

# **HET FACILITËREN VAN EEN INTERNE REORGANISATIE IN DE VENNOOTSCHAPSBELASTING**

*Een vergelijkend onderzoek naar de verschillende faciliteiten in de  
vennootschapsbelastingwetgeving waarmee een interne reorganisatie fiscaal  
kan worden gefacilieerd*

**Auteur:**

R.E.J. Dolfin, Korvezeestraat 261, 2628DM Delft

Telefoonnummer : 06-47116189

Studentnummer : 253953

**Scriptiebegeleider:**

Prof. dr. J.C.M. van Sonderen

## Inhoudsopgave

Voorwoord.....	IV
Lijst van gebruikte afkortingen .....	V
H1; Inleiding.....	1
§1.1; Interne reorganisatie in de vennootschapsbelasting .....	1
§1.2; Het begrip ‘interne reorganisatie’ .....	1
§1.3; Het onderzoek .....	2
§1.4; Opzet van het onderzoek en nadere opmerkingen.....	3
H2; Interne reorganisatie met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit.....	4
§2.1; Inleiding.....	4
§2.2; Artikel 14 Wet Vpb'69.....	4
§2.3; De interne reorganisatie met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit.....	5
§2.4; Een nadere beschouwing van enkele voorwaarden van de bedrijfsfusiefaciliteit .....	6
§2.4.1; Subjecten bij de bedrijfsfusiefaciliteit.....	6
§2.4.2; Het voorwerp van de overdracht.....	8
§2.4.3; Tegenprestatie bij de overdracht van (een zelfstandig onderdeel) de onderneming .....	8
§2.4.4; verliesverrekening bij de concernlichamen na de interne reorganisatie .....	9
§2.4.5; De antimisbruikbepaling van de bedrijfsfusiefaciliteit .....	10
§2.4.6; Winstdrainage en de bedrijfsfusiefaciliteit.....	11
H3; De interne reorganisatie met behulp van de juridische splitsingsfaciliteit .....	14
§3.1: Artikel 14a Wet Vpb'1969 .....	14
§3.2; De interne reorganisatie met behulp van de afsplitsingsfaciliteit.....	15
§3.3; Een nadere beschouwing van enkele voorwaarden bij de juridische splitsingsfaciliteit .....	16
§3.3.1; Subjecten bij de juridische afsplitsingsfaciliteit.....	16
§3.3.2; Het voorwerp van de overdracht.....	17
§3.3.3; Tegenprestatie bij de overgang onder algemene titel.....	17
§3.3.4; Verliesverrekening bij concernlichamen na de interne reorganisatie.....	18
§3.3.5; De antimisbruikbepaling in de juridische splitsingsfaciliteit .....	18
§3.3.6; Winstdrainage en de juridische (af)splitsingfaciliteit.....	19
H4; De interne reorganisatie met behulp van de juridische fusiefaciliteit .....	21
§4.1; Artikel 14b Wet Vpb'1969.....	21
§4.2; De interne reorganisatie met behulp van de juridische fusiefaciliteit .....	21
§4.3; Een nadere beschouwing van enkele voorwaarden bij de juridische fusiefaciliteit .....	22
§4.3.1; Subjecten bij de juridische fusiefaciliteit .....	22
§4.3.2; Het voorwerp van de overdracht.....	23
§4.3.3; Tegenprestatie bij de overgang onder algemene titel.....	24
§4.3.4; Verliesverrekening bij concernlichamen na de interne reorganisatie.....	24
§4.3.5; Antimisbruikbepaling in de juridische fusiefaciliteit.....	25
§4.3.6; Winstdrainage en de juridische fusiefaciliteit .....	25
H5; Interne reorganisatie met behulp van het huidige fiscale eenheidsregime .....	27
§5.1; Inleiding.....	27
§5.2; Artikel 15 Wet Vpb'1969.....	27
§5.3; De interne reorganisatie met behulp van het fiscale eenheidsregime .....	27
§5.4; Een nadere beschouwing van enkele voorwaarden van het fiscale eenheidsregime.....	28

§5.4.1; De subjecten bij het fiscale eenheidsregime.....	28
§5.4.2; Het voorwerp van de interne reorganisatie.....	29
§5.4.3; Tegenprestatie bij een interne reorganisatie binnen de fiscale eenheid.....	29
§5.4.4; Verliesverrekening tijdens de FE en na ontvoeging.....	29
§5.4.5; De antimisbruikbepaling in het fiscale eenheidsregime.....	31
§5.4.6; Winstdrainage en het FE-regime.....	32
§5.4.7; De aansprakelijkheid voor belastingschulden.....	33
§5.5; Het overgangrecht herziening regime fiscale eenheid.....	33
H6; Interne reorganisatie met behulp van het nieuwe fiscale eenheidsregime.....	35
§6.1; Inleiding.....	35
§6.2; Artikel 15 Wet Vpb'1969.....	35
§6.3; Een nadere beschouwing van enkele voorwaarden van het nieuwe fiscale eenheidsregime.....	35
§6.3.1; De subjecten bij het nieuwe FE regime.....	35
§6.3.2; Het voorwerp van de interne reorganisatie.....	36
§6.3.3; Tegenprestatie bij een interne reorganisatie binnen de Fiscale eenheid.....	37
§6.3.4; Verliesverrekening tijdens de FE en na ontvoeging.....	37
§6.3.5; De antimisbruikbepaling in het fiscale eenheidsregime.....	39
§6.3.6; Winstdrainage en het nieuwe FE-regime.....	40
§6.3.7; De aansprakelijkheid voor belastingschulden.....	41
H7; De analyse.....	42
§7.1; Opzet van de analyse.....	42
§7.2; Overzicht van de toepassingsmogelijkheden van de faciliteiten bij een interne reorganisatie.....	42
§7.3; Analyse van de onderzoekspunten.....	43
§7.3.1; Tabellarisch overzicht van de voorwaarden van alle faciliteiten op de onderzochte punten.....	43
§7.3.2; De subjecten bij de interne reorganisatie.....	43
§7.3.3; Het voorwerp van de interne reorganisatie.....	44
§7.3.4; De tegenprestatie van de overdracht.....	45
§7.3.5; Verliesverrekening na een interne reorganisatie.....	47
§7.3.6; Antimisbruikbepaling.....	50
§7.3.7; Antiwinstdrainagebepaling.....	52
§7.3.8; Aansprakelijkheid voor belastingschulden.....	54
§7.4; Analyse van de faciliteiten.....	55
H8; Conclusie/ samenvatting en aanbevelingen.....	56
Literatuurlijst.....	61
Overzicht gebruikte jurisprudentie, resoluties/besluiten en kamerstukken.....	63
Bijlage.....	64
Register.....	67

## Voorwoord

Bijna vijf jaren geleden eindigde ik mijn Heao-opleiding aan de Christelijke Hogeschool Windesheim te Zwolle met het schrijven van een voorwoord voor mijn eindopdracht. Ik schreef deze scriptie destijds niet alleen maar samen met mijn (studie)vriend Rik. Na het succesvol afsluiten van de opleiding besloot ik samen met Wouter de wereld te verkennen. Een onbetaalbare ervaring rijker, maar een illusie armer besepte ik me bij terugkomst dat ik me verder wilde ontwikkelen. De interesse voor het recht in combinatie met economie was reeds op de Heao-opleiding gewekt. De keuze voor de opleiding Fiscaal recht was dan ook heel bewust, net als de keuze voor de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Na drie en een half jaar studie kan ik zeggen nooit spijt te hebben gehad van mijn keuze. Vooral de laatste jaren heb ik door participatie in de opleidingscommissie en deelname aan het bestuursteam van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid mijn plekje op de universiteit gevonden. Met name Daan heeft als medestudent de laatste jaren van mijn studie uiterst boeiend en competitief gemaakt. Ik wil hem dan ook als eerste danken voor zijn stimulerend enthousiasme en vriendschap.

Met het schrijven van dit voorwoord eindig ik mijn tweede afstudeerscriptie en daarmee ook (bijna) de opleiding Fiscaal recht. Het onderzoek is voorspoedig verlopen, al heb ik in eerste instantie wel moeten wennen aan de zelfwerkzaamheid. Vooral het formuleren van het onderzoeksdoel en de probleemstelling hebben achteraf gezien veel tijd in beslag genomen. Desalniettemin heb ik veel plezier gehad aan het schrijven van de eindopdracht en is het onderwerp mij steeds meer gaan boeien. Ik hoop dan ook dat andere lezers een stukje toegevoegde waarde kunnen vinden in deze scriptie, zodat ik een kleine bijdrage kan leveren aan de praktijk en de wetenschap.

Het schrijven van de scriptie zou echter niet zo voorspoedig zijn verlopen zonder de steun, het luisterend oor en vooral het geduld van mijn vriendin Shirley die mij dikwijls op zaterdag en/of zondag moest missen. Ook het nalezen van de scriptie op schrijf- en typefouten heeft zij dapper voor haar rekening genomen. Dankjewel liever!

Ook mijn begeleider Professor Van Sonderen komt veel dank toe voor zijn suggesties, kritische opmerkingen en de vrijgemaakte tijd. Tevens wil ik Ernst & Young Belastingadviseurs in Rotterdam bedanken voor het ter beschikking stellen van hun bibliotheek, databanken en overige faciliteiten.

Tot slot een dankwoord aan mijn ouders, die altijd in mij kunnen hebben geloofd, mij hebben gesteund in mijn keuzes en mij op wat voor manier dan ook in staat hebben gesteld deze en eerdere studies succesvol te beëindigen. Hiervoor ben ik jullie meer dan dankbaar!

*Ramon Dolfin, december 2002*

*'Bezie elk obstakel als een kans'  
(Dr. Wayne Dyer)*

## Lijst van gebruikte afkortingen

• Afsplitser	Afsplitsende vennootschap
• A-G	Advocaat-Generaal
• AVA	Algemene vergadering van aandeelhouders
• A.w.	Aangehaald werk
• AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
• BNB	Beslissingen in belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak
• BRK	Belastingregeling voor het Koninkrijk
• BV	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
• BW	Burgerlijk wetboek
• Dochter	Dochtermaatschappij
• EG	Europese gemeenschappen
• EK	Eerste Kamer
• EU	Europese Unie
• FE/ FE-regime	Fiscale eenheid/ Fiscale eenheidsregime
• FED	Fiscaal weekblad FED
• FM	Fiscale Monografieën
• HR	Hoge Raad der Nederlanden
• HvJ EG	Hof van Justitie van de EG
• IB'01	Inkomstenbelasting 2001
• MBB	Belastingbeschouwingen, onafhankelijk Maandblad voor Belastingrecht en Belastingpraktijk
• Moeder	Moedermaatschappij
• MvA	Memorie van Antwoord
• MvT	Memorie van Toelichting
• Nieuwe FE-regime	Herziening regime fiscale eenheid
• NnNV	Nota naar aanleiding van het Nader Verslag
• NnV	Nota naar aanleiding van het verslag
• NV	Naamloze vennootschap
• NvW	Nota van Wijziging
• Overnemer	Overnemende vennootschap
• Overdrager	Overdragende vennootschap
• SA	Société anonyme
• Stb.	Staatsblad
• TK	Tweede Kamer
• TFB	Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht
• TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
• Verdwijner	Verdwijvende vennootschap
• Verkrijger	Verkrijgende vennootschap
• V-N	Vakstudie Nieuws
• Vpb'69	Vennootschapsbelasting 1969
• Wet IB'01	Wet op de Inkomstenbelasting 2001
• Wet Vpb'69	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
• WFR	Weekblad voor Fiscaal Recht

## H1; Inleiding

### §1.1; Interne reorganisatie in de vennootschapsbelasting

In dit eerste hoofdstuk zal ik een uiteenzetting geven van het onderwerp van mijn afstudeerscriptie. Na deze introductie zal allereerst aandacht worden besteed aan het begrip 'interne reorganisatie' dat het uitgangspunt vormt van dit onderzoek. Ook de onderzoeksfiguur, die de basis is voor de bespreking van de verschillende faciliteiten zal hier worden besproken (zie §1.2; *Het begrip 'interne reorganisatie'*).

Vervolgens zal het onderzoek ter sprake komen (zie §1.3; *Het onderzoek*). In deze paragraaf zal naast de doelstelling van het onderzoek de probleemstelling worden gepresenteerd.

Tot slot zal een uiteenzetting worden gegeven van de verdere aanpak (zie §1.4; *Opzet van het onderzoek en nadere opmerkingen*). Deze uiteenzetting behelst een toelichting op de opbouw van het onderzoek en de indeling van de scriptie. Tevens zullen in deze paragraaf enkele algemene opmerkingen worden gemaakt.

### §1.2; Het begrip 'interne reorganisatie'

Zowel uit de titel van deze afstudeerscriptie, de doelstelling en de probleemstelling blijkt dat het begrip interne reorganisatie de basis vormt van dit onderzoek. Nu eigenlijk het gehele onderzoek zal worden opgehangen aan dit begrip is een definitie onontbeerlijk.

Aangezien dit onderzoek zich afspeelt op het terrein van het belastingrecht en meer specifiek de vennootschapsbelasting, wil ik dezelfde definitie hanteren die Dijstelbloem in zijn boek: *Fiscale faciliteiten bij interne reorganisatie van NV en BV's*, hanteert<sup>(1)</sup>. Hij omschrijft de interne reorganisatie als: *het herschikken van activa en passiva binnen concernverband, anders dan in het kader van de normale taakvervulling van tot het concern behorende vennootschappen*.

Een aantal belangrijke begrippen in deze omschrijving verdienen nadere aandacht. Zo spreekt de definitie over het *herschikken van activa en passiva*. Het herschikken van activa en passiva moet volgens Dijstelbloem ruim worden opgevat. Dit betekent dat de vorm waarin de rechtshandeling binnen het concern(verband) gestalte krijgt niet van belang is. De inhoud van het object, de soort tegenprestatie en de 'richting' van de rechtshandeling zijn met andere woorden onbelangrijk en alle verschijningsvormen worden geacht binnen het begrip *herschikken* te vallen.

Ook de termen *activa en passiva* dienen van een nadere toelichting te worden voorzien. Deze termen omvatten naast de overdracht van vermogensbestanddelen ook de overdracht van goodwill, voorzieningen en fiscale reserves. Een belangrijke inperking op het bovenstaande zijn de transacties *in het kader van de normale taakvervulling*. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht het verkopen van halffabrikaten in concernverband.

In de definitie is een sleutelrol weggelegd voor het begrip *concernverband*. Of een herschikking van activa en passiva valt te kwalificeren als een interne reorganisatie is grotendeels afhankelijk van de relatie tussen de vennootschappen die bij de herschikking betrokken zijn.

Het concernverband moet volgens Dijstelbloem worden gezocht in een bepaalde eenheid tussen vennootschappen<sup>(2)</sup>. Dijstelbloem benadert het concernbegrip in zijn boek aan de hand van de aandeelhoudersrelatie. Daarbij wordt voor een strikte definitie gekozen waarbij slechts een 100%-deelnemingsverhouding kwalificeert als een concernverband. Uit praktische overweging hanteert Dijstelbloem echter wel een marge van 10%. Zo zal een 90%-aandelenbezit van de moeder in de dochter voldoende zijn om te kunnen spreken van een concernverband als bedoeld in de definitie van het begrip interne reorganisatie. Overigens is het niet van belang of de in het concern verbonden vennootschappen een gelijksoortige onderneming uitoefenen dan wel organisatorisch of bedrijfseconomisch een eenheid vormen. Slechts het kwantitatieve aandelenbezit is bepalend.

Op basis van het bovenstaande zal de situatie waarbij een moedermaatschappij alle aandelen in de dochtermaatschappij bezit (100%), het uitgangspunt vormen van het verdere onderzoek. Alhoewel reeds vanaf

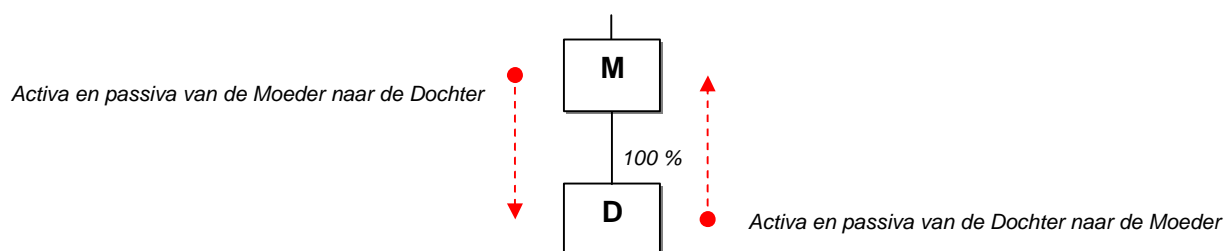
<sup>1</sup> H.G.M. Dijstelbloem, *Fiscale faciliteiten bij interne reorganisatie van NV en BV's*, Kluwer, Deventer 1984, hoofdstuk I, paragraaf 3.

<sup>2</sup> H.G.M. Dijstelbloem, a.w. hoofdstuk III.

een aandelenbezit van 90% sprake is van een concern, zal in dit onderzoek slechts een 100%-deelnemingsrelatie worden besproken. Overigens hoeft deze figuur niet bij aanvang van de interne reorganisatie te bestaan. Het is ook mogelijk dat slechts sprake is van één vennootschap die zelf een 100%-dochter opricht. In dit onderzoek zal echter de figuur waarin reeds een moeder-dochterrelatie bestaat het uitgangspunt zijn.

De moeder en de dochter zijn in dit onderzoek een NV of BV of een naar aard en inrichting vergelijkbare rechtsvorm opgericht naar buitenlands recht. Verder is zowel een herschikking van activa en passiva van de moeder naar de dochter als van de dochter naar de moeder, onderwerp van onderzoek.

Figuur 1: De basisfiguur van het onderzoek.



Het herschikken van activa en passiva tussen een moeder en een 100% dochter

### §1.3; Het onderzoek

In de vorige paragraaf is de definitie van het begrip interne reorganisatie uiteengezet en toegelicht. Ook is de basisfiguur van dit onderzoek geïntroduceerd.

Een interne reorganisatie tussen twee zelfstandig belastingplichtigen leidt normaliter tot het afrekenen over de stille reserves, goodwill en fiscale reserves. De vennootschapsbelastingwetgeving biedt de belastingplichtigen echter een aantal faciliteiten om het direct afrekenen uit te stellen. Zo kan door een beroep op de bedrijfsfusie-, juridische (af)splitsings- en fusiefaciliteit direct afrekenen over de aanwezige reserves en goodwill worden uitgesteld. Daarnaast kan ook het fiscale eenheidsregime (FE-regime) uitkomst bieden om een fiscaal geruisloze interne reorganisatie te bewerkstelligen. Uitstel van belastingheffing over de vermogenswinsten, goodwill en fiscale reserves door een beroep te doen op één van de faciliteiten is echter wel aan voorwaarden gebonden. Elke faciliteit kent zo zijn eigen regels waaraan de belastingplichtige moet voldoen om in aanmerking te komen voor fiscale faciëring. Zo worden onder andere voorwaarden gesteld aan de subjecten, het object, de tegenprestatie en de verliesverrekening. Verder zijn specifieke bepalingen opgenomen om misbruik van de faciliteit en winstdrainage te voorkomen en in sommige gevallen zijn specifieke eisen gesteld omtrent de aansprakelijkheid van belastingschulden.

In dit onderzoek wil ik een overzicht creëren van de verschillen en overeenkomsten op de hierboven genoemde onderzoekspunten tussen hiervoor opgesomde faciliteiten. Dit overzicht is overigens niet het einddoel van het onderzoek, maar vormt het uitgangspunt van een nadere analyse waarin ik wil trachten een beeld te schetsen van de sterke en zwakke aspecten van de diverse faciliteiten. De uitkomsten van deze analyse moeten ertoe bijdragen dat de belastingplichtige die een fiscaal geruisloze interne reorganisatie wenst te bewerkstelligen, een weloverwogen keuze kan maken uit het (ruime) aanbod van faciliteiten die de vennootschapsbelastingwetgeving biedt.

Om bovenstaande **doelstelling** te realiseren ben ik tot de volgende **probleemstelling** gekomen die is onderverdeeld in een drietal deelvragen:

- *Wat zijn de voorwaarden die in de bedrijfsfusie-, juridische (af)splitsings-, fusiefaciliteit en het huidige en nieuwe FE-regime aan de belastingplichtige worden gesteld ten aanzien van het subject, het object, de tegenprestatie, de verliesverrekening, misbruik van de faciliteit, winstdrainage en aansprakelijkheid van belastingschulden, om een interne reorganisatie fiscaal geruisloos te laten verlopen?*

- *Wat zijn op de onderzochte punten de verschillen en overeenkomsten tussen de in het onderzoek betrokken faciliteiten?*
- *In hoeverre uiten de verschillen op de onderzochte punten tussen de in het onderzoek betrokken faciliteiten zich in sterke en zwakke aspecten van een faciliteit, indien de faciliteit wordt toegepast om een interne reorganisatie fiscaal te begeleiden?*

Uit de probleemstelling blijkt dat ik het onderzoek heb beperkt tot de fiscale aspecten en dan specifiek tot de aspecten met betrekking tot de vennootschapsbelasting. De scriptie omvat een onderzoek naar vijf faciliteiten, namelijk: bedrijfsfusie, juridische (af)splitsing, juridische fusie en het huidige en nieuwe FE-regime. Ik heb voor deze vijf faciliteiten gekozen aangezien deze faciliteiten mijns inziens allen een interne reorganisatie fiscaal kunnen faciliteren. Ook de onderzoekspunten zijn beperkt. Zo zal het onderzoek zich toe splitsen op de vereisten in de diverse faciliteiten met betrekking tot het subject, het object, de tegenprestatie, de verliesverrekening, misbruik van de faciliteit, winstdrainage en aansprakelijkheid van belastingschulden. Ik heb gekozen voor deze onderzoekspunten, omdat ik van mening ben dat deze onderzoekspunten de belangrijkste voorwaarden omvatten voor een geslaagd beroep op een faciliteit.

Ook in andere belastingwetten zoals de overdrachtsbelasting en de kapitaalsbelasting speelt het vraagstuk dat hierboven uiteen is gezet. Er is echter bewust voor gekozen deze aspecten buiten dit onderzoek te laten. Ook civielrechtelijke aspecten zijn in dit onderzoek tot een (noodzakelijk) minimum beperkt.

#### **§1.4; Opzet van het onderzoek en nadere opmerkingen**

In dit hoofdstuk is het onderzoek geïntroduceerd, is aandacht besteed aan het begrip interne reorganisatie en zijn de doelstelling en de probleemstelling geformuleerd. Het laatste onderdeel van deze inleiding omvat een toelichting op de opbouw van dit onderzoek en enkele opmerkingen.

In de vijf volgende hoofdstukken zullen achtereenvolgens de bedrijfsfusie-, de juridische (af)splitsings- de juridische fusiefaciliteit en het huidige en nieuwe FE-regime worden besproken (zie blz. 4 tot en met 41). In deze hoofdstukken, die overigens gelijk van opzet zijn, zullen na een introductie van de faciliteit de onderzoekspunten worden besproken. Bij deze bespreking ben ik uitgegaan van het huidige nationale belastingrecht. Overigens zullen hier en daar opmerkingen worden gemaakt over de verhouding van het nationale recht en het EG-recht (dit wordt echter niet diepgaand besproken). Verder verdient het opmerking dat deze vijf hoofdstukken hoofdzakelijk beschrijvend van aard zijn.

In hoofdstuk 7 vindt u de analyse van de verschillende faciliteiten. Het uitgangspunt van deze analyse is een grote overzichtstabel waarin per onderzoekspunt van alle faciliteiten de voorwaarden zijn opgenomen. Op basis van deze tabel heb ik getracht een overzicht te maken van de verschillen en overeenkomsten per onderzoekspunt tussen de onderzochte faciliteiten. Verder omvat de analyse een overzicht van de toepassingsmogelijkheden van de verschillende faciliteiten en tot slot een schema waarin per faciliteit de sterke en zwakke aspecten van de onderzochte faciliteiten zijn weergegeven.

In hoofdstuk 8 vindt u tenslotte de conclusies/ samenvatting en aanbevelingen van dit onderzoek. Hier zullen de belangrijkste uitkomsten van het onderzoek worden besproken/ samengevat. Tevens vindt u hier de aanbevelingen gebaseerd op de uitkomsten van het onderzoek.

Nog enkele opmerkingen van redactionele aard. In de digitale verschijningsvorm van de scriptie is gewerkt met verwijzingen in de vorm van hyperlinks. Hierdoor kunt u gemakkelijk door het onderzoek 'springen'. In de versie op papier zijn deze verwijzingen in een kleiner lettertype en schuin gedrukt weergegeven. Voor deze lay-out is gekozen om de leesbaarheid van de tekst te vergroten.

Verder treft u achterin deze scriptie een overzicht van de gebruikte literatuur (zie blz. 61), een overzicht van de geraadpleegde jurisprudentie, resoluties/besluiten en kamerstukken (zie blz. 63). Tot slot vindt u geheel achterin de scriptie een register (zie blz. 67).



## H2; Interne reorganisatie met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit

### §2.1; Inleiding

In dit hoofdstuk zal de interne reorganisatie met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit centraal staan. Na een introductie van de faciliteit, waar kort op de systematiek en de gevolgen van de geruisloze bedrijfsfusie wordt ingegaan, zal de interne reorganisatie met behulp van deze faciliteit worden besproken. Hier zal worden geschetst welke mogelijkheden de geruisloze bedrijfsfusie biedt om de in het vorige hoofdstuk geschetste interne reorganisatie te bewerkstelligen (zie §1.2; *Het begrip 'interne reorganisatie'*). In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk zal ik een uiteenzetting geven van de voorwaarden die de bedrijfsfusiefaciliteit stelt aan de belastingplichtige ten aanzien van de onderzoekspunten.

### §2.2; Artikel 14 Wet Vpb'69

De bedrijfsfusiefaciliteit, beschreven in artikel 14 Wet Vpb'69, biedt de belastingplichtige die zijn gehele onderneming, dan wel een zelfstandig onderdeel daarvan, overdraagt aan een andere belastingplichtige de mogelijkheid de winst, behaald met of bij de overdracht, niet in aanmerking te nemen. Een geslaagd beroep op de regeling is alleen dan mogelijk indien aan een ruim aantal wettelijke voorwaarden is voldaan en de bedrijfsfusie niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. In het laatste geval, zo blijkt uit het vierde lid van de regeling, is de bedrijfsfusiefaciliteit niet voorhanden en zal de bedrijfsfusie ruisend verlopen. Mocht daarentegen niet aan alle wettelijke voorwaarden zijn voldaan, dan geeft de wetgever de belastingplichtige in het tweede lid de mogelijkheid de bedrijfsfusie toch geruisloos te laten verlopen. In dat geval zullen door de inspecteur nadere voorwaarden worden gesteld, waardoor de winst behaald met of bij de overdracht alsnog geheel dan wel gedeeltelijk buiten de heffing van vennootschapsbelasting kan blijven<sup>(1)</sup>. Een geslaagd beroep op de bedrijfsfusiefaciliteit, heeft tot gevolg dat de overnemende vennootschap (overnemer), ten aanzien van alle vermogensbestanddelen, die in het kader van de bedrijfsfusie zijn verkregen, in de plaats treedt (indeplaatsstelling) van de overdragende vennootschap (overdrager). Zo zal de overnemer onder andere de fiscale boekwaarden van de overgenomen vermogensbestanddelen voortzetten. Indien tot de overgedragen vermogensbestanddelen een deelneming behoort waarop voor de overdrager nadere regels van toepassing zijn, dan gelden deze regels ook voor de overnemer<sup>(2)</sup>.

Aangezien een geruisloze bedrijfsfusie slechts kan plaatsvinden indien de tegenprestatie van de overdracht bestaat uit het uitreiken van aandelen in de overnemende vennootschap, is voor het geval deze aandelen een deelneming vormen voor de overdrager een wettelijke regeling opgenomen in artikel 14 Wet Vpb'69. Het derde lid bepaalt dat het opgeofferd bedrag van deze aandelen moet worden gesteld op de fiscale boekwaarde van het overgedragen vermogen, vermindert met de fiscale reserves, de herinvesteringsreserve en de risicoreserve van artikel 15b Wet Vpb'69. Het opgeofferd bedrag is van belang bij het bepalen van het afwaarderingsverlies en/of liquidatieverlies.

De bedrijfsfusiefaciliteit is, net als de later te bespreken juridische splitsings- en fusiefaciliteit, met de invoering van de Wet IB'01 aangepast. De staatssecretaris heeft onder andere de bedrijfsfusiefaciliteit qua opzet in overeenstemming willen brengen met de andere fusie-/splitsingsfaciliteiten en heeft de antimisbruikbepaling, na jurisprudentie van het Hof van Justitie EG (HvJ EG), meer in harmonie willen brengen met de fusierichtlijn<sup>(3)/(4)</sup>. Toch is de fusierichtlijn, naast de geïmplementeerde wettelijke regeling van artikel 14 Wet Vpb'69, nog van groot belang. Het HvJ EG bepaalde in het arrest Leur-Bloem dat het gemeenschapsrecht en dus de fusierichtlijn, ook

<sup>1</sup> Voor deze situatie zijn 'modelvoorwaarden' opgesteld en gepubliceerd. Zie hieromtrent: besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M.

