

# Enige (notariële) opmerkingen bij de herziening van het regime voor de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting



Mr. J.D.M. Schoonbrood \*

## 1. Inleiding

Op 1 januari 2003 is het regime voor de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting gewijzigd.<sup>1</sup> De nieuwe wet gaat gelden voor fiscale eenheden die op of na 1 januari 2003 worden gevormd doch geldt ook voor reeds bestaande fiscale eenheden.<sup>2</sup> De wetgever wil met de wetwijziging komen tot een uniforme regeling voor alle fiscale eenheden. Op grond van een delegatiebevoegdheid heeft de staatssecretaris nadere regels opgesteld in het Besluit fiscale eenheid 2003, Stb. 646 (“het Besluit”).<sup>3</sup>

De mogelijkheden tot het aangaan van een fiscale eenheid zijn verruimd onder andere door de verlaagde bezitsei van 95% van het nominaal gestorte kapitaal en de mogelijkheid om in de loop van een boekjaar een fiscale eenheid aan te gaan.

In deze bijdrage wordt eerst kort aangegeven op welke wijze een eenheid kan worden aangegaan. Vervolgens wordt in het bijzonder ingegaan op twee in het Besluit nader geregelde onderwerpen die voor de ondernemingsrechtelijke (notariële) praktijk van belang zijn en wel het gewijzigde bezitsvereiste en de voeging in de loop van een boekjaar van vennootschappen met al dan niet samenvallende statutaire boekjaren. Tevens wordt aandacht besteed aan de verbreking van de fiscale eenheid zonder terugwerkende kracht en de sanctie (“de zestiende standaardvoorwaarde”).

## 2. Wijze van aangaan met behoud van subjectieve belastingplicht

De moedermaatschappij en de dochtermaatschappij kunnen via een verzoek bij de inspecteur die belast is met de aanslagregeling van de moedermaatschappij aangeven met ingang van welk tijdstip (“het voegingstijdstip”) de fiscale eenheid tot stand moet komen. Op het voegingstijdstip dient aan de voorwaarden voor een fiscale eenheid te zijn voldaan. Deze voorwaarden zijn opgesomd in artikel 15 lid 3 Wet VPB 1969. Een fiscale eenheid kan nu – anders dan voorheen – in de loop van een boekjaar tot stand komen. Binnen drie maanden (voorheen binnen twaalf maanden) na het beoogde voegingstijdstip moet het verzoek worden gedaan (via een uitgereikt formulier). Deze termijn geldt ook voor de voeging vanaf de oprichtingsdatum van een nieuw opgerichte dochtermaatschappij terwijl onder het oude regime in dat geval in beginsel een termijn van maximaal vijftien maanden gold. De inspecteur beslist bij een voor bezwaar vatbare beschikking en kan in bijzondere situaties nadere voorwaarden stellen. De ven-

nootschapsbelasting wordt geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige (te weten de moedermaatschappij).<sup>4</sup> De werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij worden bij fictie toegerekend aan de moedermaatschappij. Met voormelde fictie en toerekening wordt – anders dan voorheen waarbij de gevoegde dochtermaatschappij volledig werd “weggedacht” – bewerkstelligd dat ook de subjectieve belastingplicht van de gevoegde dochtermaatschappij gehandhaafd blijft. Hierdoor behoeft er geen onduidelijkheid meer te bestaan over de vraag of een dochtermaatschappij als inwoner van een bepaalde staat – hetgeen afhankelijk is van de vraag of zij subjectief belastingplichtig is – aanspraak kan maken op de toepassing van belastingverdragen.<sup>5</sup>

Bij een voeging in de loop van een boekjaar moeten de boeken van de dochtermaatschappij tussentijds worden afgesloten. Bij de aangifte voor de fiscale eenheid over dat jaar moet een vermogensopstelling van de dochtermaatschappij per het voegingstijdstip worden bijgevoegd. Voorts dient de moedermaatschappij een vermogensopstelling per het voegingstijdstip bij te voegen met daarin (ten minste) opgenomen de verhoudingen met de dochtermaatschappij (artikel 6 Besluit). Op die wijze kan het resultaat van de dochtermaatschappij vóór de voeging afzonderlijk in de heffing worden betrokken en worden de onderlinge verhoudingen tussen de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij tot uitdrukking gebracht.

\* Notaris te Rotterdam.

1. Wet van 11 december 2002, Stb. 618 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 c.a. Zie voor bespreking van de wijzigingen: S. van den Berg en J.C.M. van Sonderen, “Herziening regime fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting”, *Ondernemingsrecht* 2003-1, p. 8-14.
2. Zie daaromtrent de overgangsartikelen IV (“de fictieve doorstart van een oude fiscale eenheid”) en V (“inzake de beëindiging van een oude fiscale eenheid die niet voldoet aan de vereisten onder de nieuwe wet”) van de Wet van 11 december 2002, Stb. 618. Zie ook in het bijzonder de in artikel IV lid 2 opgenomen keuzemogelijkheid voor een oude fiscale eenheid om nog voor twee boekjaren de oude regeling voort te zetten.
3. Het Besluit bestaat uit vijftig artikelen en werkt terug tot en met 1 januari 2003 (artikel 15 lid 11 Wet VPB1969). De delegatiebevoegdheid is opgenomen in artikel 15 leden 4 en 10 Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Zie omtrent de twijfel die in de literatuur is uitgesproken of alle maatregelen opgenomen in dit besluit binnen de delegatiebevoegdheid blijven: I. de Roos en R.J. de Vries, “Recente ontwikkelingen rondom het nieuwe fiscale eenheidsregime”, *fiscaal weekblad FED*, 5-12-2002, p. 2778.
4. Aanvankelijk ging het wetsontwerp niet uit van de “opgaan-in-benadering”. Na veel kritiek is uiteindelijk toch weer gekozen voor een “opgaan-in-benadering” welke benadering ook onder het oude systeem werd gehanteerd.
5. Zie aldus Kamerstukken II, 26 854, nr. 3, p.4-5 (MvT).

Ook bij een gevoegde dochtermaatschappij met minderheidsaandeelhouders zal de volledige winst van de dochter bij de moeder worden belast. Met het minderheidsbelang wordt geen rekening gehouden. Het volledige vermogen wordt fiscaal aan de moeder toegerekend en zal fiscaal worden geconsolideerd. Voor de minderheidsaandeelhouders zal dat volgens de staatssecretaris niet uitmaken, omdat de belastingheffing bij de minderheidsaandeelhouder voor de voordelen uit hoofde van zijn aandelenbezit los staat van de belastingheffing over het resultaat van die dochtermaatschappij zelf. Minderheidsaandeelhouders kunnen echter wel worden benadeeld als de voordelen die de moedermaatschappij heeft bij de heffing niet in de commerciële jaarrekening worden verrekend.<sup>6</sup> Ik neem aan dat dit bij het opstellen van de commerciële jaarrekening in voorkomende gevallen voldoende aandacht zal krijgen.

