aan de activiteiten die de verliezen hebben geleden. Alleen als de overdragende/splitsende rechtspersoon blijft bestaan, zoals bij de bedrijfsfusie en juridische afsplitsing, zijn zijn verliezen nooit te verrekenen bij de verkrijger. Ze blijven dan namelijk achter bij de overdrager/splitsende rechtspersoon.

Zodoende is bij zowel de fiscale eenheid als de fusie- en splitsingsfaciliteiten voorwaartse verrekening van verliezen geleden vóór de voeging, fusie of splitsing alleen mogelijk met de winsten van die activiteiten die het verlies in het verleden ook hebben geleden. Wel kan winstsplitsing bij de fusie- en splitsingsfaciliteiten ten behoeve van deze verrekening lastiger zijn dan bij de fiscale eenheid, omdat activiteiten mogelijk niet meer te scheiden zullen zijn. Aan de andere kant blijven de activiteiten binnen de fiscale eenheid in beginsel wel te onderscheiden vanwege het feit dat de verschillende maatschappijen blijven bestaan.

¹⁰⁶ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 12 augustus 2015, nr. BLKB 2015/520M, blz. 13.

¹⁰⁷ Ibid..

¹⁰⁸ Dit heeft de Staatssecretaris toegezegd op 7 april 1998 bij zijn schriftelijke beantwoording van vragen die waren gesteld in de eerste termijn van de behandeling van het wetsvoorstel 25709. Kamerstukken 1997-1998, 25 709, nr. 44, punt 9.

6 Toetreding van een derde binnen de sanctietermijn

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de toetreding van een derde binnen de sanctietermijn van de fiscale eenheid respectievelijk de fusie- en splitsingsfaciliteiten worden besproken. Hiermee wordt bedoeld dat een andere rechtspersoon of natuurlijk persoon dan de oorspronkelijke aandeelhouder een belang verwerft in het lichaam dat één of meerdere vermogensbestanddelen heeft verkregen. Deze vermogensbestanddelen zijn voor de toepassing van dit hoofdstuk verkregen ofwel van een andere maatschappij binnen de fiscale eenheid, ofwel door middel van een fusie of splitsing.

6.2 Toetreding van een derde binnen de fiscale eenheid

Voor het voortbestaan van de fiscale eenheid is het vereist dat de moedermaatschappij te allen tijde gerechtigd is tot 95% van de aandelen, statutaire stemrechten, winst en het vermogen van de dochtermaatschappij¹⁰⁹. Het aandelenbezit mag zowel middellijk als onmiddellijk zijn¹¹⁰. Deze eis brengt met zich mee dat de fiscale eenheid verbroken zal worden wanneer hieraan niet meer is voldaan. Indien dit plaatsvindt binnen de sanctietermijn van art. 15ai lid 3 onderdeel b of c Wet Vpb, dan zal de herwaarderings sanctie in werking treden.

Toetreding van een derde is dus enkel mogelijk zolang de oorspronkelijke moedermaatschappij 95% van de aandelen blijft behouden in de dochtermaatschappij. Wanneer wordt besloten tot verkoop of uitgifte van aandelen dient belastingplichtige hiermee rekening te houden. Immers, uitgaande van een oorspronkelijk 100%-belang, kunnen voor maximaal 5% van het kapitaal van de dochter aandelen worden uitgegeven of verkocht. Ook door een verbonden lichaam mag niet een groter belang dan dit worden verworven, tenzij de moedermaatschappij daarna nog steeds middellijk meer dan 95% van de aandelen houdt¹¹¹.

Ook soort aandelen bieden geen uitkomst voor de toetreding van een derde. Het aandelenbezit van de moedermaatschappij moet in alle gevallen recht geven op 95% van de winst van de dochtermaatschappij¹¹². Zodoende kan de uitgifte van één enkel preferent aandeel al de fiscale eenheid verbreken.

6.3 Toetreding van een derde na een fusie of splitsing

Na een bedrijfsfusie of juridische splitsing mogen de aandelen in overdrager (na een zuivere splitsing zal die niet meer bestaan) noch verkrijger vervreemd worden binnen de driejaarstermijn, wanneer hiertoe van tevoren reeds was

¹⁰⁹ Art. 15 lid 1 Wet Vpb.

¹¹⁰ Art. 15 lid 2 Wet Vpb.