<sup>2</sup> Bijvoorbeeld: 13c Wet Vpb'69 (omzetten van een vaste inrichting in een deelneming), 13ca Wet Vpb'69 (afwaarderingsverlies), 13d Wet Vpb'69 (liquidatieverlies), 13h Wet Vpb'69 (geruisloze fusie/ splitsing voor kwalificatie deelneming).

<sup>3</sup> Jurisprudentie over antimisbruikbepaling: Arrest HvJ EG, 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32, (conclusie Jacobs, noot J.A.G. van der Geld); HR 4 februari 1998, nr. 30 074, BNB 1998/176, (conclusie Van Soest, noot J.A.G. van der Geld).

<sup>4</sup> Richtlijn van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten (90/434/EEG). Verder te noemen: de fusierichtlijn.

van toepassing kan zijn op zuiver nationale bedrijfsfusies<sup>(5)</sup>. Het HvJ EG oordeelde dat een nationale wetgeving, die géén onderscheid maakt tussen zuivere interne en communautaire situaties, ook aan het gemeenschapsrecht is onderworpen indien het gaat om een puur nationale aangelegenheid<sup>(6)</sup>. Het HvJ EG besloot hiertoe, omdat het niet wenselijk is dat identieke Europese regelingen uiteenlopend wordt uitgelegd. Om rechtsongelijkheid te voorkomen dient in dergelijke gevallen voor de uitleg van een zuiver nationale aangelegenheid bij de regelingen van het EG-recht te worden aangesloten.

De uitspraak van het HvJ EG is van belang voor de belastingplichtige, indien deze van mening is dat (binnen de uitvoeringstermijn) in de Nederlandse belastingwetgeving geen (juiste) implementatie van de richtlijn heeft plaatsgevonden. In zo'n geval kan de belastingplichtige, mits de bepalingen van de richtlijn inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig lijken te zijn, de fusierichtlijn inroepen tegen de Staat<sup>(7)</sup>. Op het belang van het arrest Leur-Bloem zal bij de bespreking van de voorwaarden nader worden ingegaan.

### §2.3; De interne reorganisatie met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit

In het vorige hoofdstuk is een uiteenzetting gegeven van de rechtshandeling die centraal staat in dit onderzoek (interne reorganisatie tussen een moeder- en 100%-dochtermaatschappij). Om een dergelijke interne reorganisatie fiscaal geruisloos te laten verlopen kan een beroep worden gedaan op de hierboven geïntroduceerde bedrijfsfusiefaciliteit. Een essentieel onderdeel van de bedrijfsfusiefaciliteit is het vereiste dat sprake moet zijn van de overdracht van een gehele onderneming dan wel een zelfstandig onderdeel daarvan (zie §2.4.2; *Het voorwerp van de overdracht*). Een ander belangrijk kenmerk omvat de tegenprestatie (zie §2.4.3; *Tegenprestatie bij de overdracht van (een zelfstandig onderdeel) de onderneming*). De wet eist dat de overdrager aandelen krijgt uitgereikt in de overnemer. De uitgereikte aandelen dienen volgens de toelichting van de staatssecretaris te corresponderen met de waarde van de overgedragen onderneming<sup>(8)</sup>. Uit de tekst van artikel 14 lid 1 Wet Vpb, de parlementaire wetsgeschiedenis en uit de toelichting op de bedrijfsfusie blijkt expliciet dat de tegenprestatie moet bestaan uit 'nieuwe aandelen'<sup>(9)/(10)</sup>. De eis in het nationale belastingrecht dat er sprake moet zijn van een emissie van aandelen is niet geheel onomstreden. In de literatuur is de vraag gesteld of dit vereiste in overeenstemming is met de richtlijn. In de richtlijn wordt namelijk niet gesproken van het uitreiken van aandelen, maar van het 'verkrijgen van bewijzen van deelgerechtigdheid'<sup>(11)</sup>. De fusierichtlijn lijkt op dit punt ruimer dan de nationale wetgeving. Volgens Sillevius en de Vries is deze eis echter niet in strijd met de fusierichtlijn. Als argument voeren zij aan dat bij de implementatie van de richtlijn de meeste landen in hun nationale wetgeving de eis hebben opgenomen dat het moet gaan om nieuwe aandelen<sup>(12)</sup>.

Op basis van hetgeen hierboven is opgemerkt, kan worden geconcludeerd dat de overdracht van een onderneming door de moeder aan de dochter tegen uitreiking van eigen aandelen fiscaal geruisloos kan plaatsvinden (zie *Figuur 2, situatie A*). In de onderhavige situatie kan men zich echter de vraag stellen of aandelen als tegenprestatie zouden moeten worden uitgegeven. De tegenprestatie van de overdracht openbaart zich immers in een evenredige waardestijging van de 100%-deelneming. Nu echter geen gepubliceerd beleid van de

<sup>5</sup> Arrest HvJ EG, 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32, (conclusie Jacobs, noot J.A.G. van der Geld). Dit arrest zag op een aandelenfusietransactie.

<sup>6</sup> In de MvT heeft de wetgever aangegeven dat de regeling inzake nationale bedrijfsfusies (artikel 14 Wet Vpb'69) binnen de kaders van de fusierichtlijn blijft. Zie hieromtrent: MvT, TK 22 338, vergaderjaar 1991-1992, nr. 3, blz. 10-20.

<sup>7</sup> Zie omtrent 'directe werking' van richtlijnen: W.A. Vermeend, H.A. Kogels, Compendium van het Europese belastingrecht, 2<sup>e</sup> druk, Kluwer, Deventer 1999, paragraaf 3.3.

<sup>8</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, paragraaf 3.4.1.

<sup>9</sup> Het moet gaan om 'nieuwe aandelen'. Zie hieromtrent: EK, 22 338, vergaderjaar 1991-1992, nr. 267d, blz. 5. Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, paragraaf 3.3.

<sup>10</sup> Zie over 'uitreiken van nieuwe aandelen': L.W. Sillevius en N.H. de Vries, Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2.5.1.B.b,c, voetnoot 3. Hier wordt door Sillevius en de Vries betoogd dat de wederuitgifte van ingekochte eigen aandelen zich niet verhoudt met de volstorting van uitgereikte aandelen als bedoeld in artikel 14 Wet Vpb'69, aangezien fiscaal geamortiseerde aandelen die civielrechtelijk niet zijn ingetrokken, reeds zijn volgestort. Ik ben het met deze constatering eens. Als zodanig kan mijns inziens slechts een emissie van aandelen worden aangemerkt als het uitreiken van 'nieuwe aandelen'.

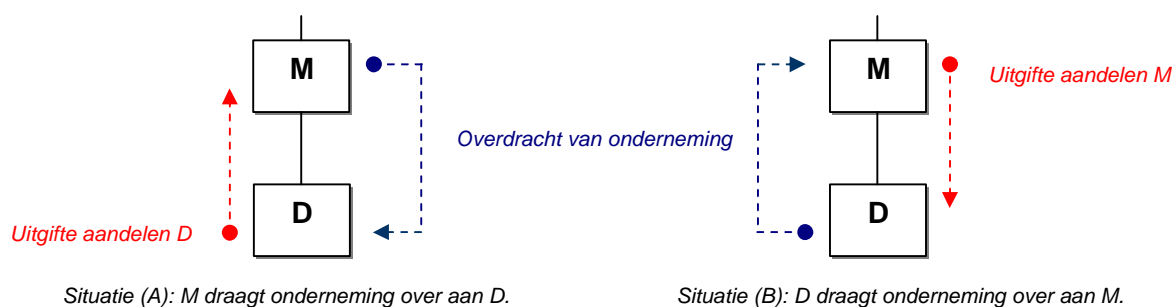
<sup>11</sup> Zie hieromtrent: E. van den Brande-Boomsluit, Art. 14 Vpb'69 getoetst aan de fusierichtlijn, WFR 1998/6313, blz. 1557, paragraaf 9.1.

<sup>12</sup> Zie hieromtrent: P.H.M. Simonis, Standaardvoorwaarden artikel 14 Wet Vpb'69, WFR 1993/6070, blz. 1314, paragraaf 3.

staatssecretaris op dit punt aanwezig is, ga ik ervan uit dat de nieuwe aandelen geëmitteerd dienen te worden aan de moedermaatschappij.

Naast de overdracht van de onderneming van de moeder aan de dochter, kan ook de dochter haar onderneming overdragen aan de moeder (zie Figuur 2, situatie B). In artikel 14 Wet Vpb'69 zijn géén belemmeringen aan te wijzen die een faciëring met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit in de weg staan. Toch ben ik van mening dat deze overdracht niet fiscaal geruisloos kan plaatsvinden met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit. Wanneer de dochter namelijk haar onderneming overdraagt aan de moeder, dient de overdrager als tegenprestatie nieuwe aandelen te verkrijgen (zie vorige alinea). Als gevolg van de wettelijke bepaling (14 Wet Vpb'69) worden de moeder en de dochter middellijk aandeelhouder in zichzelf. In het Nederlandse civiele recht zijn aan dergelijke situaties beperkingen gesteld. Zo is in de artikelen 2:95 en 2:205 BW bepaald dat een vennootschap géén eigen aandelen mag nemen (bij emissie). Voor dochtermaatschappijen is bepaald dat deze ook géén aandelen mogen nemen of doen nemen in het kapitaal van de moeder (2:98d lid 1 en 2:207d lid 1 BW). Op deze hoofdregel zijn echter wel uitzonderingen, maar die zien op het verkrijgen van eigen aandelen (dit geldt ook voor de dochter die aandelen in de moeder verkrijgt). Nu de wetgever in de fiscale wetgeving de eis stelt dat aandelen moet worden uitgereikt (nieuwe aandelen) en in het civiele recht een duidelijk verschil wordt gemaakt tussen nemen van aandelen (uitgereikte aandelen bij emissie) en het verkrijgen van aandelen (reeds uitgegeven aandelen die zijn ingekocht en weer worden uitgegeven), ontstaat mijns inziens in het civiele recht een blokkade die het onmogelijk maakt om met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit een interne reorganisatie in deze richting te faciëren<sup>(13)/(14)</sup>.

Figuur 2: interne reorganisatie met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit.



Kenmerkend voor de bedrijfsfusiefaciliteit is het gegeven dat slechts de overdragende vennootschap en de overnemer als contractpartijen bij de bedrijfsfusie betrokken zijn. De aandeelhouders van de vennootschappen spelen dus géén directe een rol bij de bedrijfsfusie. Hoogstens kan er sprake zijn van een indirecte rol voor de aandeelhouders bij het nemen van het besluit omtrent de fusie<sup>(15)</sup>.

## §2.4; Een nadere beschouwing van enkele voorwaarden van de bedrijfsfusiefaciliteit

### §2.4.1; Subjecten bij de bedrijfsfusiefaciliteit

Artikel 14 lid 1 Wet Vpb'69 bepaalt dat elke belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting een beroep kan doen op de bedrijfsfusiefaciliteit. Deze bepaling betekent concreet dat alle binnenlandsbelastingplichtigen die zijn

<sup>13</sup> Indien in de fiscale wetgeving niet de eis zou zijn gesteld dat de tegenprestatie moet bestaan uit 'nieuwe aandelen', zou de toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit mogelijk zijn geweest tot de limieten die zijn neergelegd in artikel 2:98d en 2:207d BW.

<sup>14</sup> In het boek van R.J. de Vries, Anti-ontgaansbepalingen inzake de verbreking van een FE, FM 74, Kluwer, Deventer 2001, blz. 151, voetnoot 259 meen ik te lezen dat de schrijver een faciëring van een transactie waarbij de dochter een onderneming overdraagt aan de moeder mogelijk acht tot de grenzen die in het civiele recht zijn gegeven voor het verkrijgen van aandelen in de moeder door de dochter (10% bij NV en 50% bij een BV). In mijn optiek klopt dit niet aangezien als tegenprestatie verplicht 'nieuwe aandelen' moeten worden uitgegeven door de overnemer (de moeder) aan de overdrager (de dochter). Als gevolg van deze bepaling in artikel 14 Wet Vpb'69 wordt naar mijn mening niet toegekomen aan de uitzonderingen genoemd in artikel 2:98d lid 1, 2<sup>e</sup> volzin en 2:207d lid 1, 2<sup>e</sup> volzin BW.

<sup>15</sup> Een overdracht van een gehele onderneming kan tot de bevoegdheidssfeer van de AVA worden gerekend. Verder kan worden verdedigd dat een overdracht van een onderneming niet past binnen de doelomschrijving van het lichaam, zoals deze is opgenomen in de statuten. In een dergelijk geval kan worden gesteld dat alvorens de overdracht plaatsvindt de statuten moeten worden gewijzigd. Zie hieromtrent: P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, 12<sup>e</sup> druk, Gouda Quint, Deventer 2001, blz. 329-330.

genoemd in artikel 2 Wet Vpb'69 en alle buitenlandsbelastingplichtigen van artikel 3 Wet Vpb'69, kunnen opteren voor een geruisloze bedrijfsfusie<sup>(16)</sup>.

De groep lichamen die als overnemer kan fungeren is beperkter, aangezien de wettelijke regeling bepaalt dat als tegenprestatie aandelen moeten worden uitgereikt. Alleen overnemers die een in aandelen verdeeld kapitaal hebben, kunnen als gevolg van deze bepaling deelnemen aan een geruisloze bedrijfsfusie. Dit vereiste wordt nog wel enigszins verruimd in het zesde lid door te stellen dat met aandelen worden gelijk gesteld: winstbewijzen, bewijzen van deelgerechtigheid en lidmaatschapsrechten. De groep vennootschappen die gebruik kunnen maken van de geruisloze bedrijfsfusie wordt verder ingeperkt door een voorwaarde in het eerste lid. Hier stelt de wetgever de eis dat bij het bepalen van de winst van de overdrager en de overnemer dezelfde bepalingen van toepassing moeten zijn. Hierdoor wordt naar mijn mening een wettelijk geruisloze bedrijfsfusie tussen een normale vennootschap en een fiscale beleggingsinstelling (28 Wet Vpb'69) belemmerd.

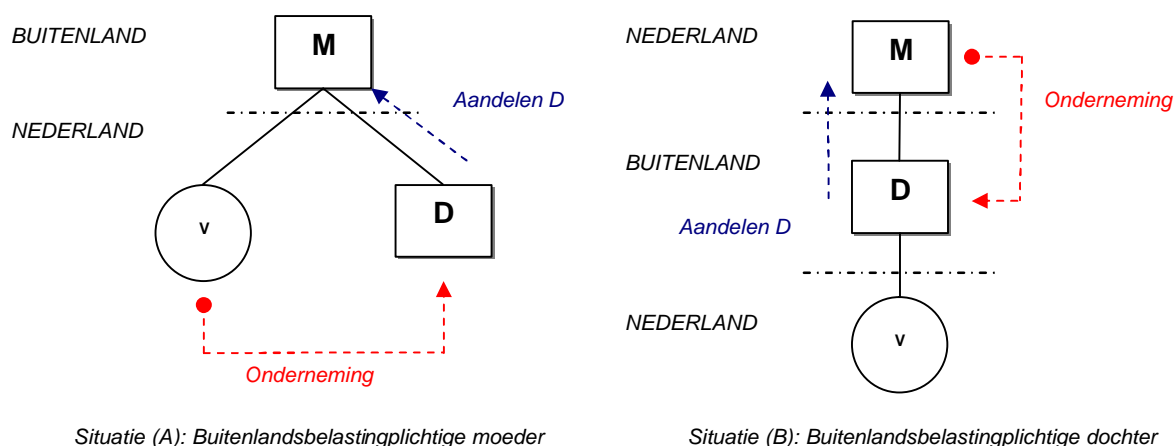
Mogelijk is de eis dat op de overnemer en de overdrager dezelfde winstbepalingen van toepassing moeten zijn om een wettelijk recht te hebben op de bedrijfsfusiefaciliteit in strijd met de fusierichtlijn, aangezien de wetgever vooraf groepen belastingplichtigen uitsluit van de bedrijfsfusiefaciliteit<sup>(17)</sup>.

Zoals ik hierboven reeds heb opgemerkt kan naast een binnenlandsbelastingplichtige ook een buitenlands belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting als overnemer dan wel als overdrager deelnemen aan een geruisloze bedrijfsfusie. Het zal in deze situatie gaan om een buiten Nederland gevestigde vennootschap die een onderneming in Nederland drijft, of na de bedrijfsfusie gaat drijven, met behulp van een vaste inrichting (artikel 3 jo 17 lid 3 sub a Wet Vpb'69)<sup>(18)</sup>.

In geval van een interne reorganisatie waarbij de moedermaatschappij in het buitenland is gevestigd en over een vaste inrichting in Nederland beschikt kan, mits aan de voorwaarden wordt voldaan een beroep worden gedaan op de bedrijfsfusiefaciliteit. Draagt bijvoorbeeld de moedermaatschappij een (zelfstandig deel van haar) onderneming, de vaste inrichting, over aan de dochtermaatschappij, dan kan deze overdracht plaatsvinden zonder belastingheffing (zie *Figuur 3, situatie A*).

Ook wanneer de dochtermaatschappij een buitenlandsbelastingplichtige is, die beschikt of gaat beschikken over een vaste inrichting in Nederland, kan de bedrijfsfusiefaciliteit worden toegepast indien de binnenlandsbelastingplichtige moedermaatschappij (een gedeelte van) haar onderneming overdraagt aan de dochter. Het is wel essentieel dat de overgedragen onderneming toebehoort aan de vaste inrichting in Nederland (zie *Figuur 3, situatie B*).

*Figuur 3: Toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit met een buitenlandsbelastingplichtige moeder of dochter*



<sup>16</sup> Ook een naar buitenlands recht opgericht lichaam, dat feitelijk in Nederland is gevestigd is belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting en kan, mits aan de wettelijke voorwaarden is voldaan, deel uitmaken van een geruisloze bedrijfsfusie.

<sup>17</sup> Zie hieromtrent: E. van den Brande-Boomsluiters, Art. 14 Vpb'69 getoetst aan de fusierichtlijn, WFR 1998/6313, blz. 1557, paragraaf 11.

<sup>18</sup> Zie hieromtrent: Artikel 4 lid 1 van de richtlijn 90/434/EEG. Zie tevens: E. van den Brande-Boomsluiters, a.w. blz. 1557, paragraaf 5.1.

**§2.4.2; Het voorwerp van de overdracht**

Artikel 14 lid 1 Wet Vpb'69 stelt expliciet dat een geruisloze bedrijfsfusie slechts kan plaatsvinden indien het betreft de overdracht van een 'gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel' daarvan. Deze voorwaarde beperkt de werking van de bedrijfsfusiefaciliteit. De overdracht van 'losse' vermogensbestanddelen kan volgens de wettelijke regeling niet rekenen op een fiscale facilitering en zal indien gebruik wordt gemaakt van de bedrijfsfusiemethodiek, ruisend verlopen.

Indien een interne reorganisatie geruisloos dient plaats te vinden, moet het voorwerp van de overdracht een 'materiële onderneming' zijn. Het gaat dan om een onderneming in de zin van artikel 3.8 Wet IB'01<sup>(19)</sup>. Hieronder wordt verstaan; een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal, die erop is gericht deel te nemen aan het maatschappelijk productieproces met het oogmerk winst te behalen<sup>(20)</sup>. Gezien het feitelijke karakter van de beoordeling of er sprake is van een onderneming verwijst de staatssecretaris in het Besluit van 19 december 2000, CPP 2000/3041M, naar de jurisprudentie van artikel 3.8 Wet IB'01. Deze jurisprudentie omtrent het begrip 'onderneming' zal dan ook bepalend zijn in de beoordeling of de overgedragen vermogensbestanddelen, in het kader van de bedrijfsfusiefaciliteit, als een onderneming kunnen worden gekwalificeerd. De fictiebepaling van artikel 2 lid 5 Wet Vpb'69 blijft volgens hetzelfde besluit van de staatssecretaris buiten toepassing.

Naast de overdracht van een gehele onderneming kan er volgens de wettelijke bepaling ook sprake zijn van de overdracht van een 'zelfstandig onderdeel' van een onderneming. Ook aan deze begrippen wordt in het eerdergenoemde toelichtingsbesluit aandacht besteed. Volgens de staatssecretaris dient voor de invulling van het begrip 'zelfstandig onderdeel' van een onderneming allereerst aansluiting te worden gezocht bij de jurisprudentie voor de inkomstenbelasting ter zake van de overdracht of liquidatie van een gedeelte van een onderneming. Verder wijst de staatssecretaris specifiek naar het arrest van 17 januari 1990, nr. 26 221, BNB 1990/92. In dit arrest, gewezen voor de kapitaalsbelasting, heeft de HR bepaald dat sprake was van een zelfstandig onderdeel, aangezien de ingebrachte vermogensbestanddelen een zelfstandige onderneming konden vormen. De staatssecretaris zegt expliciet dat dit arrest ook betekenis heeft voor de bedrijfsfusiefaciliteit van de vennootschapsbelasting. Deze opmerking houdt kort gezegd in dat naast niet-bedrijfsgebonden vermogensbestanddelen, indien gewenst, ook andere vermogensbestanddelen bij de overdrager kunnen achterblijven, mits de ingebrachte vermogensbestanddelen maar een zelfstandige onderneming vormen<sup>(21)</sup>.

Echter valt te betwijfelen of de term 'onderneming' of 'een zelfstandig onderdeel van een onderneming' een juiste implementatie is van de fusierichtlijn. In de richtlijn wordt namelijk gesproken van 'haar gehele dan wel een of meer takken van haar bedrijvigheid'. In artikel 2 van de richtlijn is het begrip 'tak van bedrijvigheid' omschreven als een vennootschap die uit organisatorisch oogpunt een onafhankelijk exploitatie vormt. Dit lijkt een ruimere strekking te hebben dan het begrip 'materiële onderneming'<sup>(22)</sup>.

**§2.4.3; Tegenprestatie bij de overdracht van (een zelfstandig onderdeel) de onderneming**

In §2.3; *De interne reorganisatie met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit* is reeds ingegaan op de tegenprestatie van de overdracht. Hier is opgemerkt dat de overnemende vennootschap 'nieuwe aandelen' zal moeten uitgeven aan de overdragende vennootschap<sup>(23)</sup>. Ik verwijs voor een uitvoerigere bespreking naar deze paragraaf. In de toelichting op de standaardvoorwaarden bij de bedrijfsfusiefaciliteit wordt de overnemer de mogelijkheid gegeven de tegenprestatie tot maximaal één procent van hetgeen op de uitgereikte aandelen is gestort (niet zijnde meer dan 4.500 Euro) te crediteren zonder dat de vrijstelling vervalt (afroondingscreditering)<sup>(24)</sup>.

<sup>19</sup> MvT, TK 22 338, vergaderjaar 1991-1992, nr. 3, blz. 13 en Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, paragraaf 3.2.

<sup>20</sup> Zie hieromtrent: H. Mobach, L.W. Sillevis, F.H. Lugt e.a., Studenteneditie 1999-2000 Cursus Belastingrecht (inkomstenbelasting), Gouda Quint, Deventer 1999, blz. 99 ev.

<sup>21</sup> Zie hieromtrent: Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, punt 3.2.

<sup>22</sup> Zie hieromtrent; B.H.C.M. le Blanc, De bedrijfsfusie in Europees perspectief: veel ruimte voor verbetering, MBB 2001/10, blz. 290, paragraaf 3.2.

<sup>23</sup> Met aandelen worden gelijkgesteld winstbewijzen, bewijzen van deelgerechtigdheid of lidmaatschapsrechten. Zie hieromtrent: artikel 14 lid 5 Wet Vpb'69.

<sup>24</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, punt 3.6.

**§2.4.4; verliesverrekening bij de concernlichamen na de interne reorganisatie**

Een interne reorganisatie, met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit kan slechts plaatsvinden indien de overnemende vennootschap niet op voet van artikel 20 Wet Vpb'69 aanspraak kan maken op voorwaarts te verrekenen verliezen. De dochtermaatschappij, die in ons voorbeeld de onderneming van de moedermaatschappij overneemt, mag dus op grond van artikel 14 lid 1 wet Vpb'69 géén carry forward verliezen bezitten. Indien deze dochter echter wél voorwaarts te verrekenen verliezen heeft, kan de geruisloze bedrijfsfusie nog slechts plaatsvinden door een beroep te doen op artikel 14 lid 2 Wet Vpb'69. De inspecteur kan in een dergelijk geval onder nadere voorwaarden alsnog bepalen dat de winst, behaald met of bij de overdracht van de onderneming in het kader van de bedrijfsfusie, buiten aanmerking blijft. In de standaardvoorwaarden bij de bedrijfsfusie zijn in de artikelen 2a-d nadere regels gegeven om de verrekening van voorfusieverliezen bij de overnemer te regelen<sup>(25)</sup>. Op deze manier hoopt de wetgever verliescompensatie, door inbreng en realisatie van stille reserves in een overnemer met voorfusieverliezen van de overnemer (en vice versa), tegen te gaan. Overigens kan men stellen dat de eis dat de overnemer géén recht mag hebben op voorwaartse verrekening van verliezen, om gebruik te kunnen maken van de wettelijke bedrijfsfusiefaciliteit, in strijd is met het EG-recht, aangezien de richtlijn een dergelijke beperking niet kent<sup>(26)</sup>. Tevens kan op grond van het arrest Leur-Bloem worden verdedigd dat het onthouden van de bedrijfsfusiefaciliteit op grond van een algemeen criterium niet houdbaar is<sup>(27)</sup>.

Voorafgaand aan de bespreking van deze standaardvoorwaarden is het van belang stil te staan bij de situatie van de overdrager. In artikel 14 lid 1 en 2 Wet Vpb'69 wordt over de verliesstatus van deze rechtspersoon niet gerept. Regels omtrent voorwaarts te verreken verliezen in deze overdrager zijn ook niet van belang, aangezien deze vennootschap na de bedrijfsfusietransactie blijft bestaan. De overdrager zal haar eigen verliezen behouden en deze met de toekomstige winsten moeten verreken<sup>(28)</sup>. Daarbij kan nog worden opgemerkt dat een overdrager met aanmerkelijke verliezen naar alle waarschijnlijkheid niet zou hebben geopteerd voor de toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit, maar de bedrijfsfusie ruisend zou hebben laten verlopen. In dat geval compenseert de overdrager de verliezen met de stille reserves die als gevolg van de bedrijfsfusie worden gerealiseerd<sup>(29)</sup>. Toch zijn er een aantal uitzonderingen, waarin de verliezen van de overdrager meegaan naar de overnemer of verliezen van de overnemer met winsten van de overdrager mogen worden verrekend. Deze situatie geldt - grofweg - indien door de bedrijfsfusie de belastingplicht van het overdragende lichaam eindigt<sup>(30)</sup>.

Indien de dochtermaatschappij, als overnemer, over voorwaarts te verrekenen verliezen beschikt (voorfusieverliezen) zal de winst van de overnemer na de fusie (nafusiewinst), moeten worden gesplitst in winst welke betrekking heeft op de voor de bedrijfsfusie gedreven onderneming van de overnemer en in een deel dat betrekking heeft op de door de overdrager overgedragen onderneming<sup>(31)</sup>. Hierbij moet worden bedacht dat er van uitgegaan wordt dat de bedrijfsfusie niet heeft plaatsgevonden en dat de ondernemingen niet statisch zijn. Nieuwe activiteiten dienen met andere woorden zoveel mogelijk in historisch perspectief te worden geplaatst. Na de winstsplitsing dient allereerst horizontale verliesverrekening te worden toegepast. Dit betekent dat bij een nafusiewinst bij de overnemer, een eventueel verlies als gevolg van de winstsplitsing op de positieve bate in mindering moet worden gebracht<sup>(32)</sup>. Resteert dan een winst bij de overnemende vennootschap (de dochter), dan mag op deze winst, op grond van artikel 20 Wet Vpb'69, het nog te verrekenen voorfusieverlies in mindering worden gebracht<sup>(33)</sup>. Hierbij moet worden bedacht dat verliezen die reeds eerder bij de overdragende vennootschap tot uitdrukking zijn gekomen niet nogmaals mogen worden verrekend<sup>(34)</sup>.

<sup>25</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, bijlage, punt 2a-d.

<sup>26</sup> Zie hieromtrent: E. van den Brande-Boomsluiter, Art. 14 Vpb'69 getoetst aan de fusierichtlijn, WFR 1998/6313, blz. 1557, paragraaf 6.

<sup>27</sup> Arrest HvJ EG, 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32, (conclusie Jacobs, noot J.A.G. van der Geld).

<sup>28</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, punt 9, toelichting op de voorwaarde 2.

<sup>29</sup> Zie hieromtrent: J.N. Bouwman, Wegwijs in de Vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande, Den Haag 2001, blz. 391.