### 3. Bezitsvereiste

Een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting is alleen mogelijk als de belastingplichtige (de moedermaatschappij) op het voegingstijdstip de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een andere belastingplichtige (de dochtermaatschappij). Het percentage is verlaagd om tegemoet te komen aan de wens om met behoud van fiscale eenheid aan werknemers aandelen uit te reiken en om na een overname (bijvoorbeeld na een openbaar bod) een fiscale eenheid aan te kunnen gaan zonder eerst een uitkoopprocedure te volgen. Voor het percentage is dan ook aansluiting gezocht bij de uitkoopregeling van artikel 2:92a/201a BW.<sup>7</sup> Onder de oude regeling gold een percentage van 99% van het geplaatste en gestorte aandelenkapitaal en telden zoekgeraakte aandelen niet mee. Thans tellen de zoekgeraakte en onvindbare aandelen wel mee bij de vaststelling of aan de absolute ondergrens van 95% wordt voldaan.

#### *Soort aandelen en zeggenschap*

Voor de vaststelling of aan de grens van 95% wordt voldaan is helaas niet uitsluitend de tekst van artikel 15 Wet VPB 1969 bepalend. Dat artikel noemt slechts als eis ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal. Volgens de staatssecretaris zou deze eis in een algemene maatregel van bestuur – die uiteindelijk in gewijzigde vorm heeft geleid tot het Besluit – nader worden ingevuld. De staatssecretaris dacht daarbij aan een bepaling waarbij het ontbrekende aandelenbezit – evenals voorheen – niet meer rechten mag geven tot het vermogen of de winst dan wel van de zeggenschap in de dochtermaatschappij dan overeenkomt met het ontbrekende aandelenbezit. Deze bepaling zou tot veel onzekerheden hebben geleid indien cumulatief preferente aandelen of prioriteitsaandelen niet in handen van de moedermaatschappij zijn.<sup>8</sup> Zo zou in het ene jaar wel een fiscale eenheid kunnen bestaan, omdat de winst voldoende groot is en de

cumulatief preferente aandelen niet meer delen in die winst dan 5%, terwijl in het daaropvolgende jaar de fiscale eenheid weer ophoudt te bestaan omdat er in dat jaar zo weinig winst is dat feitelijk de totale winst aan de houders van cumulatief preferente aandelen toekomt. De staatssecretaris heeft met de kritiek rekening gehouden en heeft in de tekst van het Besluit voor een andere regeling gekozen. In artikel 2 van het Besluit wordt thans geregeld dat de moedermaatschappij de juridische en economische eigendom moet bezitten van ten minste 95% van *elke soort* aandelen. Op deze wijze wil de staatssecretaris voorkomen dat de aandelen die niet in het bezit zijn van de moedermaatschappij bij een bepaalde winstontwikkeling recht zouden kunnen geven op meer dan 5% van de winst.<sup>9</sup> Volgens de staatssecretaris impliceert die wijziging – nu de moedermaatschappij van elke soort aandelen ten minste 95% dient te bezitten – dat een toetsing van de gerechtigdheid tot het vermogen en de winst achterwege kan blijven.<sup>10</sup> Voormelde toetsing blijft mijns inziens echter wel van belang voor de vraag of er sprake is van een zelfde soort aandelen. De staatssecretaris deelt namelijk mede dat er geen bezwaar tegen is dat aandelen waaraan dezelfde rechten op winst en vermogen zijn verbonden als een zelfde soort worden beschouwd.<sup>11</sup> Als een dochtervennootschap prioriteitsaandelen heeft uitstaan, zal een fiscale eenheid alleen nog mogelijk zijn als de moedermaatschappij ook 95% van de prioriteitsaandelen houdt.<sup>12</sup> Prioriteitsaandelen ofwel aandelen waaraan bijzondere rechten als in de statuten omschreven inzake de zeggenschap zijn verbonden delen immers ook, zij het meestal in

6. Bijvoorbeeld indien in hetzelfde jaar de moedermaatschappij een winst heeft en de dochtermaatschappij een verlies; de moedermaatschappij betaalt dan minder belasting en profiteert direct van het verlies van de dochtermaatschappij. Met de minderheidsaandeelhouder moet men ook rekening houden indien de moedermaatschappij art. 2:403 BW toepast. De minderheidsaandeelhouder zal elk jaar expliciet moeten instemmen met een toepassing van dat artikel. Zonder instemming is de dochtermaatschappij niet vrijgesteld van publicatie en vereenvoudigde inrichting van de jaarrekening.
7. Kamerstukken II 1999/2000, 26 854, nr. 3, p. 8.
8. Zie over de gedachte van de staatssecretaris, Kamerstukken II 1999/2000, 26 854, nr. 3, p. 35-36 (MvT). Zie voorts en met m.i. terecht kritiek M.W. van Heezik-Davits en M.R. van der Maas, “*Enige opmerkingen bij de concept algemene maatregel van bestuur inzake de herziening regime fiscale eenheid*”, WFR 2002/1216. Het element van zeggenschap komt niet meer terug in artikel 2 van het Besluit. Zie hierover I. de Roos en R.J. de Vries, t.a.p., p. 2779.
9. Nota van toelichting, p. 24 bij Besluit fiscale eenheid 2003, Stb. 646. De staatssecretaris is dan wel van mening dat dit op basis van de delegatiebepaling van artikel 15 lid 10 onderdeel b van de Wet VPB1969 mogelijk is, maar het is niet fraai om dit belangrijke criterium slechts in een AmvB te regelen (zie voor soortgelijke kritiek van de leden van de CDA-fractie en het antwoord van de staatssecretaris in de Nota n.a.v. het Verslag, Kamerstukken I 2002/2003, 26 854, nr. 45a, p.4-5.
10. Kamerstukken I 2001/2002, 26 54, nr.45d, p. 7 (MvA).
11. Kamerstukken I 2002/2003, 26 854, nr. 45a, p. 5 (NV).
12. Onder de oude regeling was het niet nodig dat de moedermaatschappij de prioriteitsaandelen hield, als de moedermaatschappij maar 99% van het geplaatste en gestorte kapitaal hield en de prioriteitsaandelen niet meer rechten gaven op het vermogen of de winst dan overeenkwam met 1% van dat vermogen of die winst.