¹¹¹ Art. 15 lid 1 Wet Vpb.

¹¹² Ibid..

besloten^{113,114}. Bij de verkoop van één enkel aandeel zal de faciliteit al worden teruggenomen en de winst bij de fusie of splitsing in aanmerking worden genomen¹¹⁵.

De aandelen mogen wél vervreemd worden aan een verbonden lichaam in de zin van art. 10a lid 4 Wet Vpb¹¹⁶. In uitzonderlijke gevallen mogen ze ook verkocht worden aan een derde. Indien van tevoren namelijk niet reeds besloten was tot verkoop van de aandelen zal belastingplichtige zich met succes kunnen beroepen op de tegenbewijsmogelijkheid¹¹⁷. Alsdan wordt afrekening voorkomen.

Hoewel dus een vervreemding van aandelen aan een derde binnen de sanctietermijn in eerste instantie niet is toegestaan voor de toepassing van de faciliteit, leidt een aandelenuitgifte tot een andere uitkomst. De uitgifte van nieuwe aandelen vormt namelijk geen probleem voor de sanctiebepaling in art. 14 lid 4 en art. 14a lid 6 Wet Vpb, omdat dit geen vervreemding is. Wel dient belastingplichtige in ogenschouw te nemen dat geen sprake is van een adequate tegenprestatie, indien die nieuwe aandelen aan de derde tegen nominale waarde worden uitgereikt en de aandelen die reeds zijn uitgegeven aan de overdrager een agio bevatten¹¹⁸. Alsdan zal de faciliteit worden teruggenomen. Verder kan, afgezien van de voornoemde situatie, een derde dus wél toetreden binnen de sanctietermijn van de fusie- en splitsingsfaciliteiten door middel van aandelenuitgifte.

6.4 Deelconclusie

Bestaat de mogelijkheid om binnen de sanctietermijn van de fiscale eenheid enerzijds en van de fusie of splitsing anderzijds toetreding van een derde te bewerkstelligen?

Toetreding van een derde is binnen de sanctietermijn van de fiscale eenheid na het verschuiven van een vermogensbestanddeel enkel mogelijk wanneer het belang van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij boven de 95% blijft¹¹⁹. Dit geldt ook wanneer het belang door de derde wordt verworven door middel van uitgifte van nieuwe aandelen. Zodoende is de mogelijkheid tot toetreding beperkt.

Na een bedrijfsfusie of juridische splitsing is toetreding van een derde binnen de sanctietermijn niet mogelijk door middel van een aandelenverkoop¹²⁰. De sanctie zal dan in werking treden, ook wanneer de aandelen slechts deels verkocht

¹¹³ De juridische fusie kent geen vervreemdingsverbod

¹¹⁴ Art. 14 lid 4 respectievelijk art. 14a lid 6 Wet Vpb.

¹¹⁵ Ibid..

¹¹⁶ Art. 14 lid 4 Wet Vpb, laatste volzin voor de bedrijfsfusie. Voor de juridische splitsing: art. 14a lid 6 Wet Vpb, laatste volzin.

¹¹⁷ HR 10 oktober 2008, nr. 43409, BNB 2009/28, rechtsoverweging 3.5.

¹¹⁸ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 12 augustus 2015, nr. BLKB 2015/520M, onderdeel 3.3.2.

¹¹⁹ Art. 15 lid 1 Wet Vpb.

¹²⁰ Art. 14 lid 4 Wet Vpb en art. 14a lid 6 Wet Vpb.

worden¹²¹. Wel kan dit met een aandelenuitgifte worden bereikt, omdat hier geen sanctie tegenover staat. Voor de juridische fusie geldt dat er geen sprake is van een sanctietermijn en zodoende zal toetreding door een derde niet alleen door uitgifte, maar ook door de verkoop van aandelen mogelijk zijn.

¹²¹ Ibid..

7 Conclusie

7.1 Samenvatting

In deze scriptie is de toegevoegde waarde van de fiscale eenheid als interne reorganisatiefaciliteit nader gezien. Dit is gedaan aan de hand van een vergelijking op verschillende punten tussen de fiscale eenheid enerzijds en de fusie- en splitsingsfaciliteiten anderzijds. Belastingplichtige heeft namelijk vaak de mogelijkheid om te kiezen tussen deze reorganisatiefaciliteiten. Omdat de fiscale eenheid naar aanleiding van recente jurisprudentie van het HvJ EU onder vuur ligt, is de vraag naar de relevantie van deze regeling zeer actueel¹²². Dit onderzoek poogt daarover duidelijkheid te verschaffen, zij het toegespitst op de interne reorganisatiemogelijkheid.