<sup>30</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, punt 8 en Besluit CCP 2000/2179M.

<sup>31</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, bijlage, punt 2a en punt 9, toelichting op de voorwaarde 2.

<sup>32</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, bijlage, punt 2b en punt 9, toelichting op de voorwaarde 2.

<sup>33</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, bijlage, punt 2d en punt 9, toelichting op de voorwaarde 2.

<sup>34</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, bijlage, punt 2c en punt 9, toelichting op de voorwaarde 2.

### §2.4.5; De antimisbruikbepaling van de bedrijfsfusiefaciliteit

De belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting kan géén beroep doen op de bedrijfsfusiefaciliteit van artikel 14 lid 1 of lid 2 Wet Vpb'69, indien de bedrijfsfusie in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Daarbij dient te worden opgemerkt dat het begrip 'uitstellen' niet in de richtlijn wordt genoemd. Mogelijk is de Nederlandse wetgeving op dit punt in strijd met het EG-recht<sup>(35)</sup>. Toegespitst op de onderhavige situatie, leidt een interne reorganisatie die als hoofddoel of één van de hoofddoelen het ontgaan of uitstellen van belastingheffing heeft, tot het afrekenen over de aanwezige stille reserves, fiscale reserves en de goodwill.

Om de bewijspositie van de fiscus te versterken zijn een tweetal bewijsvermoedens opgenomen in artikel 14 lid 4 Wet Vpb'69.

De bedrijfsfusiefaciliteit wordt allereerst geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, indien deze niet plaatsvindt op grond van 'zakelijke overwegingen'.

De wetgever noemt in het vierde lid een omstandigheid die in elk geval als zakelijke motief kwalificeert. Indien de bedrijfsfusie is ingegeven met als doel 'herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de overdrager en de overnemer' worden zakelijke overwegingen aanwezig geacht<sup>(36)</sup>. De herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden, moet niet als een limitatieve opsomming van de 'zakelijke overwegingen' worden beschouwd, maar slechts als voorbeeld. Dit blijkt ook uit enige jurisprudentie omtrent dit bewijsvermoeden<sup>(37)</sup>. Hieruit kan worden opgemaakt dat slechts wanneer de bedrijfsfusie in overwegende mate fiscale motieven kent, de faciliteit wordt onthouden (zie §3.3.5; *De antimisbruikbepaling in de juridische splitsingsfaciliteit*).

Ook wanneer de bedrijfsfusie geruisloos is verlopen kan de faciliteit alsnog worden teruggenomen, indien blijkt dat de aandelen in de overdrager dan wel in de overnemer binnen 3 jaar na de overdracht geheel of ten dele, direct of indirect zijn vervreemd aan een lichaam dat niet met de overdrager of de overnemer is verbonden (overigens kan ook een vervreemding na 3 jaren nog leiden tot het terugnemen van de Faciliëring aangezien sprake is van een bewijsvermoeden). Het is opvallend dat slechts wordt gesproken van een vervreemding aan een niet-verbonden lichaam en niet wordt gerept over een vervreemding aan een natuurlijk persoon<sup>(38)</sup>. Mogelijk is hier sprake van een omissie van de zijde van de wetgever.

Bij een dergelijke vervreemding binnen 3 jaren treedt het tweede bewijsvermoeden van artikel 14 lid 4 Wet Vpb'69 in werking en worden zakelijke overwegingen alsnog niet aanwezig geacht, tenzij de belastingplichtige het tegendeel aannemelijk maakt<sup>(39)</sup>. Zeker na het Leur-Bloem arrest is het de vraag of dit bewijsvermoeden in overeenstemming is met de fusierichtlijn<sup>(40)</sup>.

De redenen van de wetgever, voor het opnemen van dit bewijsvermoeden blijkt uit het volgende voorbeeld gebaseerd op de interne reorganisatie die centraal staat in dit onderzoek. De bedrijfsfusie tussen de moeder, als overdrager en de dochter als overnemer kan een voorbode zijn van een mogelijke vervreemding van de

<sup>35</sup> Zie hieromtrent: M.P. van Scheijndel, R.J. de Vries, Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing. Op naar 2001, WFR 1999/6366, blz. 1673, paragraaf 3.2. Zie ook: S.F. Immerseel, Belastingontwijking: uitstel of afstel?, WFR 2002/6491, blz. 1102.

<sup>36</sup> De staatssecretaris heeft bepaald dat een nieuw opgerichte overnemende vennootschap, die nog geen activiteiten heeft bij de overdracht, ondanks de formulering van artikel 14 lid 4 Wet Vpb (actieve werkzaamheden) toch een beroep kan doen op de bedrijfsfusiefaciliteit. Zie hieromtrent: Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, punt 2 (lid 4). Verder kan wederom de vraag worden gesteld of artikel 14 lid 4 Wet Vpb'69 op dit punt in overeenstemming is met de fusierichtlijn, waar wordt gesproken over 'activiteiten' in plaats van 'actieve werkzaamheden'. Zie hieromtrent: M.P. van Scheijndel, R.J. de Vries, a.w. blz. 1673, paragraaf 3.3.

<sup>37</sup> Zie hieromtrent: HR 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111 (conclusie van den Berge, noot J.A.G. van der Geld), Hof Amsterdam 1 mei 2001, nr. 00/3050, V-N 2001/39.7, blz. 4098-4102. Voor een bespreking van de jurisprudentie verwijs ik naar §3.3.5; *De antimisbruikbepaling in de juridische splitsingsfaciliteit*.

<sup>38</sup> Zie hieromtrent: M.P. van Scheijndel, R.J. de Vries, Aandelenfusie, a.w. blz. 1673, paragraaf 4.1.

<sup>39</sup> Ook de vervreemding van slechts één of enkele aandelen leidt tot het inwerking treden van het bewijsvermoeden. Mijn inziens valt te betwijfelen of een vervreemding van een zeer kleine hoeveelheid aandelen de zakelijke overwegingen van de bedrijfsfusie ondermijnen. In mijn optiek valt in een dusdanige situatie te verdedigen dat er geen sprake is van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Zie hieromtrent: L.W. Sillevius en N.H. de Vries, Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2.5.1.B.g3.

<sup>40</sup> Zie hieromtrent: het arrest Leur-Bloem, Arrest HvJ EG, 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32 (conclusie Jacobs, noot J.A.G. van der Geld). Zie verder: B.H.C.M. le Blanc, De bedrijfsfusie in Europees perspectief: veel ruimte voor verbetering, MBB 2001/10, blz. 290, paragraaf 11.

onderneming van de moeder aan een geïnteresseerde derde partij. Door de bedrijfsfusiefaciliteit te gebruiken kan het afrekenen over de te verkopen activa en passiva worden voorkomen. Op deze manier worden belaste stille reserves in over te dragen vermogensbestanddelen, omgezet in onbelaste deelnemingsvoordelen.

Ook bij dit bewijsvermoeden kan de belastingplichtige overigens het tegendeel aannemelijk maken. Zo is volgens sommige schrijvers géén sprake van een intentie tot het ontgaan of uitstellen van de belastingheffing indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat op het tijdstip van de bedrijfsfusie géén voornemen tot vervreemding aanwezig was<sup>(41)</sup>. In dit geval kan worden betoogd dat een latere vervreemding geen afbreuk doet aan de zakelijke overwegingen ten tijde van de bedrijfsfusie. Immers, na de bedrijfsfusie kan een vervreemding heel goed zijn gebaseerd op zakelijke overwegingen.

Ook indien aandelen van de moeder of van de dochtermaatschappij binnen drie jaren na de bedrijfsfusie worden vervreemd in het kader van een opvolgende aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische splitsing of fusie is géén sprake van het ontgaan of uitstellen van belastingheffing<sup>(42)</sup>.

Wanneer de faciliteit wèl wordt teruggenomen, als gevolg van een vervreemding van de aandelen binnen de drie jaren na de overdracht aan een niet-verbonden lichaam, moet alsnog door de verkoper worden afgerekend over de bij de overdracht gerealiseerde winst. Het lijkt in deze situatie niet meer dan logisch dat de koper, die de overgenomen vermogensbestanddelen heeft moet waarderen op de fiscale boekwaarde van de overdrager, de overgenomen activa en passiva alsnog mag waarderen tegen de waarde in het economische verkeer ten tijde van de overdracht. Zouden na de heffing van vennootschapsbelasting bij de overdrager de boekwaarden bij de overnemer niet worden aangepast (naar de waarde in het economische verkeer) dan leidt dit tot dubbele heffing van vennootschapsbelasting. Verder lijkt het redelijk dat de overnemer op deze 'nieuwe' boekwaarde mag afschrijven. Dit brengt volgens de Sillevius en de Vries met zich mee dat de fiscale winst over de sinds de overdracht afgesloten boekjaren moet worden herberekend<sup>(43)</sup>.

#### **§2.4.6; Winstdrainage en de bedrijfsfusiefaciliteit**

De 'ontstaansgeschiedenis' van een concern kan van invloed zijn op het bepalen van de hoogte van de winst. Zo kunnen eerdere 'interne verhangingen' van vennootschappen een renteaftrekverbod dan wel een temporisering van de renteaftrek met zich meebrengen. De bepalingen in de vennootschapsbelasting die hierop zien, zijn opgenomen om winstdrainage tegen te gaan. Winstdrainage kan worden omschreven als het samenstel van rechtshandelingen waardoor op in Nederland belastbare winsten lasten komen te drukken zonder dat de tegenover die lasten staande baten in Nederland of elders in de wereld (effectief) belast kunnen worden<sup>(44)</sup>.

Een voorbeeld gebaseerd op dit onderzoek kan het bovenstaande verduidelijken. Stel, de moedermaatschappij verwerft de dochter van een verbonden lichaam (interne verhangings). Om deze deelneming te financieren is de moeder met een (ander) verbonden lichaam een geldlening overeengekomen. Wanneer de moedermaatschappij over onvoldoende winstpotentie beschikt om de rentelasten te verrekenen kunnen de moeder en de dochter besluiten om een fiscale eenheid aan te gaan. Hierdoor worden de rentelasten van de geldlening en de winstpotentie van de overgenomen dochter samengebracht in één belastingplichtige (de FE) waardoor extra mogelijkheden ontstaan om de rentelasten te verrekenen met winsten.

Een dergelijke situatie kan ook worden bewerkstelligd door gebruik te maken van de bedrijfsfusiefaciliteit. Dit geschiedt bijvoorbeeld wanneer de moeder (een zelfstandig onderdeel van) haar onderneming (waartoe de geldlening behoort) overdraagt aan de dochter, tegen uitreiking van aandelen in de dochtermaatschappij. In deze situatie zijn ook de rentelasten en de winstpotentie bijeengebracht in één lichaam (zie *Figuur 4, situatie A*).

<sup>41</sup> Zie hieromtrent: L.W. Sillevius en N.H. de Vries, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, 2.5.1.B.g3.

<sup>42</sup> Zie hieromtrent: Resolutie 1 juli 1993, BNB 1994/76, punt 2.5. sub c.

<sup>43</sup> Zie hieromtrent: L.W. Sillevius en N.H. de Vries, a.w. 2.5.1.B.g3. Zie tevens: Hof Amsterdam 22 mei 2001, nr. 00/0740, V-N 2002/4.16, blz. 568-570. In deze casus wilde de belanghebbende alsnog de afschrijvingen van 1995 tot en met 1998 ten laste brengen van zijn winst in 1998, als gevolg van het terugnemen van de bedrijfsfusiefaciliteit (vervreemdingsverbod overtreden). Het hof oordeelde echter dat de nu niet is gebleken dat bij de overdrager over de goodwill vennootschapsbelasting is geheven, de overnemer geen recht heeft (inhaal)afschrijving.

<sup>44</sup> Zie voor de definitie: L.W. Sillevius en N.H. de Vries, a.w. 2.7.0.F.

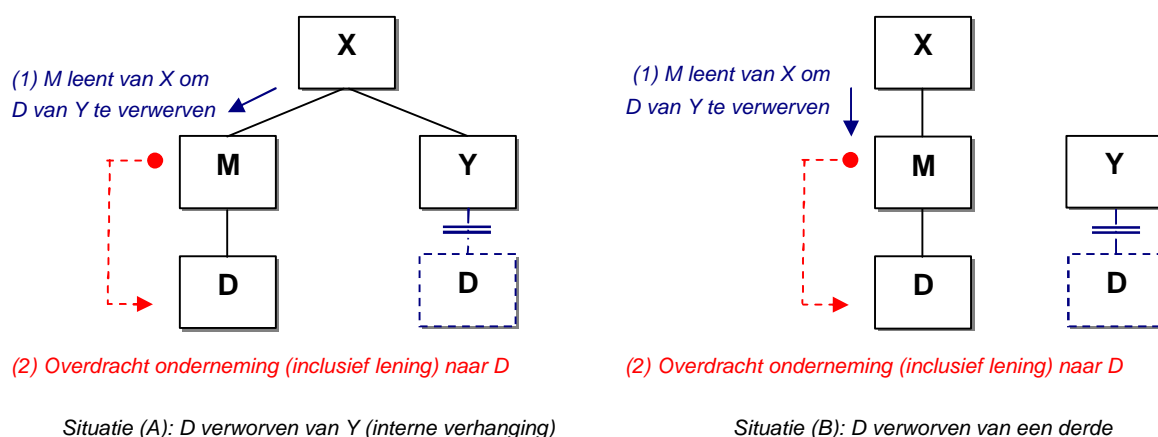


Met de introductie van artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 heeft de wetgever getracht een eind te maken aan deze vorm van winsterosie. Dit artikel regelt – grofweg – dat bij het bepalen van de winst, renten ter zake van een geldlening verschuldigd aan een verbonden lichaam of een verbonden persoon, niet in aftrek komen indien de geldlening verband houdt met een rechtshandeling waarbij de debiteur aandelen verwerft in een verbonden lichaam<sup>(45)</sup>.

Ook wanneer de onderneming van de moeder (waartoe de geldlening behoort) met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit wordt overgedragen aan de dochtermaatschappij blijft het renteaftrekverbod naar mijn mening gehandhaafd door de laatste volzin van artikel 14 lid 1 en lid 2 Wet Vpb'69. Hier heeft de wetgever bepaald dat de overnemer ten aanzien van alle vermogensbestanddelen die in het kader van de bedrijfsfusie zijn verkregen in de plaats treedt van de overdrager. Het renteaftrekverbod van artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 blijft, met andere woorden, ook van kracht wanneer de geldlening in het bezit is gekomen van de dochtermaatschappij<sup>(46)</sup>.

Het is echter de vraag of in de situatie waarin de bedrijfsfusie ruisend verloopt en de indeplaatsstellingsbepaling aldus niet van toepassing is, een zelfde resultaat wordt bereikt. In een dergelijke situatie moet mijns inziens opnieuw moet worden bekeken of aan de voorwaarden van artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 is voldaan en de lening als zodanig (nog steeds) is 'besmet' dan wel is 'ontsmet'<sup>(47)</sup>. Komt men tot de conclusie dat de lening door de ruisende bedrijfsfusie is ontsmet, dan is het in stand blijven van het renteaftrekverbod bij een geruisloze bedrijfsfusie mijns inziens onterecht en een uitbereiding van de heffingsrechten.

Figuur 4: Winstdrainage door toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit<sup>(48)/(49)</sup>



<sup>45</sup> In artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 is bepaald dat met het 'verwerven van aandelen' wordt gelijkgesteld de 'storting op aandelen'.

<sup>46</sup> R.J. de Vries, Voorgestelde aanpassingen van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op de uitholling van de belastinggrondslag, FED 1996/434, blz. 1539, paragraaf 2.4.1. De Vries is van mening dat het aangaan van een FE tussen de inlenende moeder en de verworven dochter (interne verhangung) niet aan de toepassing van artikel 10a lid 2 Wet Vpb'69 in de weg staat. Ten aanzien van de juridische fusie tussen de inlenende moeder en de verworven dochter oordeelt de Vries overeenkomstig. Zie tevens: MvT, TK 24 696, vergaderjaar 1995-1996, nr. 3, blz. 18.

<sup>47</sup> Sillevius en de Vries zijn van mening dat uit de parlementaire behandeling van artikel 10a Wet Vpb'69 valt op te maken dat een dynamische toepassing is beoogd. Of de rente in aftrek komt moet telkens opnieuw worden bekeken. Zie hieromtrent: L.W. Sillevius en N.H. de Vries, Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2.2.3.A.c5.

<sup>48</sup> Indien de dochter wordt verworven van een verbonden lichaam (en in sommige gevallen van een verbonden persoon) is het renteaftrekverbod van artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 van toepassing (situatie A). Indien de dochter is verworven van een 'derde' of artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 niet van toepassing op grond van een tegenbewijsregeling zijn de bepalingen omtrent rentetemporerisatie van toepassing (14a lid 8 en lid 9 Wet Vpb'69; 14b lid 6 en lid 7 Wet Vpb'69; 15 lid 4 en lid 5 Wet Vpb'69; 15ad Wet Vpb'69) (situatie B).

<sup>49</sup> De interne reorganisatie kan naast de bedrijfsfusie (zie voorbeeld) ook plaatsvinden, door gebruik te maken van de afsplitsingsfaciliteit (in dat geval zal de dochter aandelen moeten uitgeven aan de aandeelhouder(s) van de moeder), door gebruik te maken van de fusiefaciliteit (de dochter verdwijnt) of door het aangaan van een FE (moeder en dochter zijn een belastingplichtige).

In de situatie waarin de dochter is verkregen van een niet-verbonden lichaam (derde) mist artikel 10a Wet Vpb'69 werking (zie *Figuur 4, situatie B*)<sup>(50)</sup>. In dit geval is immers géén sprake van het verwerven van een verbonden lichaam. Is de rente verschuldigd op de geldlening die met een verbonden lichaam is overeengekomen nu dan wel aftrekbaar? Artikel 14 Wet Vpb'69 bevat géén bepaling die in deze situatie de renteaftrek expliciet belemmert. In zoverre kan worden betoogd dat de renteaftrek in deze situatie kan plaatsvinden. Sillevius en de Vries bepleiten echter dat met behulp van de antimisbruikbepaling van artikel 14 lid 4 Wet Vpb'69 winstdrainage kan worden tegengegaan door de faciliteit te onthouden (zie §2.4.5; *De antimisbruikbepaling van de bedrijfsfusiefaciliteit*)<sup>(51)</sup>. Volgens Kruiswijk biedt de toepassing van de antimisbruikbepaling van de bedrijfsfusiefaciliteit echter géén uitkomst aangezien deze slechts ziet op situaties van evident misbruik<sup>(52)</sup>. Ik ben echter van mening dat de antimisbruikbepaling in sommige gevallen uitkomst kan bieden, maar zeker niet in alle gevallen waarin winstdrainage zich voordoet. Zo mag een bedrijfsfusie niet in overwegende mate zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. In een situatie waarin de bedrijfsfusie slechts wordt toegepast om de rentekosten van de moeder te kunnen salderen met de winstpotentie van de dochter (winstdrainage), is er in mijn optiek slechts sprake van een fiscaal motief en zal de fiscale Faciliëring met behulp van de bedrijfsfusie met succes kunnen worden onthouden. In een dergelijk geval wordt echter niet de renteaftrek beperkt of verboden. De moeder kan in deze situatie de rentekosten (nog steeds) ten laste van haar winst brengen. Het is echter niet waarschijnlijk dat de moeder over voldoende winstcapaciteit beschikt om de rentekosten geheel te salderen.

Is de bedrijfsfusie niet in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, maar is de toepassing van de faciliteit gegrond op een zakelijk motieven, dan zal een bijkomende winstdrainage mijns inziens niet kunnen worden bestreden. De winstdrainage is in dit geval slechts een 'bijverschijnsel'. Daarbij kan nog worden opgemerkt dat in geval van een ruisende bedrijfsfusie de antimisbruikbepaling werking mist en winstdrainage sowieso kan optreden.

Een andere mogelijkheid is dat de winstdrainage bij de bedrijfsfusie wordt voorkomen door een succesvol beroep op *fraus legis* door de fiscus. Het motief van de gefaciliteerde interne reorganisatie zal dan belastingverrijdeling moeten zijn. Verder moet de constructie in strijd zijn met doel en strekking van de wet.

Het is echter de vraag of een beroep op *fraus legis* kan slagen, aangezien voor een succesvol beroep op de bedrijfsfusiefaciliteit géén sprake mag zijn van een het ontgaan of uitstellen van belastingheffing (14 lid 4 Wet Vpb'69). Wanneer winstdrainage het hoofddoel van de bedrijfsfusie is, zal de faciliteit niet voorhanden zijn (zie vorige alinea). Een geslaagd beroep op de faciliteit impliceert dat het motief voor de toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit niet is gelegen in belastingverrijdeling, zodat mijns inziens niet wordt voldaan aan de vereisten voor de toepassing van *fraus legis*.

Misschien is *fraus legis* toch mogelijk op grond van de verschillende-wegenleer. Hiervan is sprake indien ondanks de aanwezigheid van 'zakelijke motieven' de gevolgde weg leidt tot voortdurende en willekeurige verrijdeling van belastingheffing. De staatssecretaris heeft echter in de parlementaire wetsgeschiedenis opgemerkt, dat met het opnemen van de winstdrainageregelingen het risico dat de renteaftrek voor ondernemingen na de arresten van de HR een aanzienlijke omvang zou krijgen is teruggebracht tot aanvaardbare proporties is teruggebracht<sup>(53)</sup>. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat het niet opnemen van een antiwinstdrainagebepaling in de bedrijfsfusiefaciliteit een bewuste keuze is geweest. Volgens Kruiswijk biedt als zodanig de verschillende-wegenleer dan ook géén uitkomst<sup>(54)</sup>.

<sup>50</sup> Afgezien van het verwerven van een niet-verbonden lichaam, kunnen ook situaties die onder de tegenbewijsregeling van artikel 10a lid 2 slot en lid 3 Wet Vpb'69 vallen, worden getroffen door de specifieke bepalingen (14a lid 8 Wet Vpb'69 en 14b lid 6 Wet Vpb'69 en 15 lid 4 Wet Vpb'69 en 15ad Wet Vpb'69) die de renteaftrek temporiseren. Deze gevallen worden verder niet behandeld.

<sup>51</sup> L.W. Sillevius en N.H. de Vries, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, 2.5.1.B.g.4., resteren er mogelijkheden voor oneigenlijk gebruik van de bedrijfsfusie?

<sup>52</sup> Zie hieromtrent: A. Kruiswijk, *De bedrijfsfusie: een ondergeschoven kindje?*, WFR 2001/6445, blz. 1085, n.m. paragraaf 3.3.

<sup>53</sup> TK, 24 696, vergaderjaar 1995-1996, nr. 3, blz. 16, V-N 1996, blz. 1733.

<sup>54</sup> Zie hieromtrent: A. Kruiswijk, *De winstdrainageregelingen en het leerstuk van de wetsontduiking*, WFR 2002/6501, blz. 1501, m.n. paragraaf 3.4.

### H3; De interne reorganisatie met behulp van de juridische splitsingsfaciliteit

#### §3.1: Artikel 14a Wet Vpb'1969

De juridische (af)splitsing is met terugwerkende kracht tot 1 januari 1998 in ons Burgerlijk Wetboek verschenen<sup>(1)</sup>. De bepalingen omtrent de juridische (af)splitsing zijn opgenomen in titel 7, afdeling 4 en 5 van boek 2. In artikel 2:334a BW zijn een tweetal splitsingsvormen beschreven, te weten: de zuivere splitsing en de juridische afsplitsing. Aangezien de eerste variant geen waarde heeft voor dit onderzoek, zal deze verder niet worden besproken. Het derde lid van artikel 2:334a BW beschrijft de afsplitsing als: 'een rechtshandeling waarbij het vermogen of een deel daarvan van een rechtspersoon, die bij de splitsing niet ophoudt te bestaan onder algemene titel overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving wordt verkregen, door een of meer andere rechtspersonen, waarvan tenminste één overeenkomstig het bepaalde in deze of de volgende afdeling lidmaatschapsrechten of aandelen in zijn kapitaal toekent aan leden of aan aandeelhouders van de splitsende rechtspersoon, of waarvan tenminste één bij de splitsing door de splitsende rechtspersoon wordt opgericht'.

Een belangrijk civielrechtelijk kenmerk van de juridische afsplitsing, is dat het gehele vermogen of een gedeelte van het vermogen van de afsplitsende vennootschap onder algemene titel overgaat naar de verkrijger (2:324a BW). Een ander opvallend element in de definitie van de juridische afsplitsing is, dat in tegenstelling tot de hierna te bespreken juridische fusie (H4; *De interne reorganisatie met behulp van de juridische fusiefaciliteit*) en de in dit hoofdstuk verder onbesproken juridische splitsing, de overdragende vennootschap (afsplitser) niet verdwijnt.

Met ingang van 1 januari 2001 zijn de fiscale gevolgen van een juridische (af)splitsing voor de aandeelhouder-ondernemers, die zijn onderworpen aan de inkomstenbelasting, geregeld in artikel 3.56 Wet IB'01. Ook aandeelhouders-resultaatgenieters zijn via de schakelbepaling van artikel 3.95 Wet IB'01 onderworpen aan de regels van het hierboven vermelde artikel. Verder geldt artikel 3.56 Wet IB'01 ook voor aandeelhouders-rechtspersonen via de schakelbepaling van artikel 8 lid 1 Wet Vpb'69.

Voor de aandeelhouders die een aanmerkelijk belang in de afsplitsende vennootschap bezitten, zijn de fiscale gevolgen van een juridische fusie te vinden in de artikelen 4.16 lid 1 sub d jo 4.41 jo 4.42 Wet IB'01.

Voor alle hierboven genoemde aandeelhouders geldt dat zij worden geacht de aandelen in de afsplitser ten tijde van de juridische fusie te hebben vervreemd. Om directe heffing over de belastingclaim te voorkomen bieden de verschillende artikelen de aandeelhouders de mogelijkheid de claim door te schuiven. Voor de aandeelhouders wiens bezit valt onder de deelnemingsvrijstelling, vormt de fictieve vervreemding géén onderdeel van de winstbepaling en heeft een juridische (af)splitsing voorzover geen gevolgen voor de heffing van de vennootschapsbelasting. Wel zijn in artikel 13h en 13j Wet Vpb'69 maatregelen getroffen om te voorkomen dat claimverlies optreedt, als gevolg van een samenloop van de deelnemingsvrijstelling enerzijds en de juridische (af)splitsing anderzijds<sup>(2)</sup>. Ter illustratie kan worden gedacht aan de situatie dat een aandelenbezit pas later wordt gekwalificeerd als deelneming en onder de deelnemingsvrijstelling valt, terwijl voor deze kwalificatie een beroep is gedaan op de doorschuiffaciliteit van artikel 3.56 Wet IB'01. Zonder nadere regels zou deze situatie tot een claimverlies kunnen leiden.

De fiscale gevolgen van een juridische (af)splitsing voor de afsplitsende en verkrijgende vennootschappen zijn geregeld in artikel 14a Wet Vpb'69. De afsplitsende vennootschap wordt geacht zijn vermogensbestanddelen die in het kader van de splitsing overgaan, ten tijde van de splitsing te hebben overgedragen aan de verkrijgende vennootschap. Deze fictie is noodzakelijk omdat een overgang onder algemene titel geen vervreemding inhoudt<sup>(3)</sup>.

Om de vennootschapsbelastingclaim uit te stellen biedt artikel 14a Wet Vpb'69 een tweetal faciliteiten. Allereerst

<sup>1</sup> Wet van 24 december 1998, Stb. 776.

<sup>2</sup> Zie hieromtrent onder andere: M. Bakker, H.G.M. Dijstelbloem, Doorschuiffaciliteiten bij fusie en splitsing in 2001, Ondernemingsrecht 2000, nr. 14, blz. 407, paragraaf 4.2.2.

<sup>3</sup> Zie hieromtrent: R.J. de Vries, Juridische fusie en de gevolgen van een overgang van vermogen onder algemene titel in de vennootschapsbelasting (I), FED 1997/153, blz. 593.

is in het tweede lid een wettelijke doorschuifregeling opgenomen. Indien de belastingplichtige voldoet aan de daar gestelde eisen en indien de juridische (af)splitsing niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, kan zonder nader verzoek de juridische (af)splitsing geruisloos plaatsvinden. Wel kan de belastingplichtige, indien hij of zij zekerheid wenst omtrent de vraag of de (af)splitsing niet wordt geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, een verzoek indienen bij de inspecteur, die daarop in een voor bezwaar vatbare beschikking beslist (14a lid 10 Wet Vpb'69).

Indien niet aan de vereisten in het derde lid is voldaan, kan de belastingplichtige trachten de belastingheffing uit te stellen door een beroep te doen op het derde lid (doorschuiven van de claim op verzoek).