beperkte mate, in de winst (artikel 2:92 lid 3/105 lid 9 en artikel 2:201 lid 3/216 lid 8 BW). Zijn dergelijke aandelen zonder dat de moedermaatschappij binnen een fiscale eenheid daarin participeert dan helemaal niet meer mogelijk? Met voormelde mededeling geeft de staatssecretaris mijns inziens aan dat het wel mogelijk is. In de statuten kan men verschillende series aandelen (bijvoorbeeld aandelen A en B) creëren waaraan dezelfde winstrechten en vermogensrechten kleven en die derhalve voor de regeling van de fiscale eenheid als aandelen van dezelfde soort dienen te gelden. Aan de aandelen van serie A kan men vervolgens allerlei bijzondere zeggenschapsrechten verbinden (artikel 2:92 lid 3/201 lid 3 BW). De moedermaatschappij zou dan niet ten minste 95% van de aandelen A behoeven te houden. Een voeging zou mogelijk zijn indien de moeder alleen aandelen B houdt mits die aandelen ten minste 95% van het totaal van de aandelen A en B uitmaken. Bijzondere zeggenschapsrechten (bijvoorbeeld een benoemingsrecht) zijn kennelijk niet van belang voor de vraag of er sprake kan zijn van een fiscale eenheid.<sup>13</sup> In de literatuur is erop gewezen dat volgens de opmerkingen van de staatssecretaris in de memorie van toelichting minderheidsaandeelhouders niet meer zeggenschap in de gevoegde dochtermaatschappij mogen hebben dan overeenkomt met hun aandelenbezit maar dat deze beperking ten aanzien van de zeggenschap in de eerdere versie van de AmvB die heeft geleid tot het Besluit (toevoeging van JS “en ook in het definitieve Besluit”) niet is opgenomen.<sup>14</sup> Nu de moedermaatschappij volgens het Besluit van elke soort aandelen ten minste 95% dient te houden, zal normaliter ook 95% van de zeggenschap bij de moedermaatschappij zijn. Door de soortbenadering in het Besluit lijkt het element van de doorslaggevende zeggenschap echter niet van belang. Dit zou impliceren dat de moedermaatschappij voor het nemen van een besluit afhankelijk kan zijn van minderheidsaandeelhouders en dat minderheidsaandeelhouders de moedermaatschappij zelfs hun wil kunnen opleggen door gebruik te maken van een statutaire stemrechtbeperking waarbij aan eenzelfde aandeelhouder niet meer dan zes stemmen worden toegekend (artikel 228 lid 5 BW).<sup>15</sup> In de toelichting bij het Besluit staat voorts dat aandelen die geen rechten geven op winst en vermogen, bijvoorbeeld aandelen waaraan alleen een benoemingsrecht is verbonden, buiten beschouwing blijven bij de vaststelling of aan de grens van 95% wordt voldaan. Ook nu wordt alleen gelet op de gerechtigdheid tot het vermogen en de winst en niet op eventuele bijzondere zeggenschap. Op onze Nederlandse besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en naamloze vennootschap is dat niet van toepassing.<sup>16</sup> Artikel 2:105 lid 9/216 lid 9 BW bepaalt immers dat geen van de aandeelhouders geheel kan worden uitgesloten van het delen in de winst.<sup>17</sup> Ook houders van prioriteitsaandelen dienen in enige mate te delen in de winst.

### *Juridische en economische eigendom*

Het begrip “bezit” werd voorheen in de toelichting bij de standaardvoorwaarden uitgelegd als de juridische en economische eigendom.<sup>18</sup> Thans is deze uitleg opgenomen in lid 1 van artikel 15 van de Wet VPB 1969. Onder de oude regeling kon het verlenen van een optie tot gevolg hebben dat reeds tijdens de optieperiode niet (langer) voldaan is aan de bezitseis.<sup>19</sup> In de memorie van antwoord is aangekondigd dat het bestaande beleid met betrekking tot optierechten wordt voortgezet en dat daarvoor een nieuw besluit zal worden getroffen. Totdat er een nieuw besluit is genomen, zal voor opties uitgegaan mogen worden van het oude beleid.

Ook het vestigen van een pandrecht op aandelen kan ervoor zorgen dat een fiscale eenheid niet tot stand kan komen of wordt beëindigd. Uit de memorie van toelichting kan worden opgemaakt dat het bestaande beleid ten aanzien van verpanding wordt voortgezet. Als de stemrechten materieel of formeel niet meer aan de moedermaatschappij toekomen, zal niet of niet langer aan de

13. Bij de regeling voor de uitkoop zijn die rechten wel van belang en zal een vordering tot uitkoop worden afgewezen indien er gedaagden zijn die een bijzonder statutair recht inzake de zeggenschap hebben (artikel 2:92a lid 4/201a lid 4 BW).
14. Zie hierover I. de Roos en R.J. de Vries, t.a.p., p. 2779. Zij sluiten – uitgaande van de tekst van het concept van de algemene maatregel van bestuur die uiteindelijk in gewijzigde vorm heeft geleid tot het Besluit en waarin het nog ging om een omschrijving van de rechten die aan de ontbrekende aandelen mochten zijn verbonden en niet om elke soort – niet uit dat het hier een omissie van de staatssecretaris betreft doch lijken ook de mening toegedaan dat – nu het alleen gaat om de begrippen “vermogen” en “winst” – dat de ontbrekende aandelen meer zeggenschapsrechten in de dochtermaatschappij mogen geven dan overeenkomt met het ontbrekende aandelenbezit van maximaal 5%.
15. Zo zou ook in de statuten kunnen worden opgenomen dat een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders in de gevoegde dochtermaatschappij alleen met algemene stemmen kan worden genomen. Iedere minderheidsaandeelhouder krijgt dan in feite een blocking vote. Voor de OK (arrest van 2 mei 2002, JOR 2002, 156, m.nt. Josephus Jitta, AA 2002, p. 825-828, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, was dat voldoende om een vordering tot uitkoop tegen een minderheidsaandeelhouder af te wijzen (art. 2:201a lid 4 BW). Tegen deze uitspraak is cassatie ingesteld.
16. Wellicht wel voor de dochtermaatschappij die naar aard en inrichting vergelijkbaar is met onze BV of NV en is opgericht naar het recht van een in artikel 15 lid 3 onderdeel d van de Wet VPB 1969 bedoeld land of bedoelde staat. De criteria waaraan deze vreemdrechtelijke lichamen moeten voldoen staan expliciet vermeld in artikel 3 van het Besluit. De opmerking van de staatssecretaris dat deze lichamen ook zouden moeten voldoen aan de vereisten van de Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen zou ik als niet relevant willen bestempelen en niet in overeenstemming met het beginsel van non-discriminatie. Zie daarover nader naar aanleiding van een brief van Feteris het Verslag, Kamerstukken II 1999/2000, 26 854, nr. 5, p.12-13.
17. Zie hierover nader mijn bijdrage in, *Statuten zonder bezwaar*, Preadvies uitgebracht voor de jaarlijkse algemene ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2002, p.97-99.
18. Punt 2.1. van de toelichting op de standaardvoorwaarden en de publicatie van het besluit van 18 juli 1989, nr. DB88/4852, Infobulletin 89/505 en VN 1989/2825, punt 16. De aanduiding “eigendom” lijkt me bij aandelen evenwel niet op zijn plaats (zie artikel 5:1 BW alleen voor zaken). Ik zou zeggen dat de juridische en economische gerechtigdheid tot de aandelen aan de moedermaatschappij dient toe te behoren. Gemakshalve blijf ik hier maar de fiscale terminologie gebruiken.
19. Het beleid ten aanzien van opties staat in het in noot 18 genoemde besluit.

bezitseis zijn voldaan. In onze verslechter(en)de economie zal het aantal verpandingen van gevoegde dochtermaatschappijen toenemen. De fiscale voordelen van de fiscale eenheid wil men dan behouden en men wenst daarbij te voorkomen dat de fiscale eenheid wordt verbroken per het moment dat niet meer aan de bezitseis wordt voldaan. Ik zal hier twee situaties noemen die ook in de memorie van toelichting worden genoemd.<sup>20</sup>

Situatie A: het stemrecht gaat onder ontbindende voorwaarde op de pandhouder over (bijvoorbeeld de bank krijgt als pandhouder het stemrecht maar de moedermaatschappij mag in bepaalde gevallen het stemrecht uitoefenen). De staatssecretaris is van oordeel dat op het moment van de verpanding niet of niet meer aan de bezitseis wordt voldaan en de fiscale eenheid eindigt.