De essentie van deze scriptie is samengevat in de probleemstelling:

In hoeverre is de huidige fiscale eenheid als interne reorganisatiefaciliteit nog relevant, in verband met het bestaan van de fusie- en splitsingsfaciliteiten in de vennootschapsbelasting?

Teneinde deze vraag te beantwoorden, zijn vijf deelvragen opgesteld. Vervolgens is elk van hen in een apart hoofdstuk behandeld, waarna zij steeds in deelconclusies zijn beantwoord.

Allereerst zijn de reorganisatiefaciliteiten vergeleken met betrekking tot hun voorwaarden. Hierbij is duidelijk geworden dat het belangrijkste verschil is dat de fiscale eenheid enkel gebruikt kan worden wanneer het belang van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij groter is dan 95%. De fusie- en splitsingsfaciliteiten bevatten niet een dergelijk criterium, waardoor zij de enige oplossing bieden als niet aan deze voorwaarde is voldaan. Verder geldt een rechtsvormeis bij de fiscale eenheid in tegenstelling tot bij de andere faciliteiten. De bedrijfsfusie bevat als enige het vereiste dat een (zelfstandig deel van een) onderneming moet worden overgedragen.

In hoofdstuk 3 is de term zakelijkheid gedefinieerd, zoals deze bij de fusie- en splitsingsfaciliteiten geldt. Daarbij is het van belang dat belastingplichtige, indien hij gebruik wenst te maken van deze faciliteiten, hiermee niet beoogt vennootschapsbelasting te ontgaan of uit te stellen. Wanneer toch het hoofddoel of één der hoofddoelen belastingontwijking blijkt, zal de winst in aanmerking worden genomen. De fiscale eenheid kent echter geen zakelijkheidseis. Indien derhalve niet aan die zakelijkheidseis kan worden voldaan, biedt laatstgenoemde regeling dus de enige optie voor belastingplichtige om een interne reorganisatie te bewerkstelligen.

¹²² HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, V-N 2015/44.11 (Groupe Steria).

De sanctie, sanctietermijn en tegenbewijsregeling zijn aan bod gekomen in hoofdstuk 4. Om herwaardering tot de waarde in het economisch verkeer ingevolge art. 15ai Wet Vpb te voorkomen, mag de fiscale eenheid niet verbroken worden binnen zes jaar na de interne overdracht van een vermogensbestanddeel dat een stille reserve bevat. Als dit tegen uitreiking van aandelen gebeurt, is de sanctietermijn slechts drie jaar. Ook de bedrijfsfusie en de juridische splitsing (dus niet de juridische fusie) kennen een sanctietermijn van drie jaar. Daarbinnen mogen de aandelen in overdrager noch verkrijger worden vervreemd. De sanctie, opgenomen in art. 14 lid 4 en 14a lid 6 Wet Vpb, is dat de winst ten gevolge van de fusie of splitsing alsnog in aanmerking wordt genomen. Wel heeft belastingplichtige de mogelijkheid om tegenbewijs te bieden. Als hij aannemelijk kan maken dat het voornemen tot verkoop van de aandelen nog niet bestond ten tijde van de fusie of splitsing kan de toevoeging aan de winst worden voorkomen. De sanctiebepaling van art. 15ai Wet Vpb biedt geen ruimte voor tegenbewijs.

Verder is besproken dat reeds bestaande compensabele verliezen ten tijde van het ontstaan van de fiscale eenheid enkel verrekend kunnen worden met toekomstige winsten van de maatschappijen die deze voorvoegingsverliezen zelf hebben geleden. De winsten van de verschillende maatschappijen dienen dus gescheiden te worden. Ook na een fusie of splitsing dient onderscheid te worden aangebracht tussen de winsten van de verschillende ondernemingen. Een reeds bestaand verlies kan namelijk alleen worden verrekend met toekomstige winsten van de onderneming die dat verlies heeft geleden.