Het gevolg van de geruisloze fusie, is dat de verkrijgende vennootschap met betrekking tot de vermogensbestanddelen die in het kader van de juridische fusie zijn verkregen, in de plaats treedt van de verdwijner (indeplaatsstelling). In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat de verkrijger de fiscale boekwaarden van de verdwijnende vennootschap overneemt. Verder behoudt, naar de mening van de staatssecretaris, onder andere een 13b Wet Vpb'69-vordering haar status en blijft een renteaftrekverbod op grond van artikel 10a Wet Vpb'69 ook bij de verkrijger van kracht<sup>(4)</sup>.

De keuze van het (af)splitsende en het verkrijgende lichaam om te opteren voor een fiscale Faciliëring laat de keuze van de aandeelhouder(s) onaangetaast. Dit betekent dat een aandeelhouder onafhankelijk van het afsplitsende lichaam (én onafhankelijk van de andere aandeelhouders) kan kiezen of hij gebruik wil maken van de doorschuiffaciliteit.

Nu bij juridische (af)splitsingsfaciliteit in de nationale wetgeving géén onderscheid wordt gemaakt tussen zuiver nationale (af)splitsingen en internationale (af)splitsingen, lijkt hetgeen is opgemerkt in §2.2; *Artikel 14 Wet Vpb'69 2<sup>o</sup> alinea*, van overeenkomstige toepassing op deze faciliteit<sup>(5)</sup>.

### §3.2; De interne reorganisatie met behulp van de afsplitsingsfaciliteit

De interne reorganisatie kan geruisloos worden bewerkstelligd door het toepassen van de afsplitsingsfaciliteit. De zuivere splitsingsvariant, zoals hierboven reeds is aangegeven, is in dit onderzoek géén bruikbaar instrument. De afsplitsingsvariant kan worden toegepast indien de moedermaatschappij een deel van haar vermogensbestanddelen wil overdragen aan een 'nieuw' op te richten dochter (zie *Figuur 5, situatie A*). Een 'uitzak' van vermogensbestanddelen van de moedermaatschappij naar een reeds 'bestaande' dochter is op grond van de tekst van artikel 2:334a lid 3 BW alleen mogelijk indien de aandeelhouders van de moeder aandelen verkrijgen in de dochtermaatschappij (zie *Figuur 5, situatie B*)<sup>(6)</sup>. Deze situatie waarin de aandeelhouder van de moeder aandelen verkrijgt in de dochtermaatschappij blijft op enkele uitzonderingen na onbesproken.

Een afsplitsing van (een deel) het vermogen van de dochter naar de moeder behoort niet tot de mogelijkheden. Net als in de omgekeerde situatie (uitzakvariant) lijkt een dergelijke afsplitsing op grond van de wet mogelijk, maar wordt niet de gewenste structuurwijziging tot stand gebracht, waardoor afsplitsing niet mogelijk is<sup>(7)</sup>.

*Figuur 5: interne reorganisatie met behulp van de afsplitsingsfaciliteit.*



*Situatie (A): Overdracht aan nieuw opgerichte dochter*

*Situatie (B): Overdracht aan een bestaande dochter*

<sup>4</sup> Zie hieromtrent: MvT, TK, 25 709, vergaderjaar 1997-1998, nr. 3, blz. 11-12, V-N 1997, blz. 4270-4271.

<sup>5</sup> MvT, TK, 26 728, vergaderjaar 1998-1999, nr. 3, blz. 53.

<sup>6</sup> Zie hieromtrent: M.P. van Scheijndel, I. Roos, *Splitsing van rechtspersonen; juridische geregeld, fiscaal begeleid, Fiscaal Actueel*, Kluwer, Deventer 1998, blz. 27-28. Zie ook: MvT, TK, 24 702, vergaderjaar 1995-1996, nr. 3, blz. 5, derde alinea.

<sup>7</sup> Zie hieromtrent: M.P. van Scheijndel, I. Roos, a.w. blz. 28. Zie ook: MvT, TK, 24 702, vergaderjaar 1995-1996, nr. 3, blz. 5, derde alinea.

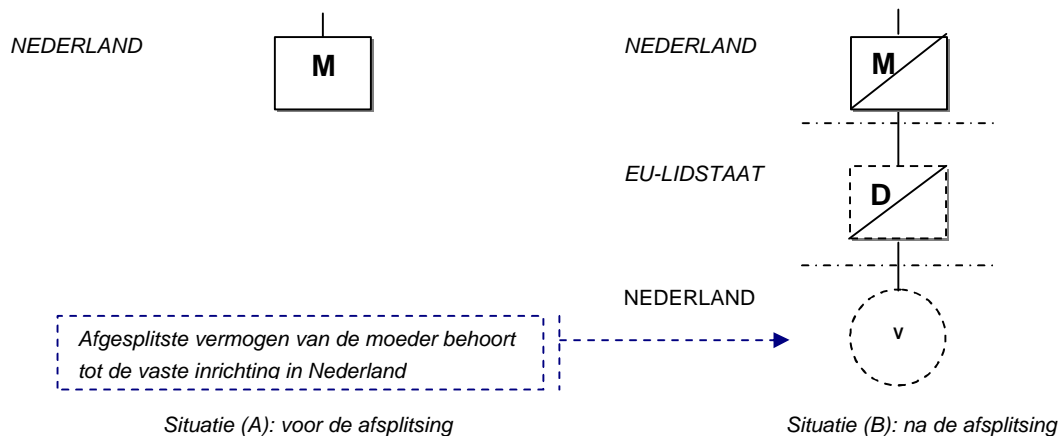
**§3.3; Een nadere beschouwing van enkele voorwaarden bij de juridische splitsingsfaciliteit**

**§3.3.1; Subjecten bij de juridische afsplitsingsfaciliteit**

De juridische (af)splitsingsfaciliteit van artikel 14a Wet Vpb'69 kan door elke belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting worden toegepast. Natuurlijk gelden voor de naar Nederlands recht opgerichte lichamen de beperkingen die wordt gesteld door het Nederlandse civiele recht. Zo bepaalt artikel 2:308 BW dat de juridische (af)splitsing kan worden toegepast door verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, stichtingen en naamloze en besloten vennootschappen. Aangezien de eerste vier rechtspersonen buiten het bestek van dit onderzoek vallen zal hier verder geen aandacht aan worden besteed. In de vennootschapsbelasting wordt vanaf 1 januari 2001 niet meer verwezen naar het Nederlandse civiele recht<sup>(8)</sup>. Dit betekent dat ook een naar buitenlands recht opgericht lichaam, dat feitelijk in Nederland is gevestigd, een beroep kan doen op de fusiefaciliteit (14a lid 2 jo lid 3 jo lid 13). Zo kan een naar Frans recht opgerichte moedermaatschappij (bijvoorbeeld een SA) een beroep doen op de juridische afsplitsingsfaciliteit. In zo'n geval bepaalt het Franse civiele recht of er sprake is van een juridische afsplitsing als bedoeld in artikel 14a Wet Vpb'69<sup>(9)</sup>. Wèl is het van belang op te merken dat het Nederlandse recht lijdend blijft in die zin dat de inhoud die naar Nederlands recht toekomt aan het begrip 'overgang onder algemene titel' en het begrip 'juridische afsplitsing', beslissend is voor de vraag of een buitenlandse rechtshandeling kwalificeert als overgang onder algemene titel in het kader van een juridische (af)splitsing, in de zin van artikel 14a Wet Vpb'69<sup>(10)</sup>.

Met ingang van 1 januari 2001 is het echter ook mogelijk gebruik te maken van de juridische (af)splitsingsfaciliteit indien één of meer van de bij de afsplitsing betrokken rechtspersonen een in een andere EU-lidstaat gevestigde vennootschap is (14a lid 1 jo 2 jo 3 jo 13 Wet Vpb'69 jo 3:55 Wet IB'01)<sup>(11)</sup>. Als voorbeeld kan dienen een naar Nederlands recht opgerichte moedermaatschappij die ook feitelijk in Nederland is gevestigd en die een deel van haar vermogen afsplitst naar een nieuw naar Nederlandse recht opgericht lichaam, dat feitelijk in een EU-lidstaat is gevestigd. In een dergelijk geval kan gebruik worden gemaakt van de afsplitsingsfaciliteit voorzover de afgesplitste vermogensbestanddelen van de moeder bij de nieuw opgerichte dochter gaan behoren tot een in Nederland gedreven vaste inrichting (Zie *Figuur 6*). Wanneer de vennootschappen in dit voorbeeld beide waren opgericht naar 'vreemd' civiel recht was de afsplitsing ook mogelijk geweest<sup>(12)</sup>.

*Figuur 6: Grensoverschrijdende juridische afsplitsing.*



<sup>8</sup> Voor de invoering van de Wet IB'01 werd in artikel 68a lid 1 Wet IB'64 en in artikel 14a lid 1 Vpb'69 (oud) expliciet verwezen naar de juridische (af)splitsing op de voet van artikel 2:324a BW. Zie hieromtrent verder: L.W. Sillevius en N.H. de Vries, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, 2.6.0.B.a.

<sup>9</sup> Zie hieromtrent: NnNV, TK, 26 727, vergaderjaar 1999-2000, nr. 17, blz. 72, V-N BP21/6.5, blz. 1916, derde alinea.

<sup>10</sup> Zie hieromtrent: Besluit 4 januari 2000, nr. DB99/1307M, BNB 2000/102, paragraaf 2 toelichting.

<sup>11</sup> Zie hieromtrent: P.C. van der Vegt, *Doorschuiwing bij juridische splitsing en fusie vanuit Europees perspectief*, WFR 2001/6447, blz. 1165, paragraaf 2.1.

<sup>12</sup> Het Nederlandse civiele recht verbiedt een juridische (af)splitsing waarbij vennootschappen zijn betrokken die naar verschillend recht zijn opgericht. Zo is bijvoorbeeld een afsplitsing van een van het vermogen van een Nederlandse NV naar een Franse SA met een vaste inrichting in Nederland niet mogelijk. Zie hieromtrent: 2:334b lid 1 en lid 2 BW.

Een niet onbelangrijke laatste opmerking, is dat de artikelen 14a lid 2 en 3 Wet Vpb'69 ook eisen dat voor het bepalen van de winst bij de afsplitsende en de verkrijgende vennootschap(en) dezelfde bepalingen van toepassing moeten zijn. Zo zal een juridische fusie tussen een 'normale' vennootschap en een fiscale beleggingsinstelling niet geruisloos kunnen plaatsvinden. Net als bij de bedrijfsfusiefaciliteit en de later te bespreken juridische fusiefaciliteit valt het te betwijfelen of deze eis, om een beroep te kunnen doen op de wettelijke doorschuifaciliteit, in overeenstemming is met de fusierichtlijn.

### **§3.3.2; Het voorwerp van de overdracht**

Zoals hierboven reeds is opgemerkt kan bij een afsplitsing het (gehele) vermogen van de moedermaatschappij of een deel daarvan aan de dochter worden overgedragen. De moeder is met andere woorden vrij om zelf te kiezen welk (samenstel van) vermogensbestandde(e)l(en) wordt overgedragen aan de nieuw opgerichte dochtermaatschappij. Ook losse vermogensbestanddelen, bijvoorbeeld een pand of een machine kan voorwerp van de overdracht zijn.

Zoals hierboven reeds is opgemerkt, vindt de overdracht plaats onder algemene titel. Afzonderlijke levering van de vermogensbestanddelen die overgaan van de moeder naar de dochter, zoals bij de bedrijfsfusiemethodiek, is niet aan de orde.

### **§3.3.3; Tegenprestatie bij de overgang onder algemene titel**

De bedrijfsfusiefaciliteit bepaalt dat de overdracht van een (zelfstandig onderdeel van de) onderneming slechts geruisloos verloopt, indien overdragende vennootschap als tegenprestatie nieuwe aandelen verkrijgt in de overnemer. De juridische afsplitsingsfaciliteit in de vennootschapsbelasting kent daarentegen géén bepaling die de verkrijgende vennootschap een dergelijke verplichting oplegt. Dit verschil tussen enerzijds de bedrijfsfusiefaciliteit en anderzijds de juridische afsplitsingsfaciliteit is te verklaren door de systematiek van de beide faciliteiten. De juridische afsplitsing kent namelijk (zoals reeds is opgemerkt in dit hoofdstuk) naast het afsplitsende en het verkrijgende lichaam, ook de aandeelhouders van het afsplitsende lichaam als contractspartij. De aandeelhouders van het afsplitsende lichaam worden immers van rechtswege aandeelhouder in de verkrijgende vennootschap. Hier openbaart zich het verschil met de bedrijfsfusiefaciliteit waarbij de aandeelhouders geen directe rol spelen bij de uitvoering van de fusie. Bij de bedrijfsfusie wordt namelijk de overdragende vennootschap een (gedeeltelijke) houdstermaatschappij en verkrijgt de overnemende vennootschap de onderneming onder bijzondere titel. Zoals in §2.3; *De interne reorganisatie met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit* reeds is opgemerkt, is de rol van de aandeelhouders bij de bedrijfsfusie slechts indirect<sup>(13)</sup>. Bovenstaande impliceert daarentegen tegen niet, dat géén vereisten worden gesteld aan de tegenprestatie van de overgang van de vermogensbestanddelen. Hierboven is reeds opgemerkt dat volgens het civiele recht alleen een juridische fusie tot stand kan komen indien de aandeelhouders van de verdwijnende rechtspersoon aandeelhouder worden van de verkrijger (2:334e BW). Dit is echter anders indien de moeder afsplitst naar een door haar opgerichte dochter waarvan zij alle aandelen houdt. In dat geval geldt niet de eis tot uitgifte van aandelen in de dochter aan de aandeelhouders van de moeder (2:334e lid 3 sub a Wet Vpb'69).

Artikel 2:334x lid 2 BW bepaalt verder dat bij een ruilverhouding maximaal een tiende van het nominale bedrag van de toegekende aandelen in geld of schuldvorderingen mag worden toegekend (dit geldt alleen voor NV's en BV's). In de situatie dat de moedermaatschappij (een deel van) haar vermogen onder algemene titel afsplitst aan de nieuw opgerichte dochtervennootschap, kan dus maximaal een tiende van het nominaal bedrag van de toegekende aandelen in geld of in de vorm van een schuldvordering worden toegekend.

Zoals in de vorige paragraaf is opgemerkt, is de juridische afsplitsingsfaciliteit ook van toepassing op vennootschappen die naar buitenlandsrecht zijn opgericht<sup>(14)</sup>. Op deze vennootschappen is het buitenlandse

<sup>13</sup> Zie hieromtrent: voetnoot 15 in hoofdstuk 2.

<sup>14</sup> In artikel 14a Wet Vpb'69 wordt niet meer verwezen naar het Nederlandse civiele recht. Zie hieromtrent: L.W. Sillevius en N.H. de Vries, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, 2.6.0.B.a.

civiele recht van toepassing en als zodanig bestaat de mogelijkheid (theoretisch) dat hierin ruimere mogelijkheden zijn geschapen voor de bijbetaling in de vorm van contanten en/of schuldvorderingen<sup>15</sup>. Desondanks zijn excessen - in mijn optiek - ingeperkt aangezien het Nederlandse civiele recht leidend is in die zin, dat de inhoud die naar Nederlands recht toekomt aan het begrip 'overgang onder algemene titel' en het begrip 'juridische (af)splitsing', beslissend is voor de vraag of een buitenlandse rechtshandeling kwalificeert als een overgang onder algemene titel in het kader van een juridische (af)splitsing, in de zin van artikel 14a Wet Vpb'69. Mijns inziens zal een buitenproportionele afwijking van de bijbetaling in het buitenlandse civiele recht tot gevolg hebben dat juridische afsplitsing ruisend verloopt.

Voor de fiscale implicaties van de aandeelhouders verwijs ik naar §3.1: *Artikel 14a Wet Vpb'1969*. Wel wil ik hier opmerken dat in artikel 3.56 lid 2 laatste volzin Wet IB'01 en in 4.41 lid 4 Wet IB'01 is opgemerkt dat op een bijbetaling de doorschuiffaciliteit niet van toepassing is.

#### **§3.3.4; Verliesverrekening bij concernlichamen na de interne reorganisatie**

In geval van zuivere splitsing mogen zowel de splitsende vennootschap als de verkrijgende vennootschappen géén aanspraak hebben op voorwaarts te verrekenen verliezen. Uit de formulering van de tekst in artikel 14a lid 2 Wet Vpb'69 valt op te maken dat in geval van een afsplitsing de afsplitser wél over te verrekenen verliezen mag beschikken. Dit blijkt ook uit de toelichting op de standaardvoorwaarden<sup>16</sup>. Hier is opgemerkt dat nu de afsplitsende rechtspersoon niet ophoudt te bestaan, zijn aanspraken op verrekening van verliezen niet verloren gaan. Met andere woorden: de verliezen blijven bij de afsplitsende rechtspersoon achter en kunnen bij deze rechtspersoon worden verrekend. Indien de moeder (als afsplitser) beschikt over voorwaarts te verrekenen verliezen, dan zal ze deze de verliezen met eigen (toekomstige) winsten moeten verrekenen (20 Wet Vpb'69). Het is overigens de vraag of het stellen van de eis dat de verkrijger niet mag beschikken over voorwaarts te verrekenen verliezen wel in overeenstemming is met het EG-recht (de fusierichtlijn).

Artikel 14a lid 2 Wet Vpb'69 stelt dat de verkrijgende vennootschap niet over te verrekenen verliezen mag beschikken. Zou de verkrijgende rechtspersoon namelijk over te verrekenen verliezen mogen beschikken dan ontstaan mogelijkheden tot ruimere verliesverrekening na de afsplitsing dan daarvoor. Echter, in de basisfiguur van dit onderzoek is dit 'gevaar' niet aanwezig (zie *Figuur 5, situatie A*). De dochter wordt namelijk bij de afsplitsing door de moeder opgericht en kan als zodanig niet over voorwaarts te verrekenen verliezen beschikken. Ruimere mogelijkheden tot verliesverrekening zijn dus niet aanwezig.

Indien (een deel van) het vermogen van de moeder zou zijn afgesplitst naar een bestaande vennootschap, zijn regels met betrekking tot het verrekenen van verliezen van voor de afsplitsing wél noodzakelijk, aangezien de bestaande vennootschap een fiscaal verleden heeft (zie *Figuur 5, situatie B*)<sup>17</sup>. De verliesverrekeningsregels die in een dergelijke situatie moeten worden toegepast komen overeen met de verliesverrekeningsregels in de bedrijfsfusiefaciliteit. Voor een bespreking van de verliesverrekeningsregels verwijs ik naar §2.4.4; *verliesverrekening bij de concernlichamen na de interne reorganisatie*.

#### **§3.3.5; De antimisbruikbepaling in de juridische splitsingsfaciliteit**

Een geruisloze juridische splitsing kan ingevolge artikel 14a lid 6 Wet Vpb'69 slechts plaatsvinden, indien de splitsing niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van de belastingheffing. Om de bewijslast voor de fiscus te vereenvoudigen zijn, net als bij de bedrijfsfusie, een tweetal bewijsvermoedens opgenomen. De antimisbruikbepaling van de juridische splitsingsfaciliteit komt dermate overeen met de bepaling van de geruisloze bedrijfsfusie, dat voor een nadere behandeling van de antimisbruikbepaling naar §2.4.5; *De antimisbruikbepaling van de bedrijfsfusiefaciliteit* wordt verwezen. Wél zal in deze paragraaf nader worden ingegaan op het eerste bewijsvermoeden, aangezien enkele relevante arresten hieromtrent zijn geweest. Hetgeen hier wordt besproken geldt naar analogie ook voor de eerder behandelde antimisbruikbepaling van de bedrijfsfusiefaciliteit

<sup>15</sup> Zie hieromtrent: M.P. van Scheijndel, R.J. de Vries, Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing. Op naar 2001, WFR 1999/6366, blz. 1673, paragraaf 6.3.

<sup>16</sup> Besluit 4 januari 2000, nr. DB99/1307M, BNB 2000/102, punt 5 toelichting op voorwaarden, voorwaarde 2.

<sup>17</sup> Besluit 4 januari 2000, nr. DB99/1307M, BNB 2000/102, bijlage voorwaarde 2a-d.

en de antimisbruikbepaling van de nog te bespreken juridische fusiefaciliteit.

In een arrest en een hofuitspraak, is mijns inziens nog eens duidelijk gemaakt dat naast 'herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de overdrager en de overnemer' ook andere redenen voor de fusie/ het (af)splitsen, een 'zakelijke overweging' kunnen vormen. Zo oordeelde de HR dat het beschermen van de beroepspraktijk tegen excessieve schadeclaims als een zakelijk motief kan worden gezien<sup>(18)</sup>. Verder oordeelde het Hof Amsterdam dat een beoogde samenwerking met derden als een zakelijke overweging moet worden aangemerkt indien de samenwerking daadwerkelijk door de partijen wordt nagestreefd<sup>(19)</sup>.

Hof 's-Gravenhage heeft in mei 2002 beslist dat een splitsing ingegeven door een verschil van mening tussen twee aandeelhouders, die beide niet beschikken over doorslaggevende zeggenschap, een zakelijke overweging is. De stelling van de fiscus dat alleen sprake is van zakelijke overwegingen indien de continuïteit van de onderneming in gevaar is, vindt volgens het Hof geen grondslag in de wettekst<sup>(20)</sup>.

Verder heeft de HR in het eerder genoemde arrest ook duidelijk gemaakt dat een aandelenfusiefaciliteit ook kan worden toegepast indien géén zakelijke overwegingen aanwezig zijn, mits belastingfraude of -ontwijking niet het hoofddoel of één van de hoofddoelen van de aandelenfusie is. Bovenstaande opvatting is mijns inziens door het Hof Amsterdam bevestigd. Het Hof bepaalde dat een splitsing gebaseerd op aandeelhoudersmotieven/ het belang van de pensioengerechtigde, niet kan worden gezien als een 'zakelijke overweging'. Desondanks oordeelde het Hof dat de afwezigheid van de zakelijke overwegingen de facilitering van de splitsing niet in de weg staat, mits de splitsing niet is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing<sup>(21)</sup>.

Op basis van deze arresten moet naar mijn mening worden geconcludeerd dat een geruisloze (af)splitsing doorgang moet kunnen vinden, tenzij aan de (af)splitsing in overwegende mate 'fiscale motieven' ten grondslag liggen<sup>(22)</sup>.

### **§3.3.6; Winstdrainage en de juridische (af)splitsingsfaciliteit**

In §2.4.6; *Winstdrainage en de bedrijfsfusiefaciliteit* is reeds tot uitdrukking gebracht dat de ontstaansgeschiedenis van een concern van invloed kan zijn op het bepalen van de winst. Zo is het renteaftrekverbod van artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 behandeld. Afgezien van deze situatie die wordt bestreden door artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69, is ook ingegaan op het verwerven van een niet-verbonden lichaam door de moedermaatschappij, met behulp van een geldlening die verschuldigd is aan een verbonden lichaam (zie, *Figuur 4 situatie B*). De fiscale behandeling van de verschuldigde rente na toepassing van de (af)splitsingsfaciliteit, is in tegenstelling tot de bedrijfsfusie expliciet in artikel 14a Wet Vpb'69 geregeld en zal hieronder aan de hand van een voorbeeld worden besproken.

Wanneer de moedermaatschappij de dochter verwerft door een 'interne verhangings', gefinancierd met een geldlening die verschuldigd is aan een (ander) verbonden lichaam, verbiedt artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 de renteaftrek. Ook wanneer de geldlening vervolgens wordt afgesplitst naar de dochter, blijft op grond van artikel 14a lid 2 en lid 3 laatste volzin Wet Vpb'69 het renteaftrekverbod van kracht (de verkrijgende dochter treedt met betrekking tot alle hetgeen in het kader van de splitsing is verkregen in de plaats van de (af)splitsende rechtspersoon) (*Zie Figuur 4, situatie A*).

Zoals in de vorige alinea reeds is opgemerkt, is de situatie waarin de dochter van een niet-verbonden lichaam is verworven en de deelneming is gefinancierd met een aan een verbonden lichaam verschuldigde geldlening expliciet geregeld in de (af)splitsingsfaciliteit<sup>(23)</sup>. Artikel 14a lid 8 Wet Vpb'69 temporeert in een dergelijk geval

<sup>18</sup> HR 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111 (conclusie Van den Berge, noot J.A.G. van der Geld).

<sup>19</sup> Hof Amsterdam 1 mei 2001, nr. 00/3050, V-N 2001/39.7, blz. 4098-4102.

<sup>20</sup> Hof 's-Gravenhage 1 mei 2002, nr. 01/1182, V-N 2002/42.15, blz. 4040-4047.

<sup>21</sup> Hof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/1358, V-N 2002/20.10, blz. 2048-2052.

<sup>22</sup> Zie hieromtrent: S.F. Immerseel, Belastingontwijking: uitstel of afstel?, WFR 2002/6491, blz. 1102.

<sup>23</sup> Een rechtspersoon die een lichaam verwerft van een verbonden lichaam kan ook door de rentetemporeering worden getroffen. Zie hieromtrent: voetnoot 50 van het vorige hoofdstuk. Overigens wordt wel eerst de 'toets' van artikel 10a Wet Vpb'69 toegepast. Wanneer artikel 10a Wet Vpb'69 de renteaftrek niet verbiedt, kan rentetemporeering aan de orde komen.



de renteaftrek tot het bedrag dat de winst van het lichaam, dat de geldlening heeft opgenomen, zou hebben belopen, indien de splitsing niet zou hebben plaatsgevonden.

In de situatie waarin de moedermaatschappij haar vermogen waartoe de geldlening (schuld) behoort, afsplitst aan de dochter (en deze laatste vennootschap aandelen uitgeeft aan de aandeelhouder(s) van de moeder (*zie Figuur 5, situatie B*), is de rente aftrekbaar tot het bedrag dat de winst van de moeder zou hebben belopen indien de afsplitsing niet zou hebben plaatsgevonden. Met andere woorden: de verruimde mogelijkheden tot het salderen van de rentekosten als gevolg van de afsplitsing resulteren géén effect.

In de tweede volzin van artikel 14a lid 8 Wet Vpb'69 is ook de aftrek van de rente getemporeerd, indien de geldlening verband houdt met de verwerving dan wel de terugbetaling op aandelen welke ten gevolge van de (af)splitsing zijn uitgegeven. Op deze situatie wordt verder niet ingegaan.

De rentetemporeering in de acht volgende jaren nadat alle aandelen van de dochter in het bezit van de moeder zijn gekomen, geldt niet wanneer sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 14a lid 9 Wet Vpb'69. Hier is bepaald dat de rente zonder beperking in aftrek van de winst mag worden gebracht indien blijkt dat het lichaam waaraan de geldlening is verschuldigd in dezelfde mate vermogen uit hoofde van een geldlening heeft aangetrokken van een niet-verbonden lichaam.

## H4; De interne reorganisatie met behulp van de juridische fusiefaciliteit

### §4.1; Artikel 14b Wet Vpb'1969

De juridische fusie (fusie) is pas in 1984 opgenomen in het Burgerlijk Wetboek na het verschijnen van de derde EEG-richtlijn betreffende fusies van naamloze vennootschappen<sup>(1)</sup>. De civielrechtelijke bepalingen omtrent de juridische fusie zijn opgenomen in titel 7, afdeling 2 en 3 van boek 2. De wetgever omschrijft in artikel 2:309 BW de juridische fusie als een rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen, waarbij één van deze het vermogen van de andere onder algemene titel verkrijgt of waarbij een nieuwe rechtspersoon die bij deze rechtshandeling door hen samen wordt opgericht, hun vermogen onder algemene titel verkrijgt. Een belangrijk civielrechtelijk kenmerk van de juridische fusie, is dat de overgang van het vermogen onder algemene titel plaatsvindt (2:309 BW). Dit betekent dat naast het in acht nemen van de juridische fusievoorschriften géén extra rechtshandelingen hoeven plaats te vinden om de vermogensbestanddelen, die deel uitmaken van de verdwijnende vennootschap (verdwijner), naar de verkrijgende rechtspersoon (verkrijger) te laten overgaan<sup>(2)</sup>. Verder bepaalt de wettelijke regeling dat de rechtspersoon die het vermogen overdraagt, ophoudt te bestaan en dat de aandeelhouders in de verdwijnende vennootschap van rechtswege aandeelhouder worden in de verkrijgende vennootschap (3:111 BW)<sup>(3)</sup>.

De fiscale gevolgen van een juridische fusie zijn pas in 1992 in de Nederlandse fiscale wetgeving opgenomen<sup>(4)</sup>. Tot die tijd kon op verzoek aan de staatssecretaris fiscale begeleiding worden gevraagd. Met ingang van 1 januari 2001 is de regeling omtrent de juridische fusie gewijzigd. De wetsystematiek komt momenteel grotendeels overeen met de bepalingen omtrent de juridische (af)splitsing. Als zodanig wordt voor een overzicht van de gevolgen van de juridische fusie voor de aandeelhouders en het verdwijnende en het verkrijgende lichaam verwezen naar de §3.1: Artikel 14a Wet Vpb'1969. Het in het vorige hoofdstuk genoemde artikel 3.56 Wet IB'01 moet voor de fiscale gevolgen van een juridische fusie worden vervangen door artikel 3.57 Wet IB'01. In plaats van artikel 14a en 13j Wet Vpb'69 moet respectievelijk artikel 14b en 13k Wet Vpb'69 worden gelezen. Een verschil tussen de juridische (af)splitsing en de fusie dat niet onbesproken mag blijven, is dat de wetgever heeft bepaald dat de verdwijner ten tijde van de fusie wordt geacht te zijn opgehouden belastbare winst in Nederland te genieten. Deze laatste fictie zorgt ervoor dat onder andere fiscale reserves die niet specifiek samenhangen met vermogensbestanddelen in de belaste winst vallen.