Situatie B: het stemrecht gaat onder opschortende voorwaarde over op de pandhouder (bijvoorbeeld de moedermaatschappij behoudt het stemrecht maar in bepaalde gevallen (default) of voor bepaalde onderwerpen gaat het stemrecht over op de bank als pandhouder). De staatssecretaris is van oordeel dat op het moment van de verpanding aan de bezitseis wordt voldaan doch dat op het moment dat de opschortende voorwaarde optreedt niet of niet meer aan de bezitseis wordt voldaan. Het bestaande beleid ten aanzien van verpanding wordt dan wel voortgezet, maar dit betekent niet dat er niets is gewijzigd ten aanzien van verpanding. Een moedermaatschappij die 100% van de aandelen in een dochtermaatschappij bezit, kan mijns inziens onder de nieuwe regeling met behoud van de fiscale eenheid maximaal 5% van de aandelen verpanden met overgang van het stemrecht. Deze moedermaatschappij kan met andere woorden zonder gevolgen voor de fiscale eenheid in alle vrijheid handelen met maximaal 5% van de aandelen, zolang zij in ieder geval de juridische en economische gerechtigdheid behoudt van 95% van elke soort aandelen. Die vrijheid is derhalve ook van toepassing op andere beschikkingshandelingen.

Aan de bezitseis wordt evenmin voldaan indien een moedermaatschappij de economische eigendom van aandelen verliest. Een voorbeeld hiervan is de certificering van aandelen. De staatssecretaris<sup>21</sup> geeft zelf als voorbeeld een projectontwikkelingsmaatschappij die in opdracht van een derde een project ontwikkelt. Volgens de staatssecretaris zal indien van tevoren reeds bekend is dat de aandelen in die maatschappij zullen worden verkocht, het project als het ware voor rekening en risico van deze derde wordt ontwikkeld en de economische eigendom ook bij die derde berust. De vraag of de economische gerechtigdheid tot de aandelen bij de moedermaatschappij berust zal in dit geval mijns inziens afhankelijk zijn van de afspraken die bij het aangaan van de projectontwikkelingsovereenkomst zijn gemaakt omtrent de koop van de aandelen en dat staat volgens mij los van de vraag of het project mede voor rekening van een derde (bijvoorbeeld in firmaverband) wordt ontwikkeld.

### *Middellijk bezit en personenvennootschap zonder en met rechtspersoonlijkheid*

De wetgever heeft het begrip “bezit” voor alle duidelijkheid in de wet expliciet uitgebreid tot een middellijk bezit van aandelen, mits die aandelen onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken (artikel 15 lid 2 Wet VPB 1969).<sup>22</sup> Indien een moedermaatschappij tezamen met dochtermaatschappijen middellijk ten minste 95% van de aandelen van elke soort van een kleindochter bezit, is een fiscale eenheid met die kleindochter mogelijk. Aandelen die gehouden worden door tussenkomst van een dochtermaatschappij die zelf geen deel uitmaakt van de fiscale eenheid tellen niet mee bij de vaststelling of aan de bezitseis wordt voldaan.

In jointventure-verhoudingen wordt vaak gebruik gemaakt van een fiscaal transparante vennootschap (VOF/CV). Van belang kan zijn de vraag hoe men de bezitseis dient toe te passen indien een fiscaal transparante vennootschap tussen een gevoegde moedermaatschappij en dochtermaatschappij wordt “tussengeschoven”. De juridische eigendom van de aandelen in een dochtermaatschappij die gehouden worden via bijvoorbeeld een vennootschap onder firma, berust bij een of meer vennoten en niet bij de vennootschap onder firma, aldus de staatssecretaris.<sup>23</sup> Voor de VOF of CV (zonder rechtspersoonlijkheid) is dat een juist standpunt. De staatssecretaris is derhalve van mening dat alleen de vennoot die de juridische eigendom van ten minste 95% van de aandelen bezit en op grond van de vennootschapsovereenkomst gerechtigd is tot ten minste 95% van de opbrengst van de aandelen in aanmerking kan komen om met die dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen. Over de wellicht binnen afzienbare tijd in te voeren openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid (OVR) of de commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid (CVR) wordt door de staatssecretaris niets gezegd.<sup>24</sup> Een OVR en een CVR zullen straks zelf juridisch en economisch gerechtigden kunnen zijn van de aandelen in een dochtermaatschappij. Bij het Ministerie van Financiën bestaat het voornemen deze rechtsvormen ook als fiscaal transparant

20. Kamerstukken II 1999/2000, 26 854, nr. 3, p. 31.

21. Zie noot 20.

22. Onder oude regeling zie punt 2.1. van de toelichting bij de standaardvoorwaarden.

23. Kamerstukken I, 26 854, nr. 45a, p.4 (NV).

24. Zie het wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 van het Burgerlijk Wetboek zoals ingediend bij de Tweede Kamer (nummer van het wetsontwerp: 28 746) waarbij blijkens artikel 7:802 BW door openbare vennootschappen rechtspersoonlijkheid kan worden verkregen indien dit in de overeenkomst is bepaald en de overeenkomst in een notariële akte is opgenomen zulks met ingang van de dag volgend op die waarop zij onder opgave van haar rechtspersoonlijkheid in het handelsregister is ingeschreven.

aan te merken.<sup>25</sup> Aan het bezitscriterium wordt niet voldaan immers de juridische eigendom zit niet bij de moedermaatschappij of bij een gevoegde dochtermaatschappij. Als dochtermaatschappij kan de OVR of CVR blijken de tekst van artikel 15 Wet VPB 1969 niet kwalificeren.<sup>26</sup> De moedermaatschappij voldoet derhalve ook niet middellijk aan het bezitscriterium. Wil men met behoud van de fiscale eenheid binnen die bestaande fiscale eenheid na het inwerkingtreden van titel 13 van Boek 7 BW een OVR/CVR “tussenschuiven” of een al eerder tussengehoven personenvennootschap (VOF/CV) rechtspersoonlijkheid laten verkrijgen (OVR/CVR), dan zal een aanpassing van artikel 15 Wet VPB 1969 nodig zijn.