Tenslotte is toetreding van een derde tijdens de sanctietermijn behandeld. Geconcludeerd is dat slechts een kleine aandelenverkoop (maximaal 5%, zelfs minder als het oorspronkelijk belang kleiner is dan 100%) mogelijk is zonder dat de fiscale eenheid wordt verbroken. Dit geldt ook voor een aandelenuitgifte. Dat ligt echter anders bij de bedrijfsfusie en juridische splitsing. Hoewel toetreding via een aandelenverkoop binnen de sanctietermijn resulteert in een toevoeging aan de winst, wordt dit voorkomen wanneer dit door middel van een aandelenuitgifte wordt gedaan. Toetreding van een derde is alsdan mogelijk voor grotere belangen dan 5%. De juridische fusie kent geen sanctietermijn en toetreding zal dan ook door middel van een aandelenverkoop kunnen worden bewerkstelligd.

Kortom, de fiscale eenheid is ter toetsing van haar relevantie als interne reorganisatiefaciliteit op een aantal punten vergeleken met de bedrijfsfusie, juridische splitsing en juridische fusie. Hierbij is, gelet op de gevonden verschillen, duidelijk geworden dat de keuze voor één van de faciliteiten afhankelijk zal zijn van de Ausgangssituatie. In sommige gevallen zal namelijk de fiscale eenheid uitkomst bieden, terwijl in andere Ausgangsposities enkel een fusie of splitsing mogelijk is. Interessant verder voor belastingplichtige is dat de fiscale eenheid geen zakelijkheidsvereiste bevat. Wanneer niet aan deze eis kan worden voldaan, kan hij geen gebruik maken van de fusie- en splitsingsfaciliteiten. In dat geval is de interne reorganisatie dus enkel mogelijk via de fiscale eenheid. De vraag is echter wel of een reorganisatiefaciliteit moet worden verleend als onzakelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de

rechtshandeling. Dat dit als onrechtvaardig kan worden gezien, doet echter niet af aan het feit dat de fiscale eenheid op die manier voor belastingplichtige zelf een toegevoegde waarde heeft.

Hoewel zij niet gebruikt kan worden als geen sprake is van 95%-verhoudingen en een strengere rechtsvorm, striktere sanctietermijn en een meer beperkte toetredingsmogelijkheid kent dan de fusie- en splitsingsfaciliteiten, zijn daarnaast situaties denkbaar dat de fiscale eenheid de voorkeur verdient. Wanneer sprake is van reeds bestaande compensabele verliezen bij de betrokken maatschappijen kan belastingplichtige besluiten de fiscale eenheid te gebruiken ten behoeve van de eenvoud van de verliesverrekening. Zou belastingplichtige geen gebruik meer kunnen maken van de fiscale eenheid in deze situatie en is hij aangewezen op een fusie- of splitsingsfaciliteit, dan vergt de winstsplitsing een hoop extra (onnodige) moeite. De uitgangssituatie zal dus invloed hebben op de uiteindelijke keuze voor een reorganisatiefaciliteit, mogelijk voor de fiscale eenheid.

7.2 Aanbeveling

In het licht van de conclusie pleit ik voor het behoud van de fiscale eenheid als interne reorganisatiefaciliteit, zij het dat dit eventueel in een naar aanleiding van het EU-recht aangepaste vorm zal zijn. Momenteel is de regeling onder andere relevant voor belastingplichtige omdat zij gebruikt kan worden in situaties waarin niet aan het zakelijkheidsvereiste kan worden voldaan. Op grond van rechtvaardigheidsoverwegingen kan echter terecht gesteld worden dat in dergelijke onzakelijke situaties eigenlijk geen faciliteit beschikbaar zou moeten zijn. In de toekomst zal daar wellicht dan ook verandering in gebracht moeten worden, maar dat is een discussie die buiten de reikwijdte van deze scriptie valt.

Hoe het ook zij, zelfs als voor de fiscale eenheid op termijn een zakelijkheidsvereiste geïntroduceerd wordt, acht ik haar nog steeds relevant. Zij verdient verder immers in sommige situaties de voorkeur ten opzichte van de fusie- of splitsingsfaciliteiten, namelijk wanneer in de uitgangssituatie sprake is van compensabele verliezen. Dat is naar mijn mening voldoende om de interne reorganisatiefaciliteit van de fiscale eenheid in stand te houden. Het feit dat de fiscale eenheid in bepaalde gevallen de meest voor de hand liggende optie is voor de interne reorganisatie bewijst namelijk dat zij nog steeds relevant kan zijn.