### §4.2; De interne reorganisatie met behulp van de juridische fusiefaciliteit

De interne reorganisatie, die het uitgangspunt is van dit onderzoek, kan met behulp van de juridische fusiefaciliteit worden begeleid. Een geruisloze reorganisatie met behulp van de juridische fusiefaciliteit heeft tot gevolg dat het vermogen van de verdwijnende rechtspersoon onder algemene titel overgaat naar de verkrijger en dat, zoals de naam reeds impliceert, de eerste vennootschap verdwijnt.

In de basisfiguur staan een tweetal verschillende situaties centraal. Allereerst is er de interne reorganisatie waarbij de vermogensbestanddelen door de moedermaatschappij worden overgedragen aan de dochtermaatschappij (zie *Figuur 7, situatie A*). Deze reorganisatie kan worden gefaciliteerd met behulp van de juridische fusiefaciliteit. Na de fictieve overdracht van de vermogensbestanddelen naar de dochtermaatschappij,

<sup>1</sup> Derde Richtlijn van de EEG betreffende fusies van naamloze vennootschappen, 9 oktober 1978, nr. 78/855, Pb EG 20 oktober 1978, nr. L 295/36.

<sup>2</sup> Bij de bedrijfsfusie is géén sprake van een fusie als bedoeld in artikel 3:309 BW. Dit betekent dat de vermogensbestanddelen in het kader van de bedrijfsfusie niet onder algemene titel door de andere rechtspersoon worden verkregen. Op grond van artikel 3:80 jo 3:84 BW worden deze vermogensbestanddelen onder bijzondere titel verkregen. Dit betekent dat bij een overdracht van het vermogen in het kader van de bedrijfsfusie per vermogensbestanddeel sprake moet zijn van een geldige titel, levering en van een persoon die bevoegd is over het goed te beschikken. Zie hieromtrent: W.H.M. Reehuis/ A.H.T. Heisterkamp/ G.E. van Maanen/ G.T. de Jong, Pitlo: Het Nederlands burgerlijk recht, Goederenrecht, 11<sup>e</sup> herziene en aangevulde druk, Gouda Quint, Deventer 2001, punt 91 ev.

<sup>3</sup> Op deze laatste bepaling zijn enkele uitzonderingen. Zie hieromtrent: L.W. Sillevius en N.H. de Vries, Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2.7.0.B.d.

<sup>4</sup> Implementatie van de richtlijn 90/434/EEG; de fusierichtlijn.

verdwijnt de moeder en worden de aandeelhouders van de moedermaatschappij van rechtswege aandeelhouder in de dochtermaatschappij (2:311 lid 2 BW).

De tweede situatie die in het §1.2; *Het begrip 'interne reorganisatie'* is beschreven vormt het spiegelbeeld van de hierboven beschreven rechtshandeling. In dit geval draagt de dochtermaatschappij de vermogensbestanddelen over aan de moedermaatschappij en houdt de dochter op te bestaan (zie *Figuur 7, situatie B*). Ook deze figuur kan met behulp van de juridische fusiefaciliteit worden gefaciliteerd. In dit geval hoeven géén aandelen te worden uitgegeven (2:311 lid 2 jo 2:333 lid 1 BW).

In tegenstelling tot de bedrijfsfusiefaciliteit zijn de contractpartijen bij de juridische fusiefaciliteit niet beperkt tot de verdwijnende en de verkrijgende vennootschappen. Ook de aandeelhouders spelen een belangrijke rol. In de geschetste interne reorganisatie blijkt deze rol duidelijk. Bij de overdracht van de vermogensbestanddelen van de moedermaatschappij naar de dochter, worden de aandeelhouders van de moedermaatschappij van rechtswege aandeelhouder in de dochtermaatschappij. Deze wettelijke overgang impliceert, zoals in de vorige paragraaf duidelijk is gemaakt, voor de fiscaliteit een fictieve vervreemding met als gevolg dat moet worden afgerekend over de belastingclaim die op de vervreemde aandelen rust (zie verder §3.1: *Artikel 14a Wet Vpb'1969*).

*Figuur 7: interne reorganisatie met behulp van de juridische fusiefaciliteit.*



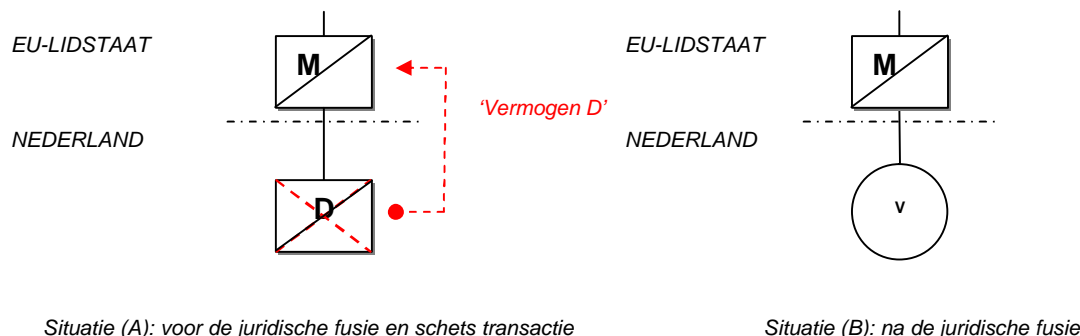
**§4.3; Een nadere beschouwing van enkele voorwaarden bij de juridische fusiefaciliteit**

**§4.3.1; Subjecten bij de juridische fusiefaciliteit**

Net als bij de juridische (af)splitsingfaciliteit geldt voor de juridische fusie dat elke belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting gebruik kan maken van de doorschuiffaciliteit. Voor opmerkingen hieromtrent wordt verwezen naar §3.3.1; *Subjecten bij de juridische afsplitsingsfaciliteit, 1<sup>e</sup> en 3<sup>e</sup> alinea*. Voor artikel 14a Wet Vpb'69 moet echter in de context van dit hoofdstuk artikel 14b Wet Vpb'69 worden gelezen. Verder moet voor het in voetnoot 10 van het vorige hoofdstuk genoemde besluit, het besluit van 19 december 2000, CPP 2000/3131M, V-N 2001/8.3, paragraaf 2 toelichting, worden gelezen. De situatie dat sprake is van een fusie waarbij tenminste één van de bij de juridische fusie betrokken rechtspersonen in één van de EU-lidstaten is gevestigd, zal hieronder wel nader worden toegelicht (14b lid 1 en 2 jo 10 Wet Vpb'69 jo 3.55 IB'01).

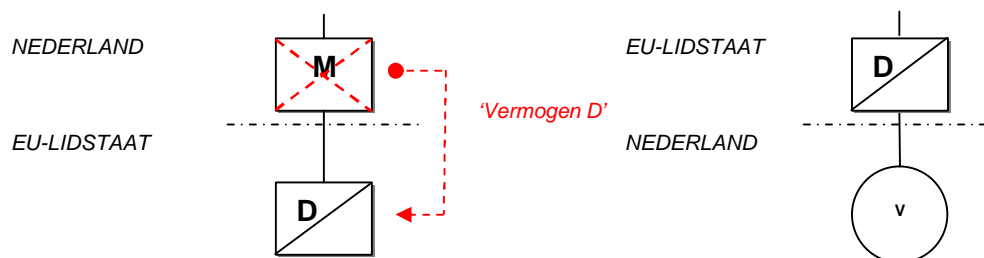
Zo kan een juridische fusie tussen een in Nederland gevestigde dochtermaatschappij en een in de EU gevestigde moeder fiscaal geruisloos verlopen, mits de vermogensbestanddelen van de dochtermaatschappij na de fusie een vaste inrichting in Nederland gaan vormen (zie *Figuur 8*).

*Figuur 8: Grensoverschrijdende juridische fusie waarbij de dochter verdwijnt.*



Ook indien de dochter in een EU-lidstaat is gevestigd, kan een overgang van het vermogen van de moeder naar de dochter geruisloos plaatsvinden, voorzover dit vermogen van de in Nederland gevestigde moeder wordt toegerekend aan een vaste inrichting in Nederland (zie Figuur 9).

Figuur 9: Grensoverschrijdende juridische fusie waarbij de moeder verdwijnt.



Situatie (A): voor de juridische fusie en schets transactie

Situatie (B): na de juridische fusie

Indien we er in beide situaties van uitgaan dat de in Nederland gevestigde vennootschappen zijn opgericht naar Nederlands recht, kan een juridische fusie alleen slagen indien de in het buitenland gevestigde vennootschappen ook naar Nederlands recht zijn opgericht. Indien daar géén sprake van is, stuit de juridische fusie af op het Nederlandse civiele recht die deze eis stelt (2:308 BW). Natuurlijk kan de fusie wel plaatsvinden indien de (beide) lichamen zijn opgericht naar het civiele recht van een ander EU-lidstaat<sup>(5)</sup>.

#### §4.3.2; Het voorwerp van de overdracht

In de vorige paragrafen is duidelijk geworden dat bij een juridische fusie het vermogen van de verdwijnende vennootschap onder algemene titel overgaat naar de verkrijger. Concreet houdt deze overgang onder algemene titel in dat alle vermogensbestanddelen van de verdwijner van rechtswege overgaan op de verkrijgende vennootschap. De vermogens van de twee fuserende rechtspersonen smelten als het ware samen en in de literatuur wordt dan ook wel gesteld dat de verkrijgende rechtspersoon de plaats inneemt van de verdwijner en haar rechtspositie voortzet<sup>(6)</sup>.

Toch geldt dat er zich situaties kunnen voordoen waarin niet alle vermogensbestanddelen van de verdwijner overgaan naar de verkrijgende vennootschap<sup>(7)</sup>. Zo is het mogelijk dat de verdwijnende vennootschap in een overeenkomst met een derde de afspraak heeft gemaakt dat de overeenkomst eindigt indien er sprake is van een juridische fusie (6:249 BW). Ook een bepaling in de statuten van een rechtspersoon kan de overgang van alle vermogensbestanddelen onder algemene titel belemmeren. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin het fuserende lichaam lid is van een vereniging en de statuten van de vereniging de overgang van het lidmaatschap als gevolg van een overgang onder algemene titel in de weg staat. Ook kan een wettelijke bepaling de overgang van alle vermogensbestanddelen aantasten. Hierbij kan onder andere worden gedacht aan vergunningen en subsidies die op grond van bestuursrechtelijke wetgeving eindigen indien zich een juridische fusie voordoet.

Uit hetgeen hierboven is opgemerkt, kan worden geconcludeerd dat de juridische fusie niet kan worden toegepast indien slechts enkele activa en/of passiva van de verdwijnende vennootschap in de belangstelling staan van de verkrijger. De juridische fusie kan slechts doorgang vinden indien er sprake is van een overgang van het gehele vermogen van de verdwijnende vennootschap, met uitzondering van de gevallen die hierboven zijn genoemd.

<sup>5</sup> Zie hieromtrent: P.C. van der Vegt, Doorschuiving bij juridische splitsing en fusie vanuit Europees perspectief, WFR 2001/6447, blz. 1165, paragraaf 2.1.

<sup>6</sup> Zie hieromtrent: R.J. de Vries, Juridische fusie en de gevolgen van een overgang van vermogen onder algemene titel in de vennootschapsbelasting, 1997/153, blz. 593.

<sup>7</sup> Zie hieromtrent: L.W. Sillevius en N.H. de Vries, Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting, 2.7.0.B.c.

**§4.3.3; Tegenprestatie bij de overgang onder algemene titel**

Net als bij de juridische (af)splitsingsfaciliteit (zie §3.3.3; *Tegenprestatie bij de overgang onder algemene titel*) geldt ook voor de juridische fusiefaciliteit dat niet in de fiscale wetgeving is neergelegd dat de aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap van rechtswege aandeelhouder worden in de verkrijgende vennootschap.

Net als in het geval van een (af)splitsing is dit wel geregeld in civiele recht (2:311 lid 2 BW). Wel zijn op deze hoofdregel enkele uitzonderingen, waaronder de situatie waarin er een 100%-deelneming bestaat tussen de moedermaatschappij als verkrijger en de dochtermaatschappij als verdwijner (2:333 BW).

Ook de bijbetaling in geld of schuldvorderingen is net als bij de juridische afsplitsing opgenomen in de civiele wetgeving en beperkt tot maximaal een tiende van het nominale bedrag van de toegekende aandelen (2:325 lid 2 BW). Voor verder opmerkingen hieromtrent wordt dan ook verwezen naar §3.3.3; *Tegenprestatie bij de overgang onder algemene titel*.

**§4.3.4; Verliesverrekening bij concernlichamen na de interne reorganisatie**

In artikel 14b lid 2 Wet Vpb'69 wordt aan de verdwijnende en verkrijgende rechtspersoon de eis gesteld zij géén aanspraak kunnen maken op verrekening van verliezen (20 Wet Vpb'69). Indien reeds één van de lichamen die bij de interne reorganisatie is betrokken recht heeft op de verrekening van verliezen, is de wettelijke geruisloze juridische fusie uitgesloten. In dit geval rest de belastingplichtige slechts een beroep op het derde lid van artikel 14b Wet Vpb'69. Hier is het doorschuiven van de vennootschapsbelastingclaim op verzoek geregeld.

Belastingplichtigen die ondanks de verrekenbare verliezen een geruisloze juridische fusie wensen, kunnen hiertoe een verzoek indienen bij de inspecteur. Op het verzoek van de rechtspersonen beslist de inspecteur in een voor bezwaar vatbare beschikking waarin de voorwaarden zijn opgenomen waaronder de winst behaald op grond van artikel 14b lid 1 Wet Vpb'69 buiten aanmerking mag blijven. Aangezien zich vaak dezelfde situaties voordoen, zijn ook voor de juridische fusiefaciliteit standaardvoorwaarden gepubliceerd<sup>(8)</sup>.

Het is echter de vraag of het wettelijk recht op de doorschuiffaciliteit mag worden onthouden indien er bij de overnemer dan wel bij de overdrager aanspraak is op verrekening van verliezen, aangezien de richtlijn deze beperking niet kent.

In de standaardvoorwaarden bij de juridische fusiefaciliteit is bepaald hoe ná de juridische fusie gemaakte winsten (nafusiewinsten) moeten worden verrekend met verliezen ontstaan voor de juridische fusie (voorfusieverliezen).

Indien de verkrijgende rechtspersoon, die betrokken is bij de interne reorganisatie verliezen bezit, moeten de nafusiewinsten van deze vennootschap worden gesplitst<sup>(9)</sup>. Zo zal een deel van de nafusiewinst betrekking hebben op de voor de fusie gedreven onderneming van de overnemer en het andere deel betrekking hebben op de onderneming van de verdwijnende vennootschap. Na de winstsplitsing vindt de horizontale verliesverrekening plaats<sup>(10)</sup>. Deze horizontale verliesverrekening behelst een saldering van eventuele verliezen die zijn ontstaan als gevolg van de toegepaste winstsplitsing. Deze verrekening dient te geschieden met de nafusiewinst die is toe te rekenen aan de onderneming van de verkrijgende rechtspersoon<sup>(11)</sup>.

Op de nafusiewinst van de onderneming van de verkrijgende vennootschap (na de horizontale verliesverrekening) worden ook nog de verliezen in mindering gebracht die reeds voor het fusietijdstip bij de verdwijnende rechtspersoon ten laste van de belastbare winst zijn gekomen<sup>(12)</sup>. Resteert na bovenstaande handelingen nog een positief resultaat bij de verkrijger, dan mag op deze winst het voorfusieverlies van de verkrijgende vennootschap in mindering worden gebracht<sup>(13)</sup>.

<sup>8</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3131M, V-N 2001/8.3.

<sup>9</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3031M, punt 5, toelichting op voorwaarde 2 en bijlage, punt 2a.

<sup>10</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3031M, punt 5, toelichting op voorwaarde 2 en bijlage, punt 2b.

<sup>11</sup> In de basisfiguur is slechts sprake van één verdwijnende vennootschap en één verkrijgende vennootschap. Desalniettemin kan er bij een winstsplitsing ook sprake zijn van meer dan twee ondernemingen. Denk bijvoorbeeld aan een juridische fusie die een tweetal verdwijnende lichamen kent. In zo'n geval moet(en) bij de horizontale verliesverrekening de/het verlie(s)zen na winstsplitsing zoveel mogelijk worden verrekend met de winst(en) van de rechtsperso(n)en die geen recht hebben op verliesverrekening van voorfusieverliezen. Zie hieromtrent de standaardvoorwaarde die is genoemd in voetnoot 10.

<sup>12</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3031M, punt 5, toelichting op voorwaarde 2 en bijlage, punt 2c.

<sup>13</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3031M, punt 5, toelichting op voorwaarde 2 en bijlage, punt 2d.

Natuurlijk bestaat ook de mogelijkheid dat bij de verdwijnende vennootschap te verrekenen verliezen aanwezig zijn. Zonder nadere regels zullen deze verliezen verdampen, aangezien deze vennootschap ophoudt te bestaan. Om deze onwenselijke situatie tegen te gaan heeft de staatssecretaris reeds ten tijde van de parlementaire behandeling toegezegd met een tegemoetkoming voor deze situatie te komen. In een besluit heeft de staatssecretaris dan ook bepaald dat op verzoek van de fuserende lichamen het verlies van de verdwijnende vennootschap mee kan overgaan naar de verkrijger<sup>(14)</sup>. Het vaststellen van de te verrekenen voorfusieverliezen, vindt plaats overeenkomstig de methode behandeld in de alinea hierboven<sup>(15)</sup>.

Ook kan zich de situatie voordoen dat na de fusie een verlies ontstaat (nafusieverlies), dat is toe te rekenen aan vermogensbestanddelen die in het kader van de juridische fusie zijn verkregen. Het verrekenen van dit verlies met vroegere winsten van de verdwenen vennootschap is zonder nadere regels niet mogelijk. Wel kan op verzoek verrekening van nafusieverliezen met voorfusiewinsten van de verdwenen vennootschap plaatsvinden<sup>(16)</sup>. Nafusieverliezen kunnen in ieder geval zonder nadere regels worden verrekend met voorfusiewinsten van de verkrijgende vennootschap.

#### **§4.3.5; Antimisbruikbepaling in de juridische fusiefaciliteit**

In artikel 14b lid 5 Wet Vpb'69 is (ook) voor de juridische fusiefaciliteit bepaald, dat de fusie niet geruisloos kan plaatsvinden indien deze in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Om de bewijspositie van de fiscus te verbeteren is deze antimisbruikbepaling uitgerust met één bewijsvermoeden. Indien de fusie niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de verdwijnende en de verkrijgende rechtspersoon, wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, de fusie geacht te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Nu de antimisbruikbepaling in grote mate overeenkomt met de bedrijfsfusiefaciliteit en de juridische splitsingsfaciliteit, verwijs ik voor een bespreking van de bepaling naar §2.4.5; *De antimisbruikbepaling van de bedrijfsfusiefaciliteit en §3.3.5; De antimisbruikbepaling in de juridische splitsingsfaciliteit*.

Wel is het noemswaardig dat de juridische fusiefaciliteit géén bewijsvermoeden kent bij vervreemding van de aandelen in de verkrijger. Een dergelijk vervreemdingsverbod heeft, gezien haar doel en strekking, geen functie in de juridische fusiefaciliteit aangezien deze zich niet leent voor oneigenlijk gebruik in de vorm van een vervreemding van aandelen in de verkrijgende rechtspersoon<sup>(17)</sup>.

#### **§4.3.6; Winstdrainage en de juridische fusiefaciliteit**

In de voorgaande hoofdstukken is reeds duidelijk gemaakt dat met behulp van een fusie- of splitsingsmethode en zonder nadere regelgeving, de in Nederland belastbare winst kan worden verlaagd (winstdrainage).

In 1997 is een aan de juridische (af)splitsingsfaciliteit gelijkkluidende bepaling van kracht geworden (14b lid 6 en lid 7 Wet Vpb'69). Om niet onnodig in herhaling te treden wordt dan ook voor een overzicht van de systematiek van de faciliteit verwezen naar §3.3.6; *Winstdrainage en de juridische (af)splitsingsfaciliteit*. Wel zullen in deze paragraaf enkele bijzonderheden aan de orde worden gesteld.

Tijdens de parlementaire wetgeschiedenis is opgemerkt dat het niet van belang is of de moedermaatschappij bij de juridische fusie optreedt als verkrijger of de dochtermaatschappij<sup>(18)</sup>. De beide situaties die in dit onderzoek centraal staan, worden wanneer aan de vereisten in artikel 14b lid 6 Wet Vpb'69 is voldaan, getroffen door de rentetemporisering (zie *Figuur 7*).

In artikel 10a lid 2 Wet Vpb'69 is expliciet bepaald dat het renteaftrekverbod ook geldt wanneer de geldlening is

<sup>14</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3148M.

<sup>15</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3031M, punt 3 en bijlage, voorwaarde 2.

<sup>16</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/ 3149 M.

<sup>17</sup> Zie hieromtrent: M.P. van Scheijndel, R.J. de Vries, Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing. Op naar 2001, WFR 1999/6366, blz. 1673, paragraaf 4.1.

<sup>18</sup> Zie hieromtrent: MvT, TK, 24 696, vergaderjaar 1995-1996, nr. 3, blz. 40.

verschuldigd aan een 'verbonden persoon'. Volgens artikel 10a lid 5 Wet Vpb'69 is er sprake van een natuurlijk persoon indien deze persoon voor tenminste een derde gedeelte een belang heeft in de belastingplichtige of in een met hem verbonden lichaam. In artikel 14b lid 6 en lid 7 Wet Vpb'69 alsook in artikel 14a lid 8 en lid 9 Wet Vpb'69 en het later te bespreken artikel 15 lid 4 en lid 5 Wet Vpb'69 wordt slechts gesproken van een verbonden lichaam. In de literatuur is deze afwijking bekritiseerd<sup>(19)</sup>. Het is onduidelijk waarom de wetgever een dergelijk verschil aanbrengt tussen artikel 10a lid 2 Wet Vpb'69 en de bepalingen omtrent rentetemporisering. Het weglaten van de natuurlijk persoon in de bepalingen omtrent de rentetemporisering werkt mijns inziens misbruik in de hand.

Ook ziet artikel 14b lid 6 en ook 14a lid 8 Wet Vpb'69 niet op een 'storting op aandelen'. In artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 daarentegen is expliciet opgenomen dat met het verwerven van aandelen wordt gelijk gesteld een storting op aandelen.

Tot slot nog een opmerking over de omvang van rentetemporisering. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat ook de winst van lichamen die voor de juridische fusie in een FE met de verkrijger zijn opgegaan, mag worden meegenomen als winst van de verkrijger<sup>(20)</sup>. Indien bijvoorbeeld de moeder reeds voor de juridische fusie in een FE is aangegaan met een andere dochter, mag de winst van die dochter worden meegenomen bij het bepalen van de renteaftrek.

---

<sup>19</sup> Zie hieromtrent: R.J. de Vries, Voorgestelde aanpassingen van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op de uitholling van de belastinggrondslag, FED 1996/434, blz. 1539.

<sup>20</sup> Zie hieromtrent: MvT, TK, 24 696, vergaderjaar 1995-1996, nr. 3, blz. 28, derde alinea.

## H5; Interne reorganisatie met behulp van het huidige fiscale eenheidsregime

### §5.1; Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de interne reorganisatie met behulp van het huidige FE-regime uiteengezet<sup>(1)</sup>. De bespreking van het FE-regime zal volgens dezelfde opbouw plaatsvinden als de voorgaande hoofdstukken. Om dit hoofdstuk te completeren, zal in een aanvullende paragraaf specifiek aandacht worden besteed aan het overgangsrecht met betrekking tot artikel 15 Wet Vpb'69, aangezien met ingang van 1 januari 2003 het wetsvoorstel herziening FE in werking treedt.

### §5.2; Artikel 15 Wet Vpb'1969

Een ingewilligd verzoek tot het vormen van een FE, bewerkstelligt dat zelfstandig belastingplichtige lichamen, worden aangemerkt als één belastingplichtige. Bij een FE, zo blijkt uit artikel 15 lid 1 Wet Vpb'69, de (vennootschaps)belasting wordt geheven alsof de dochtermaatschappij in de moedermaatschappij is opgegaan<sup>(2)</sup>. In de rechtspraak is het begrip 'opgaan in' uitgelegd in de zin dat: 'de bezittingen en de schulden van de dochtermaatschappij voortaan rechtstreeks aan de moedermaatschappij worden toegerekend, zodat de dochtermaatschappij fiscaal géén winst meer behaalt, noch verlies lijdt en de uitkomsten van haar bedrijfsvoering voortaan fiscaal uitsluitend de moedermaatschappij aangaan'<sup>(3)</sup>. Met andere woorden: alle aangelegenheden van de dochter voor de heffing van de vennootschapsbelasting worden aangemerkt als aangelegenheden van de moeder. Zo zal een verlies van een vaste inrichting van een dochter, die een FE is aangegaan met de moeder, worden aangemerkt als een verlies geleden door de moeder<sup>(4)</sup>. Een belangrijke constatering is dat als gevolg van het 'opgaan in' transacties tussen de gevoegde vennootschappen fiscaal worden genegeerd. Er is immers één belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting.

In de artikel 15 lid 1 Wet Vpb'69 heeft de wetgever bepaald dat een FE op verzoek van de belastingplichtigen ten vroegste met ingang van het jaar waarin het verzoek is ingediend tot stand kan komen (verenigingstijdstip). Verder is in de aanhef van de standaardvoorwaarden en in de toelichting hierop door de staatssecretaris opgemerkt dat het verenigingstijdstip ten vroegste gesteld kan worden op de aanvang van het boekjaar waarin wordt voldaan aan de vereisten gesteld in artikel 15 Wet Vpb'69<sup>(5)</sup>. Hieruit blijkt dat een FE niet op elk gewenst moment tijdens het boekjaar een aanvang kan nemen. Natuurlijk is het wel mogelijk het boekjaar te wijzigen om eerder een FE tot stand te brengen. Wordt echter op enig moment gedurende het boekjaar een FE tot stand gebracht, dan heeft deze gebeurtenis terugwerkende kracht tot aan het begin van het boekjaar waarin de FE is ontstaan.

### §5.3; De interne reorganisatie met behulp van het fiscale eenheidsregime

Hierboven is opgemerkt dat door het aangaan van een FE de dochter opgaat in de moeder. Hierdoor zijn transacties tussen de gevoegde vennootschappen niet van belang voor het vaststellen van de winst voor de vennootschapsbelasting. Een interne reorganisatie van een concern kan als gevolg van deze constatering fiscaal geruisloos plaatsvinden.

Indien de moeder (de belastingplichtige van de FE) in het kader van een interne reorganisatie vermogen overdraagt naar de dochter, leidt dit dus niet tot heffing van vennootschapsbelasting over de stille reserves en goodwill in de overgedragen vermogensbestanddelen.

Ook een omgekeerde transactie, de overdracht van vermogen van de dochter naar de moeder, leidt niet tot heffing van vennootschapsbelasting, aangezien de moedermaatschappij fiscaal géén transactie met zichzelf kan aangaan (zie *Figuur 10*).

<sup>1</sup> Met 'huidig FE-regime' wordt bedoeld, het FE-regime dat tot 1 januari 2003 gelding heeft/ heeft gehad.

<sup>2</sup> Alleen voor de vennootschapsbelasting ontstaat een FE. Voor andere belastingen zijn de dochtermaatschappijen die zijn opgegaan in de moedermaatschappij nog zelfstandig belastingplichtig.

<sup>3</sup> HR 22 februari 1956, BNB 1956/132, (noot E. Tekenbroek).

<sup>4</sup> HR 27 april 1988, BNB 1988/220, (noot A. Nootboom).

<sup>5</sup> Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, aanhef standaardvoorwaarden en toelichting 2.



Figuur 10: interne reorganisatie met behulp van het fiscale eenheidsregime.



## §5.4; Een nadere beschouwing van enkele voorwaarden van het fiscale eenheidsregime

### §5.4.1; De subjecten bij het fiscale eenheidsregime

In artikel 15 lid 1 Wet Vpb'69 is een limitatieve opsomming opgenomen van de rechtsvormen die als moedermaatschappij dan wel als dochtermaatschappij in een FE kunnen participeren. Als moeder kan fungeren een NV, BV, coöperatie of een onderlingewaarborgmaatschappij. De NV en BV kunnen tevens als dochter opgaan in een FE. Aangezien het onderzoek zich beperkt tot een moeder- en dochtermaatschappij in de gedaante van een NV/BV zal verder geen aandacht worden besteed aan de FE waarin de coöperatie of onderlingewaarborgmaatschappij participeert.