#### *Voeging vóór de juridische levering*

Op het voegingstijdstip dient de moedermaatschappij de juridische en economische eigendom te hebben van ten minste 95% van de aandelen in de dochtermaatschappij. Vanwege langdurige onderhandelingen over de koopprijs van de aandelen zal het niet altijd mogelijk zijn de economische en de juridische eigendom van de aandelen op hetzelfde moment te verkrijgen, terwijl het wel wenselijk kan zijn om direct na het sluiten van de koopovereenkomst met de dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen. Die wens zou vervuld kunnen worden indien op het voegingstijdstip aan het bezitscriterium en de overige voorwaarden wordt voldaan, omdat onder de nieuwe regeling de fiscale eenheid kan worden aangegaan op een door de belastingplichtige zelf te bepalen tijdstip. In artikel 4 lid 1 van het Besluit geeft de staatssecretaris een praktische oplossing waarbij de fiscale eenheid direct na de economische eigendomsoverdracht kan ingaan onder de voorwaarde dat de juridische levering volgt binnen vijf werkdagen na de verkrijging van de economische eigendomsoverdracht. Het gaat dan in feite om de datum van koop en het maakt niet uit of de koopprijs is vastgesteld op basis van bijvoorbeeld een balans van één jaar geleden.<sup>27</sup> De juridische overdracht wordt geacht tot stand te zijn gekomen gelijktijdig met de economische overdracht, tenzij door partijen niet is beoogd de juridische levering onverwijld te doen geschieden na de economische eigendomsovergang. Overeenkomstig de uitspraak van de Hoge Raad (HR 10 januari 2001, BNB 2001, 254) mag de periode na de koop alleen worden benut voor het onverwijld afwikkelen van de koopovereenkomst. De staatssecretaris heeft bij die onverwijld afwikkeling van de koop onder meer gedacht aan de situatie waarbij de verkoper na de economische eigendomsovergang nog zelf bepaalt hoe hij zijn stem uitbrengt op de aandelen. Volgens de staatssecretaris zal dan over die vijf werkdagen het stemrecht op de aandelen door de verkoper uitgeoefend dienen te worden conform de instructies van de koper. Het lijkt raadzaam om in voorkomende gevallen daarvoor een nadere regeling op te nemen in de overnameovereenkomst. In het Besluit is thans een regeling opgenomen waarbij de hiervoor genoemde termijn van vijf werkdagen op verzoek

kan worden verlengd ten hoogste tot drie maanden (dus niet met drie maanden). De termijn van drie maanden loopt dan gelijk aan de termijn waarbinnen na het beoogde voegingstijdstip het verzoek om een fiscale eenheid moet worden gedaan. De omstandigheden die tot de verlenging nopen moeten wel gelegen zijn buiten de invloedssferen van partijen. Als zodanige omstandigheden noemt de staatssecretaris een noodzakelijke decertificering en een noodzakelijke toestemming van de Nederlandse mededingingsautoriteit.

Is de verwijzing van de staatssecretaris naar de instemming van de genoemde autoriteit juist? Bij een overname mag er op grond van het mededingingsrecht nog geen binding zijn voordat de autoriteiten zich daarover in positieve zin hebben uitgelaten. Een koopovereenkomst zou eventueel aangegaan kunnen worden onder de voorwaarde dat de instemming wordt verkregen. De koopovereenkomst en de economische eigendomsoverdracht in fiscale zin zal eerst tot stand komen na de vervulling van de voorwaarde. De aandelen kunnen vervolgens binnen vijf werkdagen juridisch worden geleverd. Een verlenging van de termijn tot ten hoogste drie maanden zal normaliter niet meer nodig zijn.

Zou bij een verlenging ook gelden dat de periode tussen het moment van de economische eigendomsoverdracht en het moment van de juridische overdracht alleen wordt benut om de koopovereenkomst onverwijld af te wikkelen? De staatssecretaris noemt dit expliciet in de toelichting en derhalve zal aangenomen mogen worden dat zijns inziens het stemrecht op de aandelen gedurende de verlengde termijn alleen op instructie van de overnemer mag worden uitgeoefend. Het geven van deze instructies door de overnemer zal evenwel niet mogelijk zijn voordat de instemming door de hiervoor genoemde autoriteiten is gegeven.<sup>28</sup> Een overdracht van zeggenschap de jure of de facto leidt

25. Zie daaromtrent het voornemen vermeld in de memorie van toelichting bij het onder de vorige noot vermelde wetsvoorstel. De fiscale transparantie in de inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting zou worden gehandhaafd ongeacht of deze vennootschappen rechtspersoonlijkheid hebben. Voor de heffing van overdrachtsbelasting wil de staatssecretaris wel gevolgen verbinden aan de keuze voor rechtspersoonlijkheid. De transparantievraag staat dus los van de vraag of er voor de uitkeringen een uitkeringsbesluit nodig is. Ik vraag me af of dit zo wel zal blijven (vergelijk artikel 3 lid 1 onderdeel c van Besluit fiscale eenheid 2003 voor vreemdrechtelijke lichamen waarbij dit criterium wel zou spelen). Zie nader hierover en over de voorgeschiedenis de aantekening in VN 2003, nr. 13, p. 36-37.
26. Als Nederlandse rechtspersonen die deel kunnen nemen aan een fiscale eenheid worden in de wet genoemd de in Nederland gevestigde B.V. en N.V. en, voor zover het moedermaatschappijen betreft, tevens coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (artikel 15 lid 3 onderdeel d en e Wet VPB 1969).
27. Kamerstukken I 2002/2003, 26 854, nr. 45a, p.5. Tussen de datum van de (interim)balans en de koop behoudt de verkoper de economische eigendom. Fiscaal is er geen sprake van terugwerkende kracht ten aanzien van de economische eigendom.
28. Het was beter geweest om als voorbeeld te noemen het bij wege van voorlopige voorziening door de Ondernemingskamer uitgesproken voorlopig verbod om aandelen ter uitvoering van een koop te leveren met een tijdelijke overdracht ten titel van beheer.

tot een overtreding van artikel 34 van de Mededingingswet.<sup>29</sup>

En hoe zit het nu met die noodzakelijke decertificering die volgens de staatssecretaris tot een uitstel (verlenging) kan leiden van het moment van juridische overdracht? Onder het oude beleid kon men in alle gevallen – ook als de moedermaatschappij al gedurende lange tijd houder was van de certificaten – decertificeren binnen drie maanden na het gewenste voegingstijdstip en werd de moedermaatschappij geacht de juridische eigendom van de aandelen te hebben op het voegingstijdstip. Op grond van de tekst van artikel 4 van het Besluit kan de verlengingstermijn van drie maanden alleen gebruikt worden indien de moedermaatschappij de economische eigendom van de aandelen onlangs heeft verkregen en de aandelen vervolgens binnen ten hoogste drie maanden na de verkrijging van de economische eigendom worden gedecertificeerd. Indien er niet sprake is van een acquisitie van de certificaten en de moedermaatschappij al langere tijd de certificaten hield, dan dient eerst gedecertificeerd te worden. Pas na de decertificering kan een fiscale eenheid worden gevormd, omdat dan pas aan het bezitsvereiste is voldaan. Van de terugwerkende kracht van drie maanden zal mijns inziens op grond van de tekst van het Besluit dan geen gebruik gemaakt kunnen worden.

#### *Aansluitende fiscale eenheid*

In de praktijk is het lastig doch wel vaak wenselijk om bij een aansluitende fiscale eenheid de tijdstippen samen te laten vallen met de aanvang van het statutaire boekjaar (bijvoorbeeld de eerste dag van het boekjaar is geen werkdag). Artikel 4 lid 2 van het Besluit geeft daarvoor de volgende oplossing: de overeenkomst met de economische eigendomsoverdracht van de aandelen in de dochtermaatschappij wordt gesloten op de eerste werkdag na de aanvang van het boekjaar van de dochtermaatschappij; alsdan wordt de economische eigendom geacht reeds te zijn overgegaan bij de aanvang van dat boekjaar. Tussentijdse fiscale jaarstukken zijn niet nodig, omdat het gehele voorafgaande boekjaar de dochtermaatschappij tot de fiscale eenheid van de oude moedermaatschappij behoorde en vanaf de aanvang van het nieuwe boekjaar wordt opgenomen in de fiscale eenheid van de nieuwe moedermaatschappij. Vervolgens zal binnen vijf werkdagen (of inclusief verlenging binnen drie maanden) de juridische levering dienen plaats te vinden en dient de koopovereenkomst onverwijld te worden afgewikkeld.<sup>30</sup> Voor de praktijk is het van belang dat onomstotelijk vast staat dat de koopovereenkomst op de gewenste dag tot stand is gekomen en een registratie van de koopovereenkomst bij Registratie en Successie of het aanhechten aan een notariële akte van depot is daarbij aan te raden.<sup>31</sup>

#### *Bestaande fiscale eenheid*

Blijkens Overgangsbepaling IV kan een bestaande fiscale eenheid voor twee jaar opteren voor het oude regime.