8 Literatuurlijst

Rechtsbronnen

Algemene wet inzake rijksbelastingen

Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009, PbEU 2009 L 310

Wet op de Inkomstenbelasting 2001

Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Literatuur

Brande-Boomsluiters, E. van den (2003). De bedrijfsfusiefaciliteit in de vennootschapsbelasting (No. 110). Kluwer.

Elsweier, F. J., J.A.G. van der Geld & S.A. Stevens (2015). Hoofdzaken Vennootschapsbelasting. *FED Fiscale Studietoetsreeks*, (31).

Heithuis, E.J.W., 'Het einde van de fiscale eenheid Vpb in zicht?', WFR 2015/1136

Heithuis, E.J.W., 'Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht!', WFR 2015/1348

Smits, L.B., 'Europeesrechtelijke fricties inzake art. 14a lid 6 Wet VPB 1969', WFR 2007/6715

Vries, R.J. de, 'Fiscalisten, hun "speeltjes" en het einde van de fiscale eenheid VPB is nog niet in zicht', WFR 2015/1344

Jurisprudentie

HR

HR 17 januari 1990, nr. 26221, BNB 1990/92

HR 4 februari 1998, nr. 30074, BNB 1998/176

HR 1 december 1999, nr. 34217, BNB 2000/111

HR 10 oktober 2008, nr. 43409, BNB 2009/28

HR 8 oktober 2010, nr. 08/04644, BNB 2011/17

HR 29 juni 2012, nr. 10/00807, BNB 2012/261

HvJ EU

HvJ EU 17 juli 1997, C-28/95, BNB 1998/32 (Leur-Bloem)

HvJ EU 15 januari 2002, C-43/00, VN 2002/8.26 (Randers Sport)

HvJ EU 12 september 2006, C-196/04, BNB 2007/54 (Cadbury Schweppes)

HvJ EU 5 juli 2007, C-321/05, V-N 2007/34.12 (Kofoed)

HvJ EU 27 november 2008, C-418/07, V-N 2008/59.20 (Papillon)

HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166 (X-Holding)

HvJ EU 20 mei 2010, C-352/08, BNB 2010/257 (Zwijnenburg)

HvJ EU 10 november 2011, C-126/10, BNB 2012/5 (Foggia)

HvJ EU 12 juni 2014, C-39/13, BNB 2014/216 (SCA Holding)

HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, V-N 2015/44.11 (Groupe Steria)

Overig

Hof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/1358, NTFR 2002/858

Overige stukken

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 14 december 2010, nr. DGB2010/4620M

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/33M

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/34M

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 27 januari 2015, nr. BLKB 2015/38M

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 12 augustus 2015, nr. BLKB 2015/520M

Conclusie AG Wattel van 7 september 2010 bij de zaak C-352/08, BNB 2010/257 (Zwijnenburg)

Kamerstukken II, 1997-1998, 25 709, nr. 5

Kamerstukken 1997-1998, 25 709, nr. 44

Kamerstukken II, 1998-1999, 26 727, nr. 3

Kamerstukken II, 1998-1999, 26 728, nr. 3

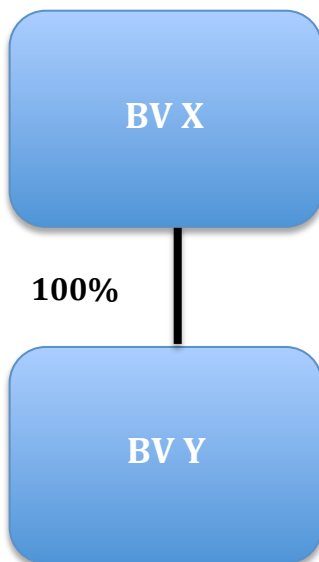
Kamerstukken II, 2000-2001, 26 854, nr. 6

Kamerstukken II, 2015-2016, 34 323, nr. 3

Bijlagen

Bijlage 1: voorbeeld herwaardering deelneming art. 15ab lid 1 Wet Vpb

BV X bezit 100% van zowel de economische als juridische eigendom van de aandelen in BV Y:



De balansen van BV X en BV Y in de uitgangssituatie zijn als volgt:

Activa	BV X		Passiva
Deelneming BV Y	400	Aandelenkapitaal	300
Kas	25	Vreemd vermogen	125
Totaal	425	Totaal	425

Activa	BV Y		Passiva
Pand	300	Aandelenkapitaal	400
Machines	100		
Totaal	400	Totaal	400

Op de fiscale balans van BV X is de deelneming in BV Y gewaardeerd op kostprijs. De boekwaarden van het pand en de machines van BV Y zijn 300 respectievelijk 100. Stel dat de waarde in het economisch verkeer van het pand 400 bedraagt en die van de machines 200. Dit betekent dat bij beide activa sprake is van een stille reserve van 100 en de waarde in het economisch verkeer van BV Y dus 600 is.

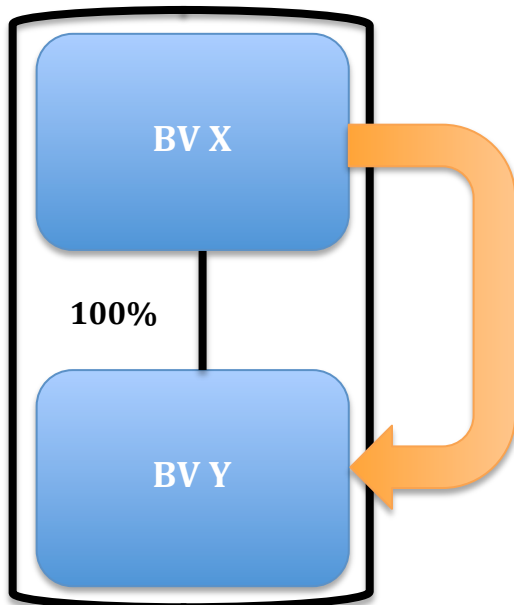
Wanneer beide partijen ertoe besluiten om een fiscale eenheid aan te gaan, dient BV X het belang in BV Y te waarderen op de waarde in het economisch verkeer. Dit houdt in dat de deelneming te boek wordt gesteld op 600 minus latente vennootschapsbelasting. Stel de belastinglatentie wordt gesteld op 25%. Dan

dient het belang van BV X in BV Y te worden gesteld op 450 en is de balans van BV X als volgt:

Activa	BV X		Passiva
Deelneming BV Y	450	Aandelenkapitaal	300
Kas	25	Reserve herwaardering deelneming	50
		Vreemd vermogen	125
Totaal	475	Totaal	475

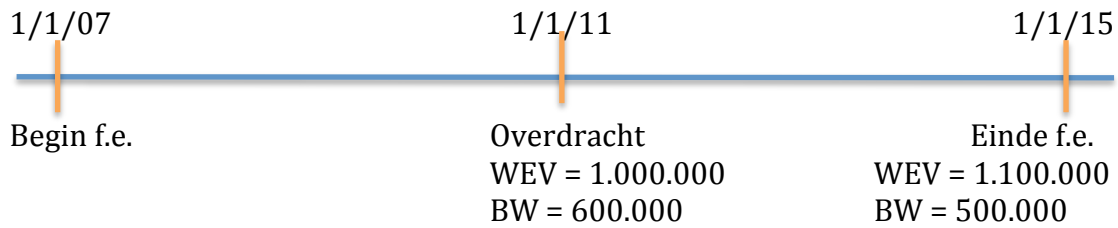
Indien de deelnemingsvrijstelling van art. 13 Wet Vpb van toepassing is op deze deelneming, zal de winst door herwaardering, die 100 bedraagt, vrijgesteld zijn. Anders is deze belast met vennootschapsbelasting.

Bijlage 2: rekenvoorbeeld art. 15ai lid 2 Wet Vpb



Op 1 januari 2007 is de fiscale eenheid tot stand gekomen met BV X als moedermaatschappij en BV Y als dochtermaatschappij. Tijdens het bestaan van de fiscale eenheid, namelijk op 1 januari 2011, wordt een vermogensbestanddeel met een stille reserve overgedragen door BV X aan BV Y. Op 1 januari 2015 wordt de fiscale eenheid verbroken. Dit is dus vier jaar na de overdracht.

De waarde in het economisch verkeer van het vermogensbestanddeel ten tijde van de overdracht (1 januari 2011) is 1.000.000, terwijl de boekwaarde op dat moment 600.000 bedraagt. De waarde in het economisch verkeer op het moment van verbreking van de fiscale eenheid (1 januari 2015) bedraagt 1.100.000 en de boekwaarde 500.000.