Een tweetal vereisten die de kring van subjecten nog enigszins kunnen uitdunnen mogen niet onbesproken blijven. Ten eerste moeten de moeder en dochter dezelfde tijdvlakken hebben waarover belasting wordt geheven (15 lid 1 Wet Vpb'69). Indien dit vereiste niet zou zijn gesteld is het immers onmogelijk de fiscale winst van de FE te bepalen. Verder moeten de moeder en dochter voor het bepalen van de winst aan dezelfde bepalingen zijn onderworpen (15 lid 2 Wet Vpb'69).

Naast de naar Nederlands recht opgerichte lichamen kunnen ook lichamen opgericht naar vreemd recht, die feitelijk in Nederland zijn gevestigd, worden opgenomen in de FE. Alhoewel artikel 15 Wet Vpb'69 deze lichamen niet noemt, heeft de HR bepaald dat dergelijke lichamen in een FE kunnen participeren<sup>(6)</sup>. Uit het arrest van de HR kan worden opgemaakt dat een naar vreemd recht opgericht lichaam, dat naar aard en inrichting overeenkomt met de Nederlandse NV en dat zich ten opzichte van de Nederlandse NV in gelijke omstandigheden bevindt, niet mag worden uitgesloten van het FE-regime.

De staatssecretaris heeft in een mededeling gereageerd op het arrest<sup>(7)</sup>. Kort gezegd bepaalt de staatssecretaris in de mededeling dat een naar vreemd recht opgericht lichaam, dat feitelijk in Nederland is gevestigd en dat qua aard en inrichting vergelijkbaar is aan een artikel 15 Wet Vpb'69 lichaam kan participeren in de FE.

Uit de tekst van artikel 15 Wet Vpb'69 blijkt dat de deelname van een buitenlandsbelastingplichtige in een FE niet tot de mogelijkheden behoort. Of deze uitsluiting geheel in overeenstemming is met het EG-recht (recht van vrije vestiging), dan wel met een non-discriminatiebepaling in een bilateraal belastingverdrag kan worden betwijfeld<sup>(8)</sup>. Een punt waarover de rechter heeft moeten oordelen, is de bepaling in artikel 15 lid 1 Wet Vpb'69, waarin wordt gesteld dat de moeder- en dochtermaatschappij in Nederland moeten zijn gevestigd. Stel dat de dochtermaatschappij in de interne reorganisatie een naar Nederlands recht opgericht lichaam is dat feitelijk buiten Nederland is gevestigd. Kan in zo'n geval de dochter deel uitmaken van de FE? De HR bepaalde dat de dochtermaatschappij die naar Nederlands recht is opgericht deel kan uitmaken van een FE nu de wetgever (dual-

<sup>6</sup> HR 16 maart 1994, nr. 27 764, BNB 1994/191, (noot J. Hoogendoorn). Het ging hier om een naar Antilliaans recht opgerichte dochtermaatschappij die samen met de moedermaatschappij een verzoek had gedaan om in een FE te worden gevoegd.

<sup>7</sup> Mededeling 10 augustus 1994, nr. DB94/1842M, V-N 1994, blz. 2702.

<sup>8</sup> Zie hieromtrent: artikel 43 en 48 EG-verdrag en onder andere: HvJ EG 28 januari 1986, C-270/83 (Avoir Fiscal) en HvJ EG 13 juli 1993, C-330/91 (Commerzbank).

resident opgericht naar Nederlands recht) deze groep vennootschappen niet expliciet in artikel 2 lid 4 Wet Vpb'69 heeft uitgesloten van de FE<sup>(9)</sup>.

#### **§5.4.2; Het voorwerp van de interne reorganisatie**

Vermogensverschuivingen binnen de FE kunnen in principe altijd met behulp van een FE worden gefacilieerd. De vorm waarin de overdracht wordt gegoten dan wel het object van de overdracht zijn, met andere woorden, niet van invloed<sup>(10)</sup>. Deze constatering moet wel enigszins worden genuanceerd indien de belastingplichtige een beroep wil doen op de 'verkorte sanctietermijn' van de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde (zie hieromtrent §5.4.5; *De antimisbruikbepaling in het fiscale eenheidsregime*). De toelichting in de standaardvoorwaarden bij de FE vereist namelijk in dit geval dat het object van de interne reorganisatie (alleen overdracht van vermogen van de moeder naar dochter) een 'onderneming' dan wel een 'zelfstandig onderdeel' daarvan omvat<sup>(11)</sup>.

#### **§5.4.3; Tegenprestatie bij een interne reorganisatie binnen de fiscale eenheid**

Het overdragen van vermogensbestanddelen tussen de maatschappijen in een FE leidt niet tot het constateren van fiscale winst. Het bovenstaande maakt duidelijk dat de hoogte van de bedongen tegenprestatie vanuit fiscaal oogpunt niet van belang is. Toch kan hieruit niet de conclusie worden getrokken dat de tegenprestatie op elk gewenst bedrag kan worden vastgesteld. Vanuit commercieel oogpunt zullen onder andere aandeelhouders, crediteuren en houders van winstdelende obligaties baat kunnen hebben bij een overdracht tegen de waarde in het economische verkeer.

Wel is het opvallend dat bij het toepassen van de verkorte sanctietermijn in het kader van de antimisbruikwetgeving ook géén eisen worden gesteld aan de tegenprestatie, nu wel omtrent het object van de interne reorganisatie bij de begrippen van de bedrijfsfusiefaciliteit wordt aangesloten<sup>(12)</sup>.

#### **§5.4.4; Verliesverrekening tijdens de FE en na ontvoeging**

Indien een FE is ontstaan om (onder andere) een interne reorganisatie te bewerkstelligen, dan heeft de voeging gevolgen voor de verliesverrekeningspositie van een lichaam dat over compensabele verliezen beschikt. Zonder nadere regels zou door het aangaan van een FE de mogelijkheid tot het verreken van verliezen aanzienlijk kunnen worden verbeterd. Om deze verruiming van de verliesverrekeningspositie en de daarmee gepaard gaande winsterosie tegen te gaan, zijn in de standaardvoorwaarden bij de FE allocatieregels voor verliesverrekening opgenomen.

De regels voor de verliesverrekening kunnen het eenvoudigst worden toegelicht door ze te betrekken op de basisfiguur van dit onderzoek (zie *Figuur 10*)<sup>(13)</sup>. Stel dat de dochtermaatschappij over compensabele verliezen beschikt van voor de voeging in de FE (voorvoegingsverliezen). Verder heeft de FE in het eerste boekjaar een positieve winst behaald. Om te bepalen of de dochter recht heeft op verliescompensatie (20 Wet Vpb'69) moeten de volgende fasen worden doorlopen.

Allereerst dient de winst van de FE te worden gesplitst, waarbij wordt gekeken welk deel van de FE-winst tot uitdrukking komt bij de moedermaatschappij en welk deel bij dochter, indien beide lichamen zelfstandig belastingplichtig zouden zijn geweest<sup>(14)</sup>. Daarbij is het in het kader van dit onderzoek van belang op te merken dat winst van de dochter, die het gevolg is van het vervreemden van een van de moeder verkregen vermogensbestanddeel (in het kader van de interne reorganisatie), met betrekking tot de winstsplitsing slechts

<sup>9</sup> HR 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331, (noot G. Slot). Zie tevens: HR 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47, (noot C. van Raad).

<sup>10</sup> Zie hieromtrent: H.G.M. Dijkstra, *Fiscale faciliteiten bij interne reorganisatie van NV en BV's*, Kluwer, Deventer 1984, hoofdstuk V.

<sup>11</sup> Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, toelichting 9.

<sup>12</sup> Zie hieromtrent: H.G.M. Dijkstra, a.w. hoofdstuk VI.

<sup>13</sup> Bij de bespreking van de standaardvoorwaarde 3 wordt geen aandacht besteed aan de regeling omtrent aanloopverliezen.

<sup>14</sup> Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, voorwaarde 3a 1<sup>e</sup> en 2<sup>e</sup> alinea.

aan de dochter wordt toegerekend voorzover de stille reserves bij haar zijn gerijpt<sup>(15)</sup>. Op deze wijze is getracht een verruiming van de verliescompensatiemogelijkheden te beperken.

Indien na deze winstsplitsing (en horizontale verliesverrekening) bij de dochter een positief resultaat tot uitdrukking komt, mogen de voorvoegingsverliezen van het lichaam, tenzij de te compenseren verliezen reeds bij de moeder tot uitdrukking zijn gekomen, in mindering worden gebracht op de winst van de dochter<sup>(16)/(17)</sup>.

In de omgekeerde situatie, de FE heeft een verlies gemaakt, terwijl de moeder en/of dochter beschikken over voorvoegingswinsten staat de standaardvoorwaarde een carry back van de FE-verliezen toe. De verrekening op grond van artikel 20 Wet Vpb'69 vindt in een dergelijk geval plaats op grond van hetgeen hiervoor omtrent de carry forward van verliezen is opgemerkt<sup>(18)</sup>. In tegenstelling tot hetgeen hierboven is opgemerkt hoeft géén winstsplitsing te worden toegepast op verliezen van de FE die worden verrekend met winsten van de FE.

Een zeer belangrijke tegemoetkoming ten aanzien van het toepassen van winstsplitsing van het FE-resultaat in geval van verliesverrekening over het verenigingstijdstip mag niet onbesproken blijven. Indien een dochter met ingang van het tijdstip van haar oprichting wordt gevoegd in een FE met haar oprichter (de moeder) kan winstsplitsing van het FE-resultaat bij verliesverrekening over het verenigingstijdstip achterwege blijven<sup>(19)</sup>. Een voorfusieverlies van de moeder kan dus met de gehele winst van de FE worden verrekend (ook met de winst van de FE die is toe te rekenen aan de dochter). Andersom kan een verlies van de FE worden verrekend met voorfusiewinsten van de moeder. De versoepeling geldt echter niet wanneer de moeder reeds voor de voeging van de nieuwe dochter een FE vormt met (een) andere dochter(s) en er op het moment van voeging van de nieuwe dochter bij de reeds bestaande FE verrekening van voorvoegingsverliezen kan plaatsvinden waarbij winstsplitsing moet worden toegepast.

Na het verbreken van de FE kan de moedermaatschappij de verliezen van de FE verrekenen met haar winsten ontstaan na de ontvoeging. Dit vloeit voort uit het feit dat tijdens het bestaan van de FE de moedermaatschappij als belastingplichtige wordt aangemerkt<sup>(20)</sup>. De dochter heeft daarentegen, op enkele uitzonderingen na, géén recht op verrekening van verliezen van de FE<sup>(21)/(22)</sup>. Indien bij één van de maatschappijen na de ontvoeging een verlies ontstaat, kan dit alléén bij de moeder worden verrekend met winsten van tijdens van de FE.

Voorvoegingsverliezen kunnen door de moeder in principe worden verrekend met winsten ontstaan na de ontvoeging. Wel is een uitzondering gemaakt voor winsten die opkomen bij de moeder na de splitsing en die samenhangen met verschuiven van vermogensbestanddelen van de dochter naar de moeder (bijvoorbeeld in het kader van een interne reorganisatie)<sup>(23)</sup>. Op deze manier wordt getracht om verruimde verliescompensatie na de splitsing van de FE te voorkomen. Ook de dochter kan haar voorvoegingsverliezen verrekenen met latere winst, met uitzondering van winst die verband houdt met een 'besmette transactie' (16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde)<sup>(24)</sup>.

<sup>15</sup> Zie hieromtrent: Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, toelichting punt 5.1. Voor de vervreemding moet de overnemer afschrijven over de stille reserves van de verkregen vermogensbestanddelen en de overdrager moet de winst met het bedrag van de afschrijvingen verhogen.

<sup>16</sup> Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, voorwaarde 3b.

<sup>17</sup> In de basisfiguur is slechts sprake van twee lichamen die in de FE zijn gevoegd. Indien er echter twee of meer dochtermaatschappijen in de FE opgaan, dient na de winstsplitsing eerst een horizontale saldering te worden toegepast. Is het FE-resultaat positief, dan moet het verlies van een afzonderlijke maatschappij worden gesaldeerd met de winst van een andere maatschappij. Hiervoor komen allereerst vennootschappen in aanmerking die geen voorvoegingsverliezen hebben. Resteert dan nog een verlies, dan wordt dit naar verhouding van de winst van de maatschappijen gesaldeerd. Zie hieromtrent: Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, voorwaarde 3a 3<sup>e</sup> alinea. Wanneer het FE-resultaat negatief is, volgt een zelfde horizontale saldering, zij het in spiegelbeeld. Zie hieromtrent: voorwaarde 3a 4<sup>e</sup> alinea.

<sup>18</sup> Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, voorwaarde 3a en 3c.

<sup>19</sup> Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, toelichting 7.5.

<sup>20</sup> HR 27 april 1988, BNB 1988/220, (noot A. Nooteboom).

<sup>21</sup> Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, voorwaarde 15.

<sup>22</sup> Zie voor uitzonderingsgevallen Infobulletin 1987/132, V-N 1987, blz. 888.

<sup>23</sup> Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, voorwaarde 14.

<sup>24</sup> Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, voorwaarde 15 sub a jo 3b.

**§5.4.5; De antimisbruikbepaling in het fiscale eenheidsregime**

Een interne reorganisatie tussen de moeder en de dochter, heeft voor de beide vennootschappen tijdens de FE géén fiscale gevolgen. Dit is echter anders indien de FE binnen een bepaalde tijd wordt verbroken en er een 'ten goede komen' plaatsvindt. In dat geval treedt de antimisbruikbepaling van de FE in werking om te voorkomen dat belaste meerwaarden in de overgedragen vermogensbestanddelen worden omgezet in onbelaste deelnemingsvoordelen of anderszins ten goede komen aan de moedermaatschappij<sup>(25)</sup>.

Alvorens de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde in werking kan treden, moet cumulatief aan enkele vereisten zijn voldaan. Hieronder volgt een beknopte uiteenzetting van de eisen.

Indien de moeder in het kader van de interne reorganisatie vermogensbestanddelen overdraagt naar de dochter of vice versa, is aan het eerste vereiste voldaan. Als gevolg van de overdracht is namelijk de samenstelling van het vermogen van de dochtermaatschappij gewijzigd. De transacties in het kader van de interne reorganisatie, mogen vervolgens niet zijn gelegen in de bij de aard en omvang van de dochter passende normale bedrijfsuitoefening. Is dit namelijk wél het geval, dan is géén sprake van een 'besmette' transactie en kan de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde überhaupt géén toepassing vinden. Een zeer belangrijke derde voorwaarde heeft betrekking op de tegenwaarde van de stille reserves, herinvesteringsreserve en de goodwill in de overgedragen vermogensbestanddelen. Een bedrag ter grootte van (een deel van) deze tegenwaarde moet namelijk op 'enigerlei wijze ten goede komen' aan de moeder. Hiervan is onder andere sprake bij een vervreemding van de aandelen. De laatste twee voorwaarden bepalen dat de FE moet zijn verbroken en dat dit verbreken moet hebben plaatsgevonden binnen zes boekjaren na de laatste 'besmette' transactie.

De sanctietermijn van zes boekjaren wordt overigens ingekort tot drie boekjaren na de laatste 'besmette' transactie, indien het voorwerp van de overdracht een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming omvat<sup>(26)</sup>. Overigens is de verkorte sanctietermijn alléén van toepassing op de overdracht van een onderneming van de moeder naar de dochter<sup>(27)</sup>. Verder is het nog van belang op te merken dat de 'verkorte termijn' van drie jaar alléén geldt indien de aandelen na deze periode worden vervreemd. Is sprake van een ten goede komen op enigerlei andere wijze, dan geldt de 'normale' sanctietermijn<sup>(28)</sup>.

De sanctie van de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde vindt slechts toepassing indien aan alle bovenstaande voorwaarden wordt voldaan. Toepassing van de sanctie leidt ertoe dat bij het einde van het boekjaar dat onmiddellijk aan het splitsingstijdstip voorafgaat, de activa en passiva van de dochter wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer. Verder wordt de herinvesteringsreserve opgenomen in de winst van de FE.

De werking van de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde heeft in de literatuur veel stof doen opwaaien. Zo treft de sanctie niet slechts overgedragen vermogensbestanddelen, maar ook de 'eigen vermogensbestanddelen' van de dochter of zelfs alléén de eigen, niet intern overgedragen vermogensbestanddelen. In de situatie dat de dochter alle vermogensbestanddelen heeft overgedragen aan de moeder, treft de sanctie zelfs géén enkel vermogensbestanddeel van de dochter (de dochter is immers leeg).

In de situatie waarbij enkele vermogensbestanddelen van de dochter aan de moeder worden overgedragen, maar de dochter een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming blijft uitoefenen, lijkt het in overeenstemming met de ratio van de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde om de sanctie achterwege te laten<sup>(29)</sup>. Mijns inziens moet in deze situatie niet worden gesproken van het vervreemden van belaste vermogensbestanddelen, maar van het vervreemden van een dochter met uitzondering van één of enkele vermogensbestanddelen. Een dergelijke transactie hoort naar mijn mening onder de deelnemingsvrijstelling te vallen en niet te worden getroffen door de sanctie van de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde. Indien daarentegen slechts één of enkele vermogensbestanddelen achterblijven bij de

<sup>25</sup> Zie hieromtrent: Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, toelichting 8.1.

<sup>26</sup> Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, punt 9 (interne reorganisatie binnen de FE).

<sup>27</sup> Zie hieromtrent: R.J. de Vries, Anti-ontgaansbepalingen inzake de verbreking van een FE, FM 74, Kluwer, Deventer 2001, blz. 150-151. Zie ook: Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, toelichting 9.1

<sup>28</sup> Zie hieromtrent: Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, toelichting 9.1.

<sup>29</sup> R.J. de Vries, Anti-ontgaansbepalingen inzake de verbreking van een FE, 2e geheel herziene druk, Kluwer, Deventer 2001, paragraaf 4.2.6.

dochter, met het oog op het vervreemden van de aandelen in de dochter aan een derde, lijkt een herwaardering van het zuivere vermogen van de dochter wél gerechtvaardigd en in overeenstemming met het doel van de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde. Nu is het motief immers wél het omzetten van een belaste vermogenswinst in een onbelaste vervreemdingswinst).

In de situatie waarin de dochter wordt 'volgestopt' lijkt een herwaardering van de 'eigen vermogensbestanddelen' van de dochter mijns inziens onterecht. Deze vermogensbestanddelen zouden immers ook zonder de besmette transactie onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

In het zicht van het nieuwe FE-regime kan de belastingplichtige opteren om de sanctie van de 16<sup>e</sup> voorwaarde achterwege te laten<sup>(30)</sup>. Kiest de belastingplichtige hiervoor, dan blijft de herwaardering, grof gezegd, beperkt tot de overgedragen vermogensbestanddelen. Deze keuze is alleen mogelijk in situaties waarin herwaardering plaats vindt op of na 31 december 2001 en tot voor de dag waarop het nieuwe FE-regime in werking treedt.

#### **§5.4.6; Winstdrainage en het FE-regime**

Het aangaan van een FE kan net als het toepassen van de bedrijfsfusie, juridische (af)splitsing dan wel de juridische fusie leiden tot winstdrainage (zie *Figuur 4*). Met ingang van 1 januari 1997 zijn onder andere de artikelen 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 en 15 lid 4 en lid 5 Wet Vpb'69 van kracht om de erosie van de Nederlandse belastinggrondslag tegen te gaan.

Indien de moeder- en dochtermaatschappij een FE aangaan om een interne reorganisatie te bewerkstelligen, dan kan dit gevolgen hebben voor de aftrekbaarheid van rentekosten die verband houden met de verwerving van de aandelen in de dochter. Vóór het aangaan van de FE zijn de rentekosten met betrekking tot de verworven dochter aftrekbaar, tenzij er sprake is van een interne verhangning. In een dergelijk geval verbiedt 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 de renteaftrek. Verder beperkt artikel 13 lid 1 Wet Vpb'69, indien géén sprake is van een renteaftrekverbod (10a Wet Vpb'69), de renteaftrek tot die kosten welke middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van in Nederland belastbare winst<sup>(31)</sup>.

Na de voeging van de moeder en de dochter in de FE zijn de rentekosten met betrekking tot de acquisitie van de aandelen in de dochter nog slechts getemporeerd aftrekbaar (tenzij artikel 10a Wet Vpb'69 de renteaftrek reeds verbiedt)<sup>(32)</sup>. Artikel 15 lid 4 Wet Vpb'69 bepaalt namelijk – gestileerd weergegeven – dat rente ter zake van een geldlening welke verschuldigd is aan een verbonden lichaam en welke verband houdt met de verwerving van de aandelen in de gevoegde dochter alléén aftrekbaar is voorzover de moedermaatschappij winst heeft behaald zonder dat er sprake is van een FE<sup>(33)/(34)</sup>. Deze temporisering vangt aan op het moment dat de moeder alle aandelen in de gevoegde dochter in haar bezit heeft en duurt acht jaren<sup>(35)</sup>. De rente die als gevolg van de winstsplitsing in een bepaald jaar niet in aftrek kan worden gebracht, wordt in het volgende jaar in aanmerking genomen.

Zoals reeds in §4.3.6; *Winstdrainage en de juridische fusiefaciliteit*, is opgemerkt wordt een geldlening die is verschuldigd aan een verbonden natuurlijk persoon niet onder de rentetemporeering gebracht. Artikel 15 lid 4 Wet Vpb'69 temporeert slechts geldleningen welke verschuldigd zijn aan een verbonden lichaam en welke

<sup>30</sup> Besluit 15 februari 2002, nr. CPP2001/3589M, V-N 2002/11.20, blz. 1277-1280.

<sup>31</sup> Er zijn prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EG of deze nationale bepaling niet in strijd is met de vrijheid van vestiging dan wel enig ander EG-recht. De AG heeft echter reeds geoordeeld dat de kostenaftrekbeperking van artikel 13 lid 1 Wet Vpb'69 in strijd is met het EG-recht. Zie hieromtrent: Conclusie A-G HvJ EG Alber 24 september 2002, nr. C-168/01 (Bosal Holding), V-N 2002/47.14, blz. 4503.

<sup>32</sup> Blijkens de parlementaire wetsgeschiedenis is artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 ook van toepassing indien de moeder (schuldenaar) en de dochter (verhangen lichaam) een FE vormen. Zie hieromtrent: MvT, TK, 24 696, vergaderjaar 1995-1996, nr. 3, blz. 18.

<sup>33</sup> Wel mag de winst van andere tot de FE behorende lichamen worden meegenomen bij het bepalen van de aftrek van de rente. Deze vennootschappen moeten wel voor de acquisitie van de dochter waarvoor de lening is aangegaan tot de FE behoren. Zie hieromtrent: MvT, TK, 24 696, vergaderjaar 1995-1996, nr. 3, blz. 28.

<sup>34</sup> In de vervolgwijzigingen in samenhang met de belastingherziening 2001, is de tekst van artikel 15 lid 4 Wet Vpb'69 enigszins gewijzigd. Hier zal verder niet op worden ingegaan. Zie hieromtrent: EK, 28 487, nr. 68, vergaderjaar 2002-2003, blz. 17.

<sup>35</sup> De schrijvers van *Cursus belastingrecht vennootschapsbelasting* zijn van mening dat is bedoeld dat de temporisering aanvangt op het moment dat de moeder en de dochter fiscaal worden gevoegd in een FE. Zie hieromtrent: L.W. Sillevius en N.H. de Vries, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, 2.9.3.K.c3,c4.

verband houden met de verwerving van aandelen in die dochtermaatschappij. Hieruit kan worden afgeleid dat rentekosten verschuldigd aan een verbonden lichaam die zien op een kapitaalstorting, in tegenstelling tot artikel 10a lid 2 Wet Vpb'69, ook niet worden gesanctioneerd.

Van temporisering van de renteaftrek is géén sprake indien één van de uitzonderingen in artikel 15 lid 5 Wet Vpb'69 van toepassing is. Zo is renteaftrek wèl mogelijk indien blijkt dat het lichaam waaraan de geldlening is verschuldigd of een daarmee verbonden lichaam, met het oog op de verwerving van de aandelen, vermogen uithoofde van een geldlening heeft aangetrokken van een niet-verbonden lichaam<sup>(36)</sup>. Uit de wettekst blijkt dat er ook sprake kan zijn van gedeeltelijk extern inlenen. In een dergelijke situatie is de rentetemporisering slechts van toepassing voorzover niet extern is ingeleend. In deze uitzonderingssituatie is als zodanig géén sprake meer van een situatie waarin de dochtermaatschappij (ten dele) haar eigen overname financiert, aangezien vreemd vermogen van buiten het concern is aangetrokken.

#### **§5.4.7; De aansprakelijkheid voor belastingschulden**

Op grond van artikel 39 Inv. Wet is de dochter die in de FE is gevoegd (ook) hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsbelastingsschuld van de moeder.

De aansprakelijkheid voor de belastingschulden van de FE wordt in artikel 24 lid 2 Inv. Wet nog eens verruimd. De wettekst bepaalt in de 2<sup>e</sup> volzin: 'Indien de belastingschuldige een dochtermaatschappij is met betrekking tot welke vennootschapsbelasting wordt geheven met de toepassing van artikel 15 Wet Vpb'69, kunnen aan de belastingschuldige uit te betalen bedragen behalve met de van deze te innen bedragen worden verrekend met de te innen bedragen van de moedermaatschappij dan wel van een nadere dochtermaatschappij die voor de heffing van de vennootschapsbelasting in deze is opgegaan, onderscheidenlijk met te innen bedragen van de dochter'. Uit deze tekst blijkt dat een teruggaaf van vennootschapsbelasting aan de moeder kan worden verrekend met een loonbelastingsschuld van de dochter (of omgekeerd). Verder is het bijvoorbeeld mogelijk dat een loonbelastingsschuld van de dochter wordt verrekend met een Omzetbelastingsteruggave aan een andere dochter dan wel de moeder.

Omtrent de verrekening zijn ook nog enige onduidelijkheden<sup>(37)</sup>. Zo wordt door de meeste schrijvers aangenomen dat verrekening van materieel tijdens de FE ontstane belastingschulden mogelijk is na het verbreken van de FE (materieel criterium). Derhalve zijn er schrijvers die betogen dat verrekening slechts 'staande FE' mogelijk is (formeel criterium). Een ander punt van onzekerheid betreft de verrekening van belastingschulden in de periode die ligt tussen het tijdstip waarop de verbrekingshandeling is verricht en het begin van het boekjaar. Na het verschijnen van de gewijzigde Leidraad Invordering 1990 kan mijns inziens worden aangenomen dat verrekening in deze periode niet meer mogelijk is (er is dus sprake van terugwerkende kracht tot het begin van het boekjaar).

#### **§5.5; Het overgangsrecht herziening regime fiscale eenheid**

Op 1 januari 2003 treedt het nieuwe FE-regime in werking (zie H6; *Interne reorganisatie met behulp van het nieuwe fiscale eenheidsregime*). Een op dat tijdstip reeds bestaande FE zal op grond van het overgangsrecht een 'doorstart' ondervinden (artikel IV lid 1 Overgangsrecht FE) (zie *Figuur 11*). Met andere woorden: vanaf 1 januari 2003 wordt een beschikking die is genomen op grond van het huidige artikel 15 Wet Vpb'69, op een verzoek van de belastingplichtige tot het vormen van een FE, geacht te zijn genomen op grond van artikel 15 lid 8 Wet Vpb'69 (nieuw)<sup>(38)</sup>. Om de FE een doorstart te laten maken moet wèl aan alle vereisten zijn voldaan die in het nieuwe FE-regime worden gesteld<sup>(39)</sup>. Is dit niet het geval dan wordt de FE op 1 januari 2003 verbroken (artikel V Overgangsrecht FE).

<sup>36</sup> Temporisering van de renteaftrek is, onder voorwaarden, ook niet van toepassing indien sprake is van een bedrijfsovername met een natuurlijk persoon (15 lid 5 sub b Wet Vpb'69). Dit wordt verder niet behandeld.

<sup>37</sup> J.A.R. van Eijdsden, Verrekening binnen de FE voor de vennootschapsbelasting; de stand van zaken, TFB 1999/10, blz. 5-16, met name paragraaf 3.3 en 3.4.

<sup>38</sup> Afgezien van een beschikking op grond van het huidige recht wordt ook een beschikking genomen krachtens artikel 32, onderdeel 5 van het Besluit op de vennootschapsbelasting en een beschikking genomen krachtens artikel 14 Invoeringsbesluit Vennootschapsbelasting 1942 geconverteerd naar een beschikking krachtens 15 lid 8 Wet Vpb'69 (nieuw).