Zonder optie zal een bestaande fiscale eenheid geacht worden te zijn “doorgestart” onder het nieuwe regime. Men dient er op te letten dat zowel bij een optie als bij een “doorstart” aan alle vereisten voor het aangaan van een fiscale eenheid onder de nieuwe regeling wordt voldaan. Indien bijvoorbeeld een minderheidsaandeelhouder één prioriteitsaandeel houdt en de moedermaatschappij alle gewone aandelen houdt, wordt niet voldaan aan het vernieuwde bezitscriterium. In dat geval zal er geen sprake kunnen zijn van een doorstart van rechtswege en zal ook een oude fiscale eenheid niet na een verzoek kunnen worden voortgezet. Ik hoop dat er niet veel oude fiscale eenheden zullen zijn die vanwege de wijzingen in het bezitscriterium zijn of worden beëindigd met ingang van het tijdstip waarop de nieuwe regeling op hen van toepassing werd of wordt.

#### 4. Boekjaar/Heffingstijdvakken

Onder de oude regeling voor de fiscale eenheid dienden de boekjaren van de moedermaatschappij en dochtermaatschappij samen te vallen en vond de heffing altijd plaats over het gehele boekjaar. Nu een fiscale eenheid ook in de loop van een boekjaar kan worden gevormd, maakt de wet onderscheid in een heffing in tijdvakken. Uitgangspunt is dat de tijdvakken (lees in beginsel boekjaren) waarover de belasting wordt gegeven voor moedermaatschappij en dochtermaatschappij samen dienen te vallen (artikel 15 lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969). Het gedeelte van het boekjaar waarin de belastingplichtige geen deel (meer) uitmaakt van de fiscale eenheid wordt in fiscale zin als een afzonderlijk jaar aangemerkt (artikel 7 lid 4 Wet VPB 1969) doch wordt voor de toepassing van artikel 15 lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969 – dat wil zeggen voor de vraag of de boekjaren gelijk lopen – niet als afzonderlijk tijdvak aangemerkt. Over dat tijdvak is er geen sprake van een fiscale eenheid en winsten en verliezen over dat tijdvak worden niet toegerekend aan de fiscale eenheid. Voor een in het eerste boekjaar na haar oprichting te voegen moedermaatschappij of dochtermaatschappij zal meestal niet aan het vereiste dat de boekjaren gelijk lopen worden voldaan. Artikel 5 van het Besluit geeft een oplossing. Voor het eerste boekjaar van een nieuw opgerichte dochtermaatschappij moet het eerste boekjaar worden afgesloten op hetzelfde tijdstip als waarop de moedermaatschappij het op het voegingstijdstip lopende boekjaar afsluit.

29. Dit zou conform het eigen beleid van Financiën zijn; zie het Besluit van 15 december 1997, nr. DB 97/4794, NV 1998, 2.28 betreffende een aanpassing van de regeling inzake de fiscale eenheid in verband met de ingevoerde toets door de NMa.

30. Prettig voor de notaris nu die niet noodzakelijk op nieuwjaarsdag in actie hoeft te komen.

31. I.de Roos en R.J. de Vries, t.a.p., p. 2781, pleiten voor een nadere invulling om het precieze tijdstip van de overgang vast te stellen en adviseren aansluiting bij de publicatie van 18 juli 1989, nr. DB 88/4852, VN 1989, p-2825-2827, nr. 16). Blijkens die publicatie dient de onherroepelijke koopovereenkomst – mede omvattende de prijsafspraken – binnen één week na het sluiten te zijn geregistreerd.

Ditzelfde geldt ook voor een nieuw opgerichte moedermaatschappij maar alsdan geldt bovendien dat het eerste boekjaar van de moedermaatschappij ook op het moment van het sluiten van het eerste boekjaar statutair dient te eindigen (dus kort boekjaar). Voor een nieuw opgerichte dochtermaatschappij geldt derhalve dat het eerste statutaire boekjaar lang of kort mag zijn zolang er maar feitelijk gelijktijdig met de moedermaatschappij wordt afgesloten. Artikel 5 van het Besluit kent ook een bijzondere regeling voor een reeds bestaande dochtermaatschappij waarvan het boekjaar statutair nog niet maar feitelijk wel reeds samenvalt met dat van de moedermaatschappij. Bij wijze van fictie wordt dan toch geacht te zijn voldaan aan het vereiste dat de heffingstijdvakken samenvallen mits vóór het voegingstijdstip door het bevoegde orgaan van de dochtermaatschappij het besluit is genomen tot wijziging van het statutaire boekjaar zodanig dat het *samenvalt* met dat van de moedermaatschappij en mits – indien dat nodig is – vóór het voegingstijdstip ter zake de verklaring van geen bezwaar is aangevraagd en de statutenwijziging binnen twee weken na de afgifte van de verklaring van geen bezwaar heeft plaatsgevonden. Indien niet binnen twee weken wordt gepasseerd dan kan later nog worden gepasseerd als de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de omstandigheid tot de overschrijding van de termijn buiten zijn invloedssfeer ligt en hij de statutenwijziging zo spoedig mogelijk na de afgifte van de verklaring van geen bezwaar heeft doen plaatsvinden. Onder de oude regeling voor de fiscale eenheid was het alleen mogelijk te voegen bij de aanvang van het boekjaar. Onder de nieuwe regeling is de eis gehandhaafd dat de boekjaren statutair en feitelijk dienen samen te vallen. Nu echter ook in de loop van een boekjaar kan worden gevoegd, zal wellicht wat gegoocheld moeten worden met statutaire boekjaren. Wat dient men te doen indien de akte niet voor de aanvang van het nieuwe boekjaar kan worden getekend of indien als voegingstijdstip een ander moment in de loop van een boekjaar wenselijk wordt geacht? Volgens voormeld artikel is het niet nodig dat de akte van statutenwijziging wordt gepasseerd voor het gewenste voegingstijdstip in de loop van een boekjaar of wel voor het moment waarop het nieuwe statutaire boekjaar een aanvang heeft genomen. De staatssecretaris gaat er blijkbaar (wederom) zonder meer van uit dat in een notariële akte van statutenwijziging het boekjaar met terugwerkende kracht kan worden gewijzigd.

Stel moedermaatschappij A heeft een statutair boekjaar gelijk aan het kalenderjaar en de reeds bestaande dochtermaatschappij B heeft een statutair boekjaar dat loopt van 1 mei tot en met 30 april. Ik noem twee varianten.