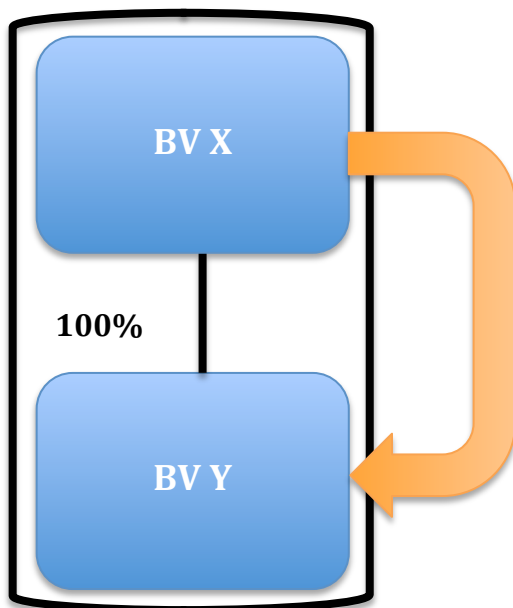
De hoofdregel van art. 15ai lid 1 Wet Vpb is dat bij het einde van de fiscale eenheid op 1 januari 2015 het vermogensbestanddeel dient te worden herwaardeerd van 500.000 naar 1.100.000. Derhalve behaalt de fiscale eenheid alsnog 600.000 winst.

Lid 2 stelt daarentegen dat het vermogensbestanddeel ook gewaardeerd mag worden op de waarde in het economisch verkeer ten tijde van de overdracht (1.000.000) verminderd met een afschrijvingscorrectie. Ingevolge art. 15ah lid 2 onderdeel a Wet Vpb dient deze afschrijving plaats te vinden over de waarde in het economisch verkeer ten tijde van de overdracht.

Stel dat het vermogensbestanddeel vanaf 1 januari 2011 nog een levensduur heeft van 20 jaar en de restwaarde 0 zal zijn. De afschrijving tussen 1 januari 2011 en 1 januari 2015 is dan $4/20 * 1.000.000 = 200.000$. Dan mag het vermogensbestanddeel gewaardeerd worden op $1.000.000 - 200.000 = 800.000$. Aangezien de boekwaarde ten tijde van de verbreking van de fiscale eenheid 500.000 is, bedraagt de te nemen winst nu enkel $800.000 - 500.000 = 300.000$.

Aangezien de herwaarderingswinst onder lid 1 600.000 en onder lid 2 300.000 bedraagt, zullen BV X en BV Y voor de laatste optie kiezen.

Bijlage 3: rekenvoorbeeld art. 15ah lid 2 onderdeel a en b Wet Vpb



BV X draagt op 1 januari 2015 een pand over aan BV Y binnen de fiscale eenheid. Ten tijde van de overdracht heeft het een boekwaarde van 1.000.000 en de

waarde in het economisch verkeer is op dat moment 1.200.000. De resterende levensduur van het pand is 20 jaar en de restwaarde bedraagt 200.000.

De fiscale eenheid neemt dan voor de fiscale winstbepaling in 2015 een afschrijving in aanmerking van: $(1.000.000 - 200.000)/20 = 40.000$.

Stel dat BV Y nog over compensabele voorvoegingsverliezen beschikt. Om de mogelijkheid voor verliesverrekening te bepalen volgens art. 15ae Wet Vpb, dient de winst voor BV X en BV Y afzonderlijk te worden berekend op basis van art. 15ah Wet Vpb. Ingevolge het tweede lid onderdeel a van laatstgenoemd artikel moet bij BV Y een afschrijving in aanmerking worden genomen op basis van de waarde in het economisch verkeer ten tijde van de overdracht. Zodoende bedraagt de afschrijving op het pand bij BV Y: $(1.200.000 - 200.000)/20 = 50.000$.

Vervolgens stelt art. 15ah lid 2 onderdeel b Wet Vpb dat het verschil tussen de berekende 50.000 en de 40.000 die reeds in aanmerking is genomen bij de fiscale eenheid dient te worden toegevoegd aan de winst van de overdrager. Dientengevolge neemt de winst van BV X toe met 10.000.