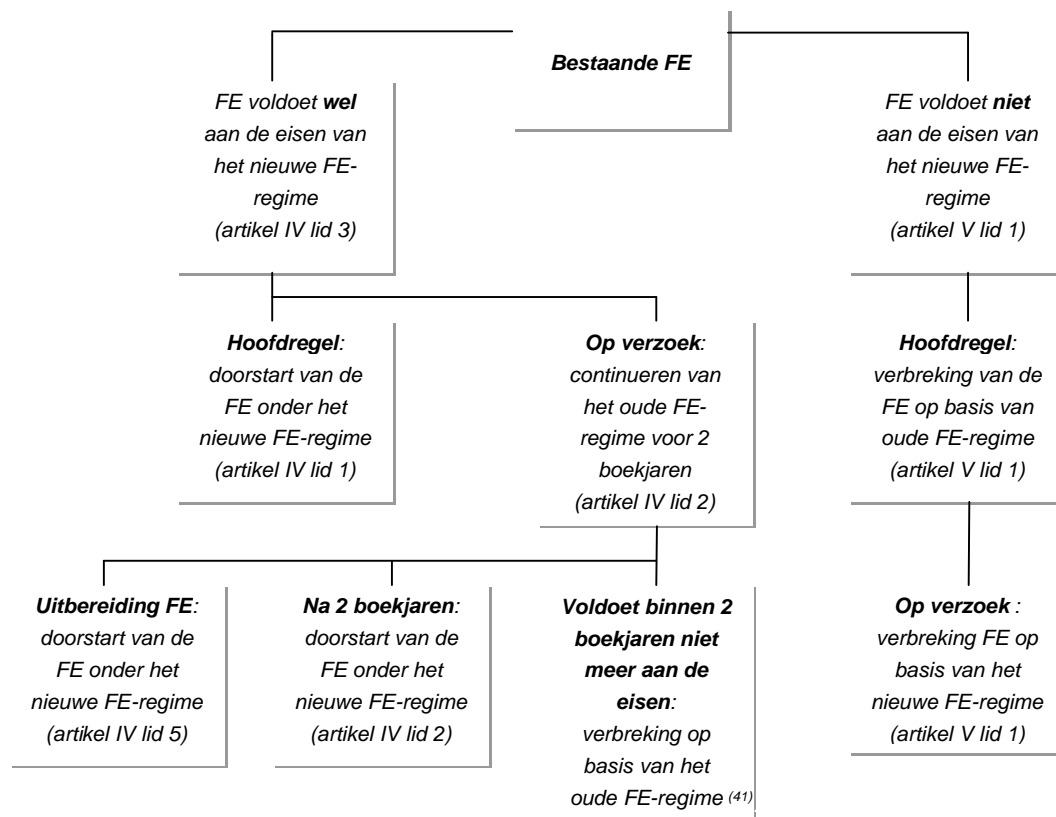
<sup>39</sup> Denk aan belangrijke wijzigingen in het nieuwe FE-regime zoals het uitsluiten dual-resident lichamen.

De belastingplichtige kan er echter voor opteren om maximaal twee boekjaren na het boekjaar dat is aangevangen op of na 1 januari 2003 het oude FE-regime van toepassing te laten zijn (artikel IV lid 2 Overgangsrecht FE). Indien een belastingplichtige (FE) op grond van het overgangsrecht kiest om vanaf 2003 nog twee boekjaren het huidige FE-regime toe te passen, geldt voor een FE die op grond van een beschikking van na 20 november 2000 tot stand is gekomen dat in plaats van artikel 15 lid 4 en 5 Wet Vpb'69, artikel 15ad Wet Vpb'69 moet worden toegepast (IV lid 7 Overgangsrecht FE). In dit geval kan dus ten aanzien van de antiwinstdrainagebepaling géén beroep worden gedaan op het huidige FE-regime. Na toepassing van het huidige FE-regime gedurende een periode van twee boekjaren vindt normaal gesproken een doorstart plaats (IV lid 2 Overgangsrecht FE).

Uit het bovenstaande blijkt dat vanaf 2003 géén mogelijkheden meer bestaan om een interne reorganisatie te bewerkstelligen met behulp van het huidige FE-regime. Indien echter vòòr dit tijdstip (2003) een FE is gevormd kan op grond van het overgangsrecht worden geopteerd voor toepassing van het huidige FE-regime gedurende twee boekjaren aangevangen op of na 1 januari 2003. Bij een boekjaar dat loopt tot 30 december resulteert dit in een toepassing van het huidige FE-regime tot maximaal 30 december 2005. Een verbreking van de FE en een ten goede komen binnen deze termijn, leidt tot toepassing van de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde, tenzij wordt voldaan aan één van de 'vrijstellingen' (16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde sub b en resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, toelichting 9.1).

Een verbreking van de FE na de twee boekjaren leidt tot toepassing van de sanctie van het nieuwe FE-regime. Voor een eventuele 'vrijstelling' zal ook aan de voorwaarden van het nieuwe FE-regime moeten zijn voldaan. Voor alle duidelijkheid merk ik op dat het besluit van 15 februari 2002 niet van toepassing is indien de belastingplichtige heeft geopteerd voor toepassing van het huidige FE-regime<sup>(40)</sup>.

Figuur 11: Schematische weergave van het overgangsrecht inzake herziening regime fiscale eenheid



<sup>40</sup> Besluit 15 februari 2002, nr. CPP2001/3589M, V-N 2002/11.20, blz. 1277-1280.

<sup>41</sup> Zie hieromtrent: MvA, EK, 26 854, vergaderjaar 2001-2002, nr. 45d, blz. 6.

## H6; Interne reorganisatie met behulp van het nieuwe fiscale eenheidsregime

### §6.1; Inleiding

In dit hoofdstuk wordt in gegaan op het nieuwe FE-regime als intern reorganisatie instrument. De indeling van het hoofdstuk is gelijk aan die van de vorige hoofdstukken alhoewel géén aandacht zal worden besteed aan de systematiek van het nieuwe FE-regime, aangezien deze overeenkomt met het huidige FE-regime. Voor een bespreking wordt verwezen naar §5.3; *De interne reorganisatie met behulp van het fiscale eenheidsregime*.

In dit hoofdstuk wordt het wetsvoorstel herziening regime FE en alle wijzigingen daarop tot en met Belastingplan 2003 en de voorgestelde wijzigingen uit het Wetsvoorstel met vervolgwijzigingen voor het Belastingplan 2001, als uitgangspunt genomen<sup>(1)</sup>. Tot slot nog een opmerking van redactionele aard. Indien in dit hoofdstuk wordt gesproken over de FE of het FE-regime, dan wordt daarmee bedoeld het nieuwe FE-regime. Ook de genoemde artikelnummers zien op het nieuwe FE-regime. In dit hoofdstuk is echter niet nagestreefd een complete en diepgaande beschouwing van het nieuwe FE-regime te geven.

### §6.2; Artikel 15 Wet Vpb'1969

In het vorige hoofdstuk is de 'opgaan in-doctrine' uiteengezet. In het herziene FE-regime is de methodiek van de 'opgaan in-benadering' gecontinueerd, maar is tevens getracht de subjectieve belastingplicht van de dochter buiten kijf te laten. In de nota naar aanleiding van het verslag is aangegeven dat er sprake is van een fictie<sup>(2)</sup>. Bij de lichamen die deel uitmaken van de FE wordt de belasting geheven alsof sprake is van één belastingplichtige. Met andere woorden: slechts voor het bepalen van het object van de heffing is sprake van één belastingplichtige<sup>(3)</sup>.

In artikel 15aa lid 1 sub b Wet Vpb'69 zijn onder andere regels opgenomen omtrent het voegingstijdstip. Een FE vangt aan op het tijdstip met ingang waarvan een belastingplichtige deel uitmaakt van de fiscale eenheid. Hieruit kan worden geconcludeerd dat een FE op elk gewenst moment kan worden aangegaan, mits aan de gestelde voorwaarden is voldaan. De staatssecretaris heeft zelfs aangegeven dat een geringe terugwerkende kracht, van maximaal drie maanden, is toegestaan<sup>(4)</sup>.

### §6.3; Een nadere beschouwing van enkele voorwaarden van het nieuwe fiscale eenheidsregime

#### §6.3.1; De subjecten bij het nieuwe FE regime

Het nieuwe FE-regime kent in artikel 15 lid 3 sub d en e Wet Vpb'69 een limitatieve opsomming van de rechtsvormen die respectievelijk als moeder dan wel als dochter in de FE kunnen worden gevoegd. Zo kunnen de NV, BV, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij als moeder fungeren in een FE. De NV en de BV kunnen tevens een gevoegde dochter zijn. Naast deze naar Nederlands recht opgerichte lichamen, kunnen volgens de wettekst ook lichamen die zijn opgericht naar het recht van de Nederlandse Antillen, Aruba, een lidstaat van de EU of een staat waarmee Nederland een bilateraal belastingverdrag heeft gesloten en waarin een non-discriminatie bepaling is opgenomen, deel uitmaken van de FE. Een aanvullende eis is dat de lichamen naar aard en inrichting vergelijkbaar moeten zijn met de naar Nederlands recht opgerichte lichamen<sup>(5)</sup>.

Indien de bovengenoemde subjecten willen kwalificeren als moeder- dan wel dochtermaatschappij in een FE, moeten de lichamen feitelijk in Nederland zijn gevestigd<sup>(6)</sup>. Artikel 15 lid 3 sub c Wet Vpb'69 bepaalt niet alleen dat volgens de nationale wetten sprake moet zijn van een binnenlandsbelastingplichtige, ook indien op een

<sup>1</sup> TK, 26 854, vergaderjaar 1999-2000, nr. 1-2; NnV, TK, 26 854, vergaderjaar 2000-2001, nr. 6; Tweede NvW, TK, 26 854, vergaderjaar 2000-2001; Belastingplan 2003; Wetsvoorstel vervolgwijzigingen Belastingplan 2001.

<sup>2</sup> NnV, TK, 26 854, vergaderjaar 2000-2001, nr. 6, blz. 6.

<sup>3</sup> Zie hieromtrent: E.J.W. Heithuis, Herziening regime FE in de vennootschapsbelasting, TFO 2001/58, blz. 287, paragraaf 4.3, 2<sup>e</sup> alinea.

<sup>4</sup> Zie hieromtrent: E.J.W. Heithuis, a.w. paragraaf 5.3, 1<sup>e</sup> alinea.

<sup>5</sup> Nadere regels hieromtrent zijn te vinden in het artikel 3 besluit FE 2003, MvF 31 mei 2002, nr. WDB2002/364M.

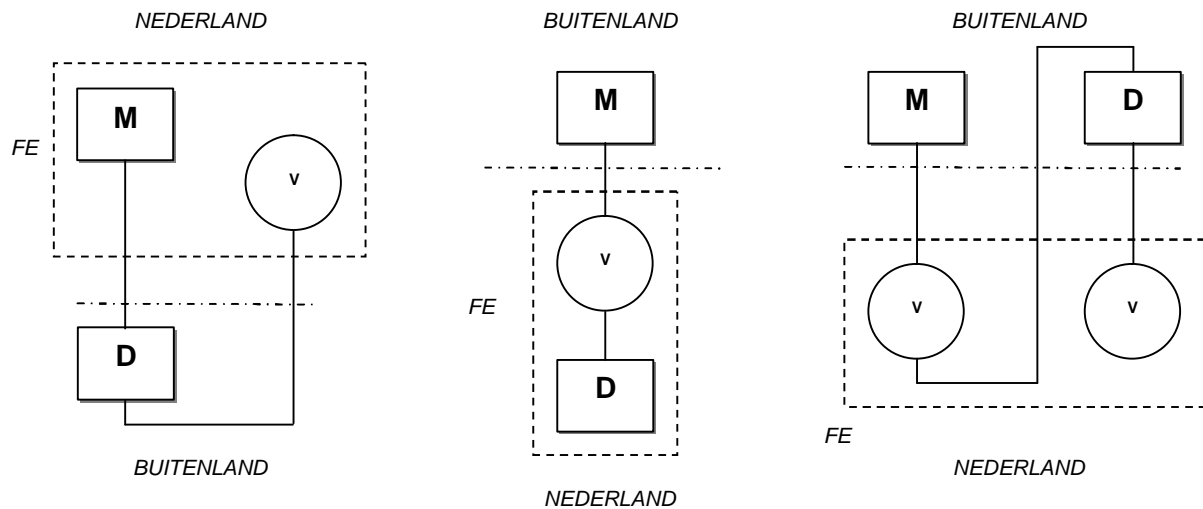
<sup>6</sup> Er gelden ook andere voorwaarden. Zo moeten onder andere de tijdvlakken waarover belasting wordt geheven samenvallen. Verder moeten voor het bepalen van de winst dezelfde bepalingen van toepassing zijn (15 lid 3 sub a en b Wet Vpb'69).



lichaam het BRK of een bilateraal belastingverdrag van toepassing is, moet het lichaam op grond van de regeling of het betreffende verdrag in Nederland zijn gevestigd. Dit vereiste wordt, mijns inziens geheel overbodig herhaald door in artikel 2 lid 4 Wet Vpb'69 te bepalen dat een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap, die feitelijk buiten Nederland is gevestigd, niet op grond van de oprichtingsfictie voor de bepalingen van de FE als binnenlands belastingplichtige wordt aangemerkt<sup>(7)</sup>.

Toch wordt in de wettelijke regeling de mogelijkheid geschapen voor een buitenlandsbelastingplichtige moeder- en/of dochtermaatschappij om deel uit te maken van de FE (15 lid 4 Wet Vpb'69). Zo kan, onder nadere voorwaarden, een FE worden gevormd tussen de vaste inrichting van een buitenlandse moeder en de binnenlands belastingplichtige dochter<sup>(8)</sup>. Wel geldt als vereiste dat de aandelen in de dochter aan de vaste inrichting moeten kunnen worden toegerekend (15 lid 4 sub c Wet Vpb'69). Ook indien de buitenlandse dochter een vaste inrichting heeft in Nederland, kan tussen deze vaste inrichting en de binnenlandsbelastingplichtige moedermaatschappij een FE worden gevormd. Tot slot is het mogelijk om een FE te vormen tussen een tweetal vaste inrichtingen, waarbij de aandelen van de buitenlandse dochter moeten zijn toe te rekenen aan de vaste inrichting van de buitenlandse moeder (zie Figuur 12)<sup>(9)</sup>.

Figuur 12: De mogelijkheden met buitenlandsbelastingplichtigen in het nieuwe FE-regime



Situatie (A): dochter is een buitenlands belastingplichtige

Situatie (B): moeder is een buitenlands belastingplichtige

Situatie (C): twee vaste inrichtingen

In de literatuur wordt wel de vraag gesteld of niet meer variaties mogelijk moet zijn op grond van het EG-recht<sup>(10)</sup>. Samengevat kan men zich afvragen of een FE tussen twee binnenlandse zustermaatschappijen van een buitenlandse moeder niet tot de mogelijkheden moet behoren. Verder worden ook als mogelijkheid genoemd de FE tussen een binnenlandsbelastingplichtige dochter en een vaste inrichting van de buitenlandse moeder, de FE tussen een binnenlandse moedermaatschappij en een binnenlandse kleindochter en tot slot een FE tussen twee vaste inrichtingen waarbij de buitenlandse moeder, in tegenstelling tot de vaste inrichting van de buitenlandse moeder, de aandelen in de dochter bezit.

### §6.3.2; Het voorwerp van de interne reorganisatie

Zoals eerder is opgemerkt in §5.4.2; *Het voorwerp van de interne reorganisatie*, kan een vermogensverschuiving, ongeacht het object, altijd met behulp van het FE-regime worden gefacilieerd. Immers de vennootschapsbelasting

<sup>7</sup> I. de Roos, R.J. de Vries, Het wetsvoorstel 'Herziening FE-regime' herzien: een nieuwe start, WFR 2001/6443, blz. 987, paragraaf 5.1.2.

<sup>8</sup> Nadere regels hieromtrent zijn te vinden in de artikelen 3 en 26 t/m 37 besluit FE 2003, MvF 31 mei 2002, nr. WDB2002/364M.

<sup>9</sup> MvT, TK, 26 854, vergaderjaar 1999-2000, nr. 3, V-N 1999/51.4, blz. 4451-4453.

<sup>10</sup> Zie hieromtrent onder andere: B.J. Kiegebeld, Is het nieuwe regime FE binnen EU-verband te sterk begrensd?, WFR 2001/6457, blz. 1621.

wordt bij een FE geheven alsof er één belastingplichtige is, in die zin dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij deel uitmaken van het vermogen van de moedermaatschappij. Transacties tussen de gevoegde maatschappijen zijn met andere woorden niet zichtbaar voor de voor de fiscale winstbepaling, aangezien een belastingplichtige geen transacties met zichzelf kan aangaan.

Op de constatering dat de vorm van het object onbelangrijk is, moet echter één belangrijke uitzondering worden gemaakt (15ai lid 3 sub b Wet Vpb'69). Zijn er namelijk vermogensbestanddelen tijdens het bestaan van de FE tussen de gevoegde maatschappijen verschoven, dan kan een verbreking van de FE binnen 6 kalenderjaren leiden tot een verplichte herwaardering naar de waarde in het economische verkeer. Deze sanctietermijn wordt verkort tot 3 kalenderjaren na het tijdstip waarop de overdracht heeft plaatsgevonden, wanneer sprake is van een overdracht van een onderneming of een zelfstandig onderdeel van een onderneming tegen uitreiking van eigen aandelen door de overnemer. In dit geval zal, net als het object van de bedrijfsfusiefaciliteit, het voorwerp een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming moeten zijn. Het gaat dan om een materiële onderneming als bedoeld in 3:8 Wet IB'01.

### **§6.3.3; Tegenprestatie bij een interne reorganisatie binnen de Fiscale eenheid**

Hetgeen is opgemerkt in §5.4.3; *Tegenprestatie bij een interne reorganisatie binnen de fiscale eenheid* geldt ook voor het nieuwe FE-regime, met uitzondering van de tweede alinea. Indien namelijk een beroep op de 'verkorte sanctietermijn' (15ai lid 3 sub b Wet Vpb'69) van de antimisbruikbepaling wordt gedaan, dan moet de tegenprestatie van de interne reorganisatie bestaan uit het uitreiken van aandelen in de overnemer. Dus ook voor de tegenprestatie, net als voor het object van de interne reorganisatie, wordt bij de bepalingen omtrent de bedrijfsfusie aangesloten.

### **§6.3.4; Verliesverrekening tijdens de FE en na ontvoeging**

Zoals reeds in §5.4.4; *Verliesverrekening tijdens de FE en na ontvoeging* tot uitdrukking is gekomen, kan het aangaan van een FE een ruimere verliesverrekeningspositie met zich meebrengen. Om winsterosie te voorkomen, heeft de wetgever in de wet en in het besluit FE 2003 regels omtrent verliesverrekening opgenomen.

De regels zien allereerst op het verrekenen van verliezen van een maatschappij van voor de voeging in de FE met winsten van de FE (voorvoegingsverliezen), dan wel op het verrekenen van FE-verliezen met voorvoegingswinsten. Verder zijn regels opgenomen die zien op het verrekenen van FE-verliezen met winsten ontstaan na ontvoeging. Hieronder zal aan de hand van de basisfiguur van dit onderzoek een uiteenzetting worden gegeven van deze regels (zie *Figuur 10*).

Stel dat de dochtermaatschappij beschikt over voorvoegingsverliezen. Artikel 15ae lid 1 sub a Wet Vpb'69 bepaalt in deze situatie dat de dochter de verliezen mag verrekenen met winst van de FE, voorzover deze winst is toe te rekenen aan de dochter<sup>(11)</sup>. Om te bepalen of de winst van de FE is toe te rekenen aan de dochter, moet er winstsplitsing worden toegepast. Artikel 15ah Wet Vpb'69 regelt deze splitsing van de FE-winst. Er kan volgens de bepaling pas sprake zijn van winst bij de dochter, indien dit lichaam ook winst zou hebben behaald indien de dochter géén deel uitmaakte van de FE. Natuurlijk gaat het dan wel om winst die ook bij de FE tot uitdrukking is gekomen (15ah lid 1 Wet Vpb'69). In het kader van dit onderzoek is het volgende aspect van de winstsplitsing van groot belang. Stel dat de dochter in het kader van een interne reorganisatie vermogensbestanddelen (waarop een stille reserve rust) heeft gekregen van de moeder. Vervolgens vervreemd de dochter één of enkele van deze vermogensbestanddelen. Hierdoor realiseert de dochter de (deels) bij de moeder gerijpte reserves. Zonder nadere bepalingen zou de verliesverrekeningspositie van de dochter op deze wijze zijn vergroot. Artikel 15ah lid 2 sub c en d Wet Vpb'69 bepalen nu echter dat de bij de moeder gerijpte en door de dochter gerealiseerde reserves niet tot de winst van de dochter behoren, maar tot de winst van de moeder<sup>(12)</sup>.

De dochter komt pas in aanmerking voor verrekening van haar voorvoegingsverliezen, indien de verliezen niet

---

<sup>11</sup> Ingeval een FE beschikt over verliezen en de FE wordt uitgebreid, mag de oude FE de winsten van de nieuwe FE, voorzover die zijn toe te rekenen aan de oude FE, gebruiken om de verliezen van de oude FE te verrekenen. Zie artikel 15ae lid 1 sub c Wet Vpb'69.

<sup>12</sup> Indien tussen de verkrijging en de vervreemdingen enige tijd verstrijkt, neemt de overdrager in het kader van de winstsplitsing winst op de overgedragen stille reserves. De overnemer schrijft af over de waarde in het economische verkeer van de overgedragen vermogensbestanddelen (15ah lid 2 sub a en b Wet Vpb'69).

eerder (vóór het voegingstijdstip) bij een andere maatschappij van de FE tot uitdrukking zijn gekomen<sup>(13)</sup>. Rest na de winstsplitsing (en de horizontale verliesverrekening) een positief resultaat, dan kan het voorvoegingsverlies met de winst van de FE die aan de dochter is toe te rekenen, worden verrekend<sup>(14)</sup>.

In geval er sprake is van een FE-verlies in plaats van een FE-winst (zoals hierboven) kan carry back plaatsvinden van de FE-verliezen overeenkomstig de methode als hierboven uiteen is gezet<sup>(15)</sup>.

Het toepassen van winstsplitsing van het FE-resultaat om verrekening van voorvoegingsverliezen met FE-winsten dan wel het verrekenen van FE-verliezen met voorvoegingswinsten, kent een belangrijke tegemoetkoming voor de belastingplichtige. Wanneer door de FE (één of meer van de FE deel uitmakende lichamen) een nieuwe dochter wordt opgericht, dan wordt de winst die aan de nieuw opgerichte dochter is toe te rekenen, in het kader van de verliesverrekening aangemerkt als winst van de moedermaatschappij<sup>(16)</sup>. Wanneer alleen een moeder en een door de moeder nieuw opgerichte dochter in een FE zijn verenigd (zie *Figuur 7*), hoeft bij verliesverrekening over het voegingstijdstip géén winstsplitsing plaats te vinden.

Het is echter opmerkelijk te noemen dat de winst die is toe te rekenen aan de nieuw opgerichte dochter altijd aan de moeder moet worden toegerekend. Wanneer de nieuwe dochter bijvoorbeeld is opgericht door een reeds gevoegde dochter lijkt het naar mijn mening logischer dat de aan de nieuwe dochter toe te rekenen winst aan de andere gevoegde dochter wordt toegerekend in plaats van de moedermaatschappij.

Wanneer de FE wordt verbroken, doet zich een zelfde soort problematiek voor als hiervoor uiteen is gezet. Het gaat dan zowel om het verrekenen van voorvoegingsverliezen/ FE-verliezen met winsten die bij de maatschappijen zijn ontstaan na de ontvoeging, als om verrekening van verliezen ontstaan na de splitsing van de FE met FE-winsten/ voorvoegingswinsten.

In artikel 15af lid 1 sub b jo lid 2 en 3 Wet Vpb'69 is bepaald dat op verzoek van de moeder en dochter de verliezen aan de dochter meegegeven kunnen worden. Wèl is het van belang dat de moeder en dochter aannemelijk maken dat de verliezen aan de dochtermaatschappij zijn toe te rekenen. De moedermaatschappij kan daarentegen altijd haar winsten na ontvoeging uit de FE verrekenen met verliezen die zijn ontstaan tijdens de FE. Het moge duidelijk zijn dat een verliesverrekening door de moeder achterwege blijft voorzover de verliezen aan de dochter zijn meegegeven (15af lid 6 Wet Vpb'69).

Voorvoegingsverliezen van ofwel de dochter ofwel de moeder mogen na ontvoeging worden verrekend met de winsten van de deze maatschappijen (15af lid 1 sub a en 15ag lid 1 Wet Vpb'69), tenzij de winsten na de ontvoeging zijn ontstaan door het tijdens de FE overdragen van vermogensbestanddelen die zijn vervreemd<sup>(17)</sup>. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin vermogensbestanddelen met stille reserves door de moeder aan de dochter wordt overgedragen. Na het verbreken van de FE en na het vervreemden van het vermogensbestanddeel, beschikt de dochter over extra winst om de voorvoegingsverliezen dan wel meegegeven FE-verliezen te verrekenen. Artikel 15ah Wet Vpb'69 is in deze situaties niet van toepassing, aangezien géén sprake meer is van een FE. De wetgever heeft echter met de introductie van artikel 15ae lid 2 Wet Vpb'69 (overdrager wordt ontvoegd), artikel 15af lid 4 en 5 Wet Vpb'69 (overnemende dochter wordt ontvoegd) en artikel 15ag lid 1 en 2 Wet Vpb'69 (overnemende moeder wordt ontvoegd) de potentiële verruiming de pas afgesneden.

Tot slot nog een opmerking over het verrekenen van verliezen die ontstaan na de ontvoeging met FE-winsten. Net als onder het huidige FE-regime kan alleen de moedermaatschappij verliezen ontstaan na de ontvoeging uit de FE verrekenen met winsten van de FE. De dochter beschikt niet over deze mogelijkheid<sup>(18)</sup>.

<sup>13</sup> Artikel 10 besluit FE 2003, MvF 31 mei 2002, nr. WDB2002/364M.

<sup>14</sup> Artikel 11 besluit FE 2003, MvF 31 mei 2002, nr. WDB2002/364M. Zie omtrent de werkwijze van de horizontale saldering voetnoot 17 van het vorige hoofdstuk.

<sup>15</sup> Zie hieromtrent: artikel 15ae lid 1 sub b en d jo 15ah Wet Vpb'69.

<sup>16</sup> <sup>16</sup> Zie hieromtrent: artikel 5 lid 2 besluit FE 2003, MvF 31 mei 2002, nr. WDB2002/364M.

<sup>17</sup> Indien op de overgedragen vermogensbestanddelen artikel 15ai lid 1 of 2 Wet Vpb'69 toepassing heeft gevonden, is carry forward wel mogelijk. Zie hieromtrent: 15ae lid 2 Wet Vpb'69, 15af lid 5 Wet Vpb'69 en 15ag lid 2 Wet Vpb'69.

<sup>18</sup> Het is opmerkelijk dat de dochter wel op verzoek verliezen kan meenemen, maar géén aan haar toe te rekenen FE-winsten kan verrekenen met verliezen ontstaan na de ontvoeging uit de FE. Zie hieromtrent: S. van den Berg, Herziening regime FE voor de vennootschapsbelasting, MBB 2001/10, blz. 283, paragraaf 10.

### §6.3.5; De antimisbruikbepaling in het fiscale eenheidsregime

Het verschuiven van vermogensbestanddelen tussen de moeder- en de dochtermaatschappij, heeft tijdens het bestaan van de FE géén fiscale gevolgen. Fiscale implicaties ontstaan pas wanneer blijkt dat de verschoven vermogensbestanddelen stille reserves bevatten en de FE ten aanzien van de overdrager dan wel de overnemer wordt beëindigd (15ai lid 1 Wet Vpb'69). Is sprake van een bovenstaande situatie, dan treedt de sanctiebepaling van artikel 15ai Wet Vpb'69 in werking om te voorkomen dat de FE alleen wordt aangegaan om een vermogensoverdracht te bewerkstelligen, dan wel te voorkomen dat belaste vermogenswinsten worden omgezet in onbelaste vervreemdingsvoordelen<sup>(19)</sup>. Uit deze opmerking van de staatssecretaris blijkt dat niet alleen het 'volstoppen' van de dochter, maar ook het 'leeghalen' van dit lichaam kan leiden tot het in werking treden van de sanctie<sup>(20)</sup>.

Voordat de sanctie van artikel 15ai Wet Vpb'69 in werking treedt, moet aan een tweetal vereisten zijn voldaan. Allereerst, zoals hierboven is beschreven, moet er sprake zijn van een overdracht van vermogensbestanddelen van de moeder naar de dochter of vice versa, waarvan de waarde in het economische verkeer ten tijde van de overdracht hoger ligt dan de fiscale boekwaarde. Verder dient de FE ten aanzien van de overdrager of de overnemer, in het onderhavige geval tussen de moeder en de dochter, te zijn verbroken.