1 A wenst B te voegen per 1 april. Indien het boekjaar van B feitelijk gelijk is aan dat van A, zal B ook nog het statutaire boekjaar dienen te laten samenvallen met dat van A. Als ik de staatssecretaris goed begrijp betekent het samenvallen van de boekjaren dat bij A en B het boekjaar op hetzelfde moment begint en eindigt. Dit

zou betekenen dat het lopende statutaire boekjaar van B met terugwerkende kracht zou moeten worden gewijzigd (aanvang per 1 januari) en pas op 31 december dient te worden afgesloten. Ik zou menen dat dat niet kan. Of is de staatssecretaris van mening dat de tekst van artikel 5 van het Besluit anders gelezen dient te worden?

2 A wenst te voegen per 1 juni (of een later moment in dat jaar). Zou ook nu het statutaire boekjaar met terugwerkende kracht naar 1 januari moeten worden gewijzigd? Naast de problematiek van de terugwerkende kracht, is nu bovendien het boekjaar van B op 30 april inmiddels al geëindigd. Ook nu meen ik dat dit niet kan.

Het is in de literatuur geen uitgemaakte zaak of een wijziging van het statutaire boekjaar met terugwerkende kracht rechtens geoorloofd is. In de literatuur is er geen grote steun te vinden voor de stelling dat een statutenwijziging terugwerkende kracht kan hebben.<sup>32</sup> Ook de Hoge Raad heeft zich er niet expliciet over uitgelaten of een terugwerkende kracht rechtens geoorloofd is.<sup>33</sup> Als notaris zou ik me er maar verre van houden om een statutenwijziging te passeren waarbij achteraf een uit de statuten blijkend lopend boekjaar al bleek te zijn afgelopen (hiervoor variant 1) en waarbij achteraf zelfs inbreuk wordt gemaakt op een reeds geëindigd statutair boekjaar (hiervoor variant 2) en waarbij in beide gevallen achteraf op een moment gelegen voor het passeren een nieuw boekjaar is aangevangen. Voor derden is het door de raadpleging van de statuten niet kenbaar dat het boekjaar is geëindigd en dat een nieuw boekjaar is aangevangen. De rechtszekerheid is in het geding als er zonder meer van wordt uitgegaan dat een statutenwijziging terugwerkende kracht kan hebben.

Het Besluit (alsmede artikel 15 lid 3 onderdeel a Wet VPB 1969) dient mijns inziens te worden aangepast, indien men de gewenste versoepeling van het moment van voeging daadwerkelijk wenst te bereiken. Een aanpassing van het boekjaar van de moedermaatschappij zal om verschillende redenen niet de oplossing zijn (bijvoorbeeld vanwege een reeds bestaande fiscale eenheid). De staatssecretaris had mijns inziens moeten regelen dat het boekjaar van de te voegen dochtermaatschappij feitelijk wordt afgesloten op de dag dat het statutaire boekjaar van de moedermaatschappij eindigt onder de verplichting om het alsdan lopende statutaire boekjaar van de dochtermaatschappij te laten eindigen op de dag dat het eerste boekjaar van de moedermaatschappij na voeging eindigt. De dochtermaatschappij heeft dan een lang of kort statutair boekjaar dat op hetzelfde moment eindigt als dat van de moeder-

32. Voor een overzicht van diverse standpunten zie P.A. van Onzenoort, "Statutenwijziging en terugwerkende kracht", De Naamlooze Vennootschap 74, p.212-213 en Asser-Maeijer 2-III, nr. 540 waarin Maeijer meedeelt "Bijzondere gevallen waarin een dergelijke terugwerkende kracht wel aanvaardbaar zou zijn, zie ik voorshands niet."

33. Zie HR 18 december 1991, NJ 1992, 334 m. nt. Ma. De belastingdienst (sic!) volgde in casu de terugwerkende kracht niet en legde een aanslag op over een langer tijdvak.

maatschappij. De samenvallende van het statutaire aanvangstijdstip in het jaar van voeging zou evenals bij een in het jaar van voeging op te richten dochtermaatschappij niet meer nodig zijn.<sup>34</sup>

##### 5. Verbreking fiscale eenheid zonder terugwerkende kracht

Onder de nieuwe regeling eindigt een fiscale eenheid direct indien niet langer aan de bij of krachtens de wet gestelde vereisten (zoals het bezitsvereiste of gelijklopende boekjaren) wordt voldaan. Een fiscale eenheid eindigt bijvoorbeeld indien de moedermaatschappij na een uitgifte van aandelen van een bepaalde soort aan werknemers niet (meer) 95% van de aandelen van elke soort bezit. De fiscale eenheid eindigt voorts indien de in het buitenland gevestigde belastingplichtige die met zijn vaste inrichting in Nederland deel uitmaakt van die fiscale eenheid, de plaats van werkelijke leiding naar Nederland verplaatst. Ook eindigt de fiscale eenheid indien de belastingplichtige de plaats van werkelijke leiding verplaatst naar het buitenland met achterlating van een vaste inrichting in Nederland.<sup>35</sup> In al deze gevallen eindigt de fiscale eenheid niet meer met terugwerkende kracht naar de aanvang van het boekjaar maar op het moment dat niet meer aan de vereisten wordt voldaan of op het tijdstip dat de zetel wordt verplaatst. Bij een verbreking van de fiscale eenheid in de loop van een boekjaar zal – evenals bij een voeging in de loop van een boekjaar – een tussentijdse vermogensopstelling moeten worden opgesteld.

De fiscale eenheid kan ook nog – evenals voorheen – worden verbroken op gezamenlijk verzoek van de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij. De fiscale eenheid eindigt dan met ingang van het in het verzoek genoemde tijdstip. Dat tijdstip kan niet liggen vóór de datum van de indiening van het verzoek. Ook een verzoek kan derhalve niet leiden tot een ontvoeging met terugwerkende kracht.

##### *Uitzonderingen met terugwerkende kracht*

Indien een fiscale eenheid wordt verbroken in hetzelfde boekjaar als dat waarin de fiscale eenheid met de dochtermaatschappij is ontstaan, wordt de fiscale eenheid met die dochtermaatschappij geacht niet tot stand te zijn gekomen (artikel 15 lid 7 Wet VPB 1969). De staatssecretaris wil hiermee voorkomen dat in een boekjaar onnodig veel perioden onderkend moeten worden waarin wel of geen sprake is van een fiscale eenheid ten aanzien van de belastingplichtige.

Er is nog een andere situatie waarin de fiscale eenheid toch met terugwerkende kracht wordt verbroken. Blijkens de overgangsbepaling IV kunnen belastingplichtigen met een oude fiscale eenheid een verzoek doen om nog twee jaar te opteren voor het oude regime. Het oude regime blijft dan van toepassing tot het einde van het boekjaar van die belastingplichtige volgend op het eerste boekjaar dat is aangevangen op of na 1 januari 2003. Dit betekent dat

indien in de loop van een boekjaar de fiscale eenheid eindigt de verbreking plaats vindt onder het oude regime met terugwerkende kracht naar het begin van het boekjaar.<sup>36</sup>

##### *Sanctie*

Bij een verbreking kan de sanctie van artikel 15 AI Wet VPB 1969 van belang zijn. De sanctie beoogt te voorkomen dat binnen een fiscale eenheid tal van vermogensbestanddelen met (stille) reserves worden verschoven (in fiscale zin geen overdracht en dus geen heffing) waarna de (stille) reserves onbelast kunnen worden geïnd door gebruik te maken van de deelnemingsvrijstelling. Onder de oude zestiende standaardvoorwaarde was er als sanctie een verplichte herwaardering van alle vermogensbestanddelen van de dochtermaatschappij doch trad de sanctie pas in werking als er sprake was van een “te goede komen” en daarvan was normaal gesproken sprake bij een vervreemding van de aandelen. Bij een ontvoeging onder de nieuwe regeling worden alleen de binnen de fiscale eenheid verschoven vermogensbestanddelen waarin op het moment van de overdracht een stille reserve aanwezig was, gesteld op de waarde in het economische verkeer op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan het ontvoegingstijdstip. En indien aannemelijk wordt gemaakt dat de waarde ten tijde van de overdracht lager was dan op het ontvoegingstijdstip, kan worden volstaan met die lagere waarde (artikel 15 AI leden 1 en 2 Wet VPB 1969). De sanctie is niet van toepassing indien na het tijdstip van de overdracht ten minste zes kalenderjaren zijn verstreken. Deze termijn kan worden verkort tot drie kalenderjaren na de interne overdracht indien bij de interne reorganisatie sprake was van een overdracht van een onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan tegen uitreiking door de dochtermaatschappij van eigen aandelen (de bedrijfsfusie tegen aandelen binnen de fiscale eenheid).<sup>37</sup> Evenals in artikel 14 Wet VPB 1969 wordt geëist dat de overdracht geschiedt tegen uitreiking van aandelen. De memorie van toelichting spreekt over uitsluitend tegen uitreiking van

34. Over het tijdvak voor de voeging zal bij de dochtermaatschappij zelf vennootschapsbelasting worden geheven. Op het tijdstip van de voeging zal aan de hand van een tussentijdse vermogensopstelling een toerekening van vermogen van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij plaatsvinden en vanaf de voeging zal bij de moedermaatschappij vennootschapsbelasting worden geheven.

35. Een naar Nederlands recht opgericht lichaam dat feitelijk in het buitenland is gevestigd valt buiten het regime van de fiscale eenheid, omdat de vestigingsplaatsfictie van artikel 2 lid 4 Wet VPB 1969 voor de toepassing van de fiscale eenheid is uitgesloten.

36. Voorts heeft het nieuwe regime gevolgen voor gevoegde lichamen die naar het recht van Nederland zijn opgericht en die feitelijk in het buitenland zijn gevestigd. Vanaf 1 januari 2003 kunnen die lichamen niet meer worden gevoegd. Indien dergelijke lichamen deel uitmaken van een bestaande fiscale eenheid, dan wordt die fiscale eenheid verbroken, tenzij de werkelijke leiding van dat lichaam binnen één jaar (na 1 januari 2003) naar Nederland wordt verplaatst (Overgangsbepaling VI lid 3 van de Wet van 11 december 2002).

37. Het gaat hier om een periode van drie respectievelijk zes maal 365 dagen, aldus de staatssecretaris en dat zal bij de eerstvolgende gelegenheid worden hersteld. Kamerstukken I 2002/2003, 26 854, nr. 45a, p. 2 (NV). Een verkorting van de periode is tevens van belang voor een fiscale due diligence



aandelen. Ook een vervreemding van ingekochte aandelen valt mijns inziens onder het begrip uitreiking. Er wordt niet geëist dat de aandelen tegen nominale waarde worden uitgegeven. Dit betekent mijns inziens dat een uitgifte van aandelen tegen inbreng van een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming waarbij tevens agio wordt bedongen of waarbij de meerwaarde van de inbreng boven de nominale waarde als agio wordt geboekt tot een verkorting van de sanctietermijn zal leiden. Over de mogelijkheid een deel van de “meerwaarde” te crediteren zegt de wet niets. Bij een gefaciliteerde bedrijfsfusie van artikel 14 Wet VPB 1969 is een afrondingscreditering wel uitdrukkelijk toegestaan. Een creditering zal derhalve – naar ik aanneem – bij een overdracht binnen fiscale eenheid niet (meer) zijn toegestaan indien men de sanctietermijn wenst te verkorten. Maar hoe zit het met de regelmatig in de praktijk voorkomende situatie waarbij de inbreng geschiedt ter nadere storting op reeds eerder geplaatste aandelen? De staatssecretaris heeft naar aanleiding van een vraag van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs geantwoord dat de inbreng van een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming als informele kapitaalstorting (zonder dat een tegenprestatie is bedongen) niet leidt tot een verkorting van de sanctietermijn, omdat zich alsdan per definitie geen uitreiking van aandelen voordoet. Maar hoe zit het nu als een moedermaatschappij als overdrager en een gevoegde dochtermaatschappij als overnemer een nadere storting overeenkomen in de vorm van een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming? Het betreft hier in feite een storting van agio op reeds geplaatste aandelen waarbij ook het opgeofferde bedrag van die aandelen voor de deelnemingsvrijstelling wordt verhoogd. De waarde van de inbreng zal als agio worden geboekt en verschijnt in de jaarrekening (na de vaststelling daarvan). Naar de letterlijke tekst van artikel 15 AI lid 3 onderdeel b Wet VPB 1969 zal deze nadere storting zonder uitreiking van aandelen niet leiden tot een verkorting van de sanctietermijn. Ik zie geen reden om in dit geval niet ook de termijn te verkorten.<sup>38</sup>

### *Slot*

Vanwege de verlaagde bezitseijs zal een fiscale eenheid eerder dan voorheen mogelijk zijn. Is het kapitaal van een vennootschap verdeeld in soorten aandelen, dan zal men alert moeten zijn. Bij het opstellen van statuten met prioriteitsaandelen is het mogelijk de fiscale “soortbenadering” “weg te schrijven”. Doorslaggevende zeggenschap lijkt voor de moeder niet van belang. Voor bestaande fiscale eenheden met soort aandelen die niet direct aan het vernieuwde bezitsvereiste voldoen, eindigt de fiscale eenheid. Met name bij aandelenoverdrachten, statutenwijzigingen en verpandingen zal men op moeten letten dat de fiscale eenheid niet direct wordt verbroken. Een verkorting van de sanctietermijn van zes naar drie jaar na een inbreng van een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming ter nadere storting op reeds geplaatste aandelen lijkt niet meer dan redelijk.

De mogelijkheid om in de loop van een boekjaar een bestaande vennootschap te voegen leidt in verband met de voorwaarde van de samenvallende statutaire boekjaren tot verwarring. Van het notariaat mag niet worden verwacht dat men een statutenwijziging passeert met terugwerkende kracht. Een aanpassing of verduidelijking van de wet, het Besluit en de toelichting lijkt nodig.<sup>39</sup>

38. Overigens vindt de sanctie(termijn) geen toepassing als de overdracht heeft plaatsgevonden in het kader van een bij de aard en omvang van de overdrager en overnemer passende normale bedrijfsuitoefening (bijvoorbeeld de overdracht van de fabrikant van het product aan de verkoopmaatschappij van het product).

39. De nieuwe regeling leidt wel tot een uniforme regeling voor alle fiscale eenheden doch kan niet als eenvoudig worden bestempeld. De nieuwe regeling wordt kortom echt voer voor specialisten.