Er is echter géén sprake van een 'besmette transactie' indien de overdracht van de vermogensbestanddelen heeft plaatsgevonden in het kader van een bij de aard en omvang van de overdrager en de overnemer passende normale bedrijfsuitoefening (15ai lid 3 sub a Wet Vpb'69). De reikwijdte van dit begrip is net als onder het huidige FE-regime niet geheel duidelijk. Transacties in het kader van de productieketen vallen mijns inziens zeker onder de reikwijdte van de uitzondering<sup>(21)</sup>. Verder geeft de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling een voorbeeld van een concern dat een aparte onroerend goed vennootschap bezit. Bij aankoop van nieuwe deelnemingen, valt een verschuiving van het onroerend goed van deze nieuwe dochter naar de onroerend goed vennootschap, volgens de staatssecretaris, onder de reikwijdte van de uitzondering<sup>(22)</sup>.

Verder is in artikel 15ai lid 3 sub c Wet Vpb'69 bepaald, dat wanneer na het tijdstip van de overdracht ten minste zes kalenderjaren zijn verstreken, de sanctie niet in werking zal treden. Opmerking verdient dat de wetgever hier specifiek spreekt over kalenderjaren en niet over boekjaren. Deze sanctietermijn wordt overigens verkort naar een termijn van drie kalenderjaren, indien het object van de transactie een overdracht van (een zelfstandig onderdeel van) een onderneming omvat en de tegenprestatie bestaat uit het uitreiken van aandelen door de overnemer aan de overdrager (15ai lid 3 sub b Wet Vpb'69)<sup>(23)</sup>. Vooral door het tweede deel van deze eis wordt volgens de staatssecretaris beter aangesloten bij de regeling van de bedrijfsfusiefaciliteit. Wel kan de uitgifte van aandelen meer dan voorheen een obstakel zijn bij het intern reorganiseren van de bedrijfsactiviteiten. Net als bij de 'gewone sanctietermijn' is het de vraag wat precies wordt verstaan onder de term 'kalenderjaar'. Is hier een materiële invulling beoogd van 3 X 12 maanden na het tijdstip van de 'besmette transactie' of is bedoeld dat na het jaar waarin de 'besmette' transactie heeft plaatsgevonden drie kalenderjaren moeten zijn verstreken<sup>(24)</sup>.

Wanneer we ervan uitgaan dat niet aan de uitzonderingen van het derde lid is voldaan, en wel de vereisten voor het inwerkingtreden van de sanctie zijn vervuld, dienen de verschoven vermogensbestanddelen op het moment onmiddellijk voorafgaand aan het ontvoegingstijdstip te worden gesteld op de waarde in het economische verkeer. Artikel 15ai lid 2 Wet Vpb'69 kent op deze waarderingsregel een uitzondering. De belastingplichtige kan aannemelijk maken dat de waarde in het economische verkeer ten tijde van de verschuiving een andere was dan

<sup>19</sup> Zie hieromtrent: NnV, TK, 26 854, vergaderjaar 2000-2001, nr. 6, blz. 28-29.

<sup>20</sup> De term 'ten goede komen' is geschrapt uit de tekst van de sanctiebepaling (vergelijk 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde en 15ai Wet Vpb'69). Hierdoor valt ook de verschuiving van vermogensbestanddelen van de dochter naar de moeder (leeghalen van de dochter) onder de sanctiebepaling. Zie hieromtrent: Q.W.J.C.H. Kok, De zestiende standaardvoorwaarde herzien, WFR 2001/6455, blz. 1535, paragraaf 3.2.

<sup>21</sup> Zie hieromtrent: Q.W.J.C.H. Kok, a.w. blz. 1535, paragraaf 5.1; I. de Roos, R.J. de Vries, Het wetsvoorstel 'Herziening FE-regime' herzien: een nieuwe start, WFR 2001/6443, blz. 987, paragraaf 4.5.

<sup>22</sup> Zie hieromtrent: NnN, TK, 26 854, vergaderjaar 2000-2001, nr. 6, blz. 39. Dit voorbeeld van de staatssecretaris lijkt strijdig te zijn met de tekst van artikel 15ai lid 3 sub a Wet Vpb'69. Hierin wordt duidelijk gesproken van de aard en omvang van de *overdrager en de overnemer* passende normale bedrijfsuitoefening. Zie hieromtrent tevens de artikelen genoemd in voetnoot 21.

<sup>23</sup> Zie hieromtrent: E.J.W. Heithuis, Herziening regime FE in de vennootschapsbelasting, TFO 2001/287, paragraaf 9.1.3, 4<sup>e</sup> alinea.

<sup>24</sup> Zie hieromtrent: Q.W.J.C.H. Kok, a.w. blz. 1535, paragraaf 5.2.

de waarde in het economische verkeer ten tijde van de ontvoeging. Indien de belastingplichtige slaagt in dit bewijs, mag het vermogensbestanddeel worden gewaardeerd op de waarde ten tijde van de overdracht vermindert met de afschrijvingen tussen het tijdstip van de verschuiving en de ontvoeging<sup>(25)</sup>.

Indien het overgedragen vermogensbestanddeel reeds is vervreemd en inmiddels een herwaarderingsreserve is gevormd, wordt onmiddellijk voorafgaand aan het ontvoegingstijdstip deze reserve aan de winst toegevoegd. Is de herinvesteringsreserve al afgeboekt op de aanschaffingsprijs of de voortbrengingskosten van een vervangend bedrijfsmiddel, dan wordt het bedrijfsmiddel onmiddellijk voorafgaand aan het ontvoegingstijdstip gewaardeerd op de waarde in het economische verkeer.

### **§6.3.6; Winstdrainage en het nieuwe FE-regime**

In het vorige hoofdstuk is uiteengezet dat met behulp van het FE-regime en zonder nadere regelgeving, een situatie kan worden gecreëerd waarin de overgenomen dochter haar eigen overname financiert. De wetgever heeft met behulp van specifieke wetgeving getracht deze winstdrainage te voorkomen. In artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 is een renteaftrekverbod opgenomen. Deze bepaling is reeds uitvoerig besproken en zal hier niet de revue passeren. In het voorgestelde FE-regime is tevens een aan artikel 15 lid 4 en lid 5 Wet Vpb'69 gelijksoortige bepaling opgenomen (15ad Wet Vpb'69). Hieronder zal verder op deze bepaling worden ingegaan.

In artikel 15ad lid 1 Wet Vpb'69 is bepaald dat de rente, die verschuldigd is aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon en waarmee aandelen zijn verworven, daaronder begrepen een kapitaalstorting, slechts getemporiseerd in aftrek kan worden gebracht op de winst van de debiteur<sup>(26)</sup>. Deze rentetemporisering heeft een tijdsbestek van zeven jaren na het jaar waarin de FE tot stand is gekomen. In dit tijdsbestek mag slechts tot het bedrag van de winst van de FE, zonder rekening te houden met het deel van de winst dat is toe te rekenen aan de verworven maatschappij, rente in aftrek worden gebracht. Ook winst die is toe te rekenen aan deelnemingen van de verworven maatschappij mag niet worden meegenomen.

Uit de wettekst blijkt dat naast een geldlening van een verbonden lichaam ook een geldlening van een 'verbonden persoon' onder de reikwijdte van de rentetemporisering is gebracht<sup>(27)</sup>. Op dit punt is de regeling in artikel 15ad Wet Vpb'69 meer in overeenstemming gebracht met het renteaftrekverbod van artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 waar ook een geldlening van een verbonden persoon tot een renteaftrekverbod kan leiden. Door te bepalen dat ook de renteaftrek op een geldlening in verband met een kapitaalstorting wordt getemporiseerd, is artikel 15ad Wet Vpb'69 verder in overeenstemming gebracht met het renteaftrekverbod in artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69. Wanneer bijvoorbeeld de moedermaatschappij een geldlening aangaat waarmee een kapitaalstorting wordt verricht in de dochter, dan zal de renteaftrek op de geldlening, tenzij een beroep kan worden gedaan op één van de tegenbewijsregelingen, zijn getemporiseerd tot de winst die is toe te rekenen aan de moedermaatschappij.

Hierboven werd reeds gerefereerd aan de tegenbewijsregeling. In artikel 15ad lid 3 sub a Wet Vpb'69 is bepaald dat géén sprake is van een rentetemporisering indien de rente op de geldlening bij de schuldeiser in de grondslag van een belasting naar winst of inkomen is betrokken (grondslageneis) en de schuldeiser of een daarmee verbonden lichaam met het oog op het verwerven van de aandelen in het verworven lichaam vermogen uit hoofde van een geldlening heeft aangetrokken van een niet-verbonden lichaam (extern-inleenvereiste). Met andere woorden: de schuldeiser van de overnameholding moet voor de rente worden belast en het concern moet vreemd vermogen hebben aangetrokken met het oog op het verwerven van de aandelen van de deelneming. Het is overigens opvallend dat slechts vreemd vermogen aangetrokken van een niet-verbonden lichaam onder de tegenbewijsregeling valt en niet ook vreemd vermogen dat is aangetrokken van een niet-verbonden natuurlijk persoon. In beide gevallen wordt hetzelfde resultaat behaald en is géén sprake van een situatie waarin de

---

<sup>25</sup> Zie hieromtrent: NvW, TK, 26 854, vergaderjaar 2000-2001, nr. 7, blz. 20. Zie voor een cijfervoorbeeld: Q.W.J.C.H. Kok, De zestiende standaardvoorwaarde herzien, WFR 2001/6455, blz. 1535, paragraaf 6.2.

<sup>26</sup> Met aandelen worden gelijkgesteld: winstbewijzen en hybride schuldvorderingen. Zie hieromtrent: 15ad lid 1, 2<sup>o</sup> volzin Wet Vpb'69.

<sup>27</sup> Zie hieromtrent: MvT, TK, 26 854, vergaderjaar 1999-2000, nr. 3, blz. 41. Zie ook: E.J.W. Heithuis, Herziening regime FE in de vennootschapsbelasting, TFO 2001/287, paragraaf 10.4, 2<sup>o</sup> alinea

verworven dochtermaatschappij haar eigen overname financiert. Ook is niet duidelijk waarom de wetgever naast het extern-inleenvereiste de grondslageneis stelt aan de crediteur<sup>(28)</sup>.

In het specifieke geval waarin een geldlening is aangewend voor een kapitaalstorting, geldt een afwijkende tegenbewijsregeling (15ad lid 3 sub b Wet Vpb'69). In zo'n geval is de rente geheel aftrekbaar mits aan de hierboven genoemde 'grondslageneis' is voldaan. Overigens bepaalt de wettekst dat de rente, evenals de regeling in artikel 15ad lid 3 sub a Wet Vpb'69, uiterlijk in het jaar dat volgt op het jaar waarin de rente is verschuldigd in de grondslag van de belasting naar winsten of inkomen moet zijn betrokken.

De grondslageneis geldt overigens niet indien de kapitaalstorting wordt aangewend ter financiering van bedrijfsmiddelen van de maatschappij waarin de kapitaalstorting heeft plaatsgevonden, of wanneer de kapitaalstorting is aangewend voor schuldsanering (15ad lid 3 sub b onderdeel 2 Wet Vpb'69). In dit geval is wederom géén sprake van een situatie waarin de dochter haar eigen overname financiert, als gevolg waarvan een temporisering van de renteaftrek onnodig is. Tot slot is een tegenbewijsregeling opgenomen die ziet op bedrijfsovername met natuurlijke personen (15 lid 2 sub c Wet Vpb'69). Hier zal verder niet op worden ingegaan.

### **§6.3.7; De aansprakelijkheid voor belastingschulden**

De dochter die is gevoegd in de FE met de moeder, is (ook) hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsbelastingsschuld van de moeder. In §5.4.7; *De aansprakelijkheid voor belastingschulden*, is reeds duidelijk gemaakt dat deze aansprakelijkheid voor de vennootschapsbelastingsschuld een nog ruimere werking toekomt door hetgeen is bepaald in artikel 24 lid 2 Inv. Wet. In deze bepaling zijn regels opgenomen met betrekking tot de verrekening van belastingschulden tijdens de FE. Hierdoor kan bijvoorbeeld een teruggave omzetbelasting aan de dochter worden verrekend met de vennootschapsbelastingsschuld van de moeder. Met de invoering van het nieuwe FE-regime is deze bepaling gewijzigd. Het voorgestelde artikel 24 lid 2, 1<sup>e</sup> volzin Inv. Wet. luidt als volgt: 'Met betrekking tot de door de ontvanger uit te betalen en te innen bedragen aan belasting *welker verschuldigdheid materieel is ontstaan over dan wel in een tijdvlak waarin de belastingschuldige deel uitmaakt of uitmaakte van een FE als bedoeld in artikel 15 lid 1, of artikel 15a lid 1 Wet Vpb'69*, kunnen aan die belastingschuldige uit te betalen bedragen, worden verrekend met te innen bedragen van een andere maatschappij die in dat tijdvlak deel uitmaakt of uitmaakte van vorenbedoelde FE'.

Door deze nieuwe bepaling is de onduidelijkheid omtrent de verrekening van belastingschulden na verbreking van de FE verdwenen<sup>(29)</sup>. In de nieuwe bepaling is expliciet opgenomen dat er sprake is van een materiële verrekeningsmogelijkheid. Niet alleen staande FE kan de materieel tijdens de FE ontstane belastingsschuld worden verrekend, ook na verbreking van de FE kan deze belastingsschuld worden verrekend (zie mijn cursivering in tekst 24 lid 2, 1<sup>e</sup> volzin Inv. Wet hierboven)<sup>(30)</sup>. Ook op het punt van de terugwerkende kracht is duidelijkheid ontstaan, aangezien het verbreken van de FE geen terugwerkende kracht met zich meebrengt<sup>(31)</sup>. De discussie of de terugwerkende kracht ook van toepassing is op de verrekeningsbepaling van de invorderingswet is dus niet meer relevant.

---

<sup>28</sup> Zie hieromtrent: E.J.W. Heithuis, Herziening regime FE in de vennootschapsbelasting, TFO 2001/58, blz. 287, paragraaf 10.4, 3<sup>e</sup> alinea.

<sup>29</sup> Zie hieromtrent **§5.4.7; De aansprakelijkheid voor belastingschulden** en tevens het artikel genoemd in voetnoot 37.

<sup>30</sup> J.A.R. van Eijnsden, Verrekening van belastingschulden onder het herziene regime FE, MBB 2000/5, blz. 178 e.v., paragraaf 3 en 4.

<sup>31</sup> Hierop is een uitzondering, namelijk artikel 15 lid 7 Wet Vpb'69. Zie hieromtrent de opmerking in het artikel in voetnoot: 30.

## H7; De analyse

### §7.1; Opzet van de analyse

De analyse kan in een drietal onderdelen worden gesplitst. Allereerst is getracht een overzicht te geven van de toepassingsmogelijkheden van de verschillende faciliteiten om een fiscaal geruisloze interne reorganisatie te bewerkstelligen. In deze analyse is een uiteenzetting gegeven van de mogelijkheden die een faciliteit biedt, om ofwel fiscaal geruisloos vermogensbestanddelen over te dragen van de moeder naar de dochter ofwel een overdracht van vermogen van de dochter naar de moeder te faciliteren.

De tweede analyse omvat een vergelijking van de onderzoekspunten. Deze analyse, die de kern van het onderzoek vormt, geeft een beeld van de overeenkomsten en verschillen tussen de diverse faciliteiten op de onderzochte punten. Het startpunt van deze analyse vormt een overzichtstabel waarin per onderzoekspunt van alle faciliteiten de voorwaarden zijn opgenomen (zie Tabel 3; *Overzicht van de onderzoekspunten*).

Het laatste onderdeel omvat een analyse van de faciliteiten. In deze analyse zijn per faciliteit de onderzoekspunten, op basis van de twee vorige analyses, gewaardeerd als 'sterk', 'neuraal' of 'zwak'. Deze beperkte strength-weaknesses analyse is eveneens opgenomen in een overzichtstabel.

### §7.2; Overzicht van de toepassingsmogelijkheden van de faciliteiten bij een interne reorganisatie

Bij het bespreken van de verschillende faciliteiten, is steeds stil gestaan bij de 'systematiek' van de faciliteit. Uit deze beschouwingen is gebleken dat niet alle faciliteiten uitkomst kunnen bieden bij het faciliteren van een interne reorganisatie in elke gewenste richting (van moeder naar dochter dan wel van dochter naar moeder).

Wèl kan op basis van de inventarisatie worden vastgesteld dat alle faciliteiten, mits aan de inhoudelijke voorwaarden wordt voldaan, kwalificeren om een interne reorganisatie te bewerkstelligen, waarbij vermogen van de moeder naar de dochter wordt overgedragen (zie Tabel 1). Wat betreft de juridische (af)splitsingsfaciliteit moet worden opgemerkt dat op grond van het Nederlandse civiele recht slechts een afsplitsing naar een door de moeder nieuw opgerichte dochter kan plaatsvinden. Een afsplitsing naar een reeds bestaande dochtermaatschappij kan alleen worden gefacilieerd indien de dochter aandelen uitgeeft aan de aandeelhouders van de moeder. Gevolg is dat in deze situatie de holdingstructuur wordt verbroken.

In geval de juridische fusiefaciliteit wordt toegepast, verdwijnt de holdingstructuur ook aangezien op grond van het Nederlandse civiele recht de overdrager (moeder of dochter) verdwijnt. Desalniettemin kan de juridische fusie wèl in beide richtingen uitkomst bieden. Zowel een interne reorganisatie waarbij de moeder vermogen overdraagt aan de dochter als een omgekeerde interne reorganisatie kan fiscaal worden gefacilieerd.

Een interne reorganisatie, waarbij de dochter een (zelfstandig gedeelte van een) onderneming overdraagt aan moeder, kan niet worden gefacilieerd met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit. Het Nederlandse civiele recht blokkeert mijns inziens een dergelijke transactie nu een dochtermaatschappij géén eigen aandelen in de moeder mag nemen (zie §2.3; *De interne reorganisatie met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit*).

Ook een afsplitsing van (een deel van) het vermogen van de dochter naar de moedermaatschappij behoort niet tot de mogelijkheden. Wederom blokkeert het Nederlandse civiele recht de facilitering van deze transactie. De 'vereiste' structuurwijziging wordt namelijk niet tot stand gebracht<sup>(1)</sup>.

De FE kan net als de juridische fusiefaciliteit wèl voor een interne reorganisatie in beide richtingen worden gebruikt. Opmerking verdient dat voor de vennootschapsbelasting de FE als één belastingplichtige wordt gezien. Echter, in tegenstelling tot de juridische fusiefaciliteit, verdwijnt de overdragende vennootschap niet.

---

<sup>1</sup> Zie hieromtrent: MvT, TK, 24 702, vergaderjaar 1995-1996, nr. 3, blz. 5, derde alinea.

Tabel 1; Overzicht van de toepassingsmogelijkheden van de faciliteiten bij een interne reorganisatie

<b>Faciliteit</b>	<b>Bedrijfsfusie</b>	<b>Afsplitsing</b>	<b>Juridische fusie</b>	<b>Huidig FE-regime</b>	<b>Nieuw FE-regime</b>
<b>Vermogen</b>					
<b>Moeder ® Dochter</b>	✓	✓ <sup>(2)</sup>	✓ <sup>(3)</sup>	✓	✓
<b>Dochter ® Moeder</b>	✗	✗			

### §7.3; Analyse van de onderzoekspunten

#### §7.3.1; Tabellarisch overzicht van de voorwaarden van alle faciliteiten op de onderzochte punten

Zie bijlage Tabel 3; Overzicht van de onderzoekspunten

#### §7.3.2; De subjecten bij de interne reorganisatie

De bedrijfsfusie-, de (af)splitsings- en de juridische fusiefaciliteit vertonen op het punt van de subjectieve belastingplicht overeenkomsten, alhoewel kan worden geconstateerd dat de laatste twee faciliteiten een beperktere reikwijdte hebben.

De bedrijfsfusiefaciliteit stelt, met uitzondering van de overnemende vennootschap, géén eisen aan de belastingplichtige die gebruik wil maken van de wettelijke doorschuif of de doorschuiffaciliteit op verzoek. Dat niet elk belastingplichtig subject voor de vennootschapsbelasting als 'overnemer' kan fungeren, hangt samen met de wettelijke eis van artikel 14 lid 1 Wet Vpb'69, waarin is bepaald dat als tegenprestatie van de overgedragen onderneming, door de overnemer eigen aandelen moeten worden uitgereikt. Aangezien niet alle rechtsvormen aan deze eis kunnen voldoen, is het aantal subjecten dat als overnemer kan optreden beperkt<sup>(4)</sup>. Voor de (af)splitsings- en de juridische fusiefaciliteit is het aantal subjecten ingeperkt door het civiele recht (2:308 BW). Wel kan, nu in artikel 14a en 14b Wet Vpb'69 niet expliciet wordt verwezen naar het Nederlandse civiele recht, ook een naar buitenlands recht opgericht lichaam gebruik maken van de doorschuiffaciliteit in de vennootschapsbelasting (zie §3.3.1; Subjecten bij de juridische afsplitsingsfaciliteit).

In artikel 15 Wet Vpb'69 is in tegenstelling tot de hierboven behandelde faciliteiten expliciet bepaald welke subjecten kunnen participeren in een FE, ofwel als moeder ofwel als dochter. Daarbij komt, dat wettelijk is bepaald dat de subjecten gelijke tijdvlakken moeten hebben. Deze eis hangt samen met het feit dat de vennootschapsbelasting wordt geheven alsof er één belastingplichtige is. Toch heeft de HR bepaald dat de opsomming in artikel 15 Wet Vpb'69 niet limitatief is. Ook lichamen opgericht naar vreemd recht mogen onder bepaalde omstandigheden participeren in een FE. In het nieuwe FE-regime is deze rechtspraak gecodificeerd. Aangezien in dit onderzoek de moeder- en de dochtermaatschappij een NV, BV of een naar aard en inrichting vergelijkbare rechtsvorm opgericht naar buitenlands recht zijn, zal op bovenstaande niet verder worden ingegaan.

In de vorige hoofdstukken is duidelijk naar voren gekomen dat de meeste faciliteiten ook 'openstaan' voor buitenlandsbelastingplichtige subjecten. Zo biedt de bedrijfsfusiefaciliteit een buitenlandsbelastingplichtige moeder de mogelijkheid een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming over te dragen aan een (binnenlands)belastingplichtige dochter (zie *Figuur 3, situatie A*). Deze dochter (overnemer) kan overigens ook een buitenlandsbelastingplichtige zijn (zie *Figuur 3, situatie B*). Wel moet steeds worden bedacht dat aan de vereisten van artikel 14 Wet Vpb'69 moet zijn voldaan.

Ook de (af)splitsings- en juridische fusiefaciliteit bieden een buitenlandsbelastingplichtige moeder dan wel dochter de mogelijkheid een interne reorganisatie te bewerkstelligen. Wel is de groep buitenlandsbelastingplichtige

<sup>2</sup> Afsplitsing van (een deel van) het vermogen van de moeder naar de dochter met behoud van de holdingstructuur is alleen mogelijk indien de dochter een nieuw door de moeder opgericht lichaam is. Afsplitsing naar bestaande vennootschap heeft tot gevolg dat de aandeelhouders van de moeder aandeelhouder worden in de dochter.

<sup>3</sup> Bij toepassing van de juridische fusiefaciliteit verdwijnt de holdingstructuur. Er blijft slechts een vennootschap over tenzij de verdwijner beschikt over (een) deelneming(en).

<sup>4</sup> Alhoewel artikel 14 lid 6 Wet Vpb'69 de groep weer uitbreidt door met aandelen gelijk te stellen: winstbewijzen, bewijzen van deelgerechtigdheid en lidmaatschapsrechten.



subjecten in artikel 14a lid 13 en 14b lid 10 Wet Vpb'69 jo 3.55 lid 5 Wet IB'01 beperkt. Slechts die lichamen die in de zin van artikel 3.55 lid 5 Wet IB'01 zijn gevestigd in een lidstaat van de EU kunnen een beroep doen op de wettelijke doorschuifbepaling en de doorschuif op verzoek<sup>5</sup>. In tegenstelling tot de bedrijfsfusiefaciliteit is dit een véél beperktere groep subjecten. Deze inperking tot de EU-lidstaten heeft te maken met het feit dat in deze landen de civielrechtelijke regelingen inzake de juridische splitsing en fusie zijn geharmoniseerd. Het toelaten van landen van buiten de EU-lidstaten zou fiscale complicaties met zich mee kunnen brengen, aangezien de bepalingen in de Nederlandse belastingwetten ten aanzien van de juridische (af)splitsing en fusie zijn gebaseerd op de Europese wetgeving.

Een niet onbelangrijke constatering is dat in tegenstelling tot de bedrijfsfusie in de juridische (af)splitsing en fusie met betrekking tot de subjecten de eis wordt gesteld dat de lichamen naar hetzelfde civiele recht zijn opgericht (2:310 lid 1 en 2:334b lid 1 BW). Dit mag dus ook een oprichting naar vreemd recht zijn, mits is voldaan aan de vereisten die zijn gesteld in artikel 3.55 lid 5 Wet IB'01.

Het huidige FE-regime kent géén mogelijkheden om een FE te vormen en vervolgens een interne reorganisatie te bewerkstelligen waaraan een buitenlandsbelastingplichtige deelneemt. Een uitzondering op deze regel is een dual-resident opgericht naar Nederlands recht (2 lid 4 Wet Vpb'69-lichaam). Deze omissie van de zijde van de wetgever is in het nieuwe FE-regime hersteld door in artikel 15 lid 3 sub c Wet Vpb'69 op te nemen dat een belastingplichtige ook op grond van het BKR dan wel een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting moet geacht moet worden in Nederland te zijn gevestigd. In tegenstelling tot het huidige FE-regime opent het nieuwe regime wél de mogelijkheid om een buitenlandsbelastingplichtige moeder en/of dochter te laten participeren in een FE (15 lid 4 Wet Vpb'69 jo besluit FE 2003, MvF 31 mei 2002, nr. WDB2002/364M). Door ook buitenlandsbelastingplichtigen de mogelijkheid te geven deel uit te maken van een FE wordt op dit punt meer aangesloten bij de andere faciliteiten. Ik juich deze 'gelijkschakeling' dan ook toe. Een interne reorganisatie tussen een moeder en een dochtermaatschappij waarbij één of beide lichamen buiten Nederland is/ zijn gevestigd, behoort in het nieuwe FE-regime dus tot de mogelijkheden. Natuurlijk moet de buitenlandse moeder en/ of dochter wel buitenlandsbelastingplichtig zijn in Nederland (beschikken over een vaste inrichting in Nederland).

### **§7.3.3; Het voorwerp van de interne reorganisatie**

De juridische fusiefaciliteit kan slechts worden toegepast indien het vermogen van de belastingplichtige (verdwijner) onder algemene titel in het kader van de fusie overgaat naar de overnemer (14b Wet Vpb'69). Zowel de situatie waarin de moeder haar vermogen overdraagt aan de dochter als in omgekeerde situatie, waarbij de dochter verdwijnt en de moeder als verkrijger optreedt, omvat het object het 'gehele vermogen van de verdwijner' (zie *Figuur 7*).

In de (af)splitsingsfaciliteit heeft de belastingplichtige (afsplitser) in tegenstelling tot de juridische fusiefaciliteit de keuze zelf te bepalen welke vermogensbestanddelen onder algemene titel overgaan naar de verkrijger. Mijns inziens heeft het object bij de afsplitsingsfaciliteit een reikwijdte variërend van de overdracht van één vermogensbestanddeel tot de overdracht van een gehele onderneming. In dat laatste geval zal de afsplitser nog slechts houderster activiteiten verrichten.

De bedrijfsfusiefaciliteit stelt in tegenstelling tot de hierboven genoemde faciliteiten materieel inhoudelijke eisen aan het object van de overdracht. In §2.4.2; *Het voorwerp van de overdracht* is reeds uitgebreid uiteengezet dat de bedrijfsfusiefaciliteit slechts kan worden toegepast indien er sprake is van een overdracht van (een zelfstandig onderdeel van) een onderneming. Hiermee wordt volgens de staatssecretaris een materiële onderneming bedoeld (artikel 3.8 Wet IB'01). Het is echter de vraag of deze eis niet te eng is geformuleerd. In de fusierichtlijn wordt namelijk gesproken van een 'tak van bedrijvigheid' wat een ruimer criterium lijkt te zijn.

<sup>5</sup> Volgens artikel 3.55 lid 5 Wet IB'01 is sprake van een in de EU gevestigd vennootschap wanneer het lichaam een rechtsvorm heeft die is opgenomen in de bijlage van de fusierichtlijn, het lichaam niet volgens een door de lidstaat van vestiging met een derde staat gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting buiten de EU is gevestigd en het lichaam zonder keuzemogelijkheid en zonder ervan te zijn vrijgesteld is onderworpen aan de daardaar geheven belasting naar winst.

De FE kent in het geheel geen eisen met betrekking tot het object van de overdracht en als zodanig kunnen in beginsel alle transacties ongeacht de vorm van het object, worden gefacilieerd. Hiermee is de FE wat betreft de eisen inzake het object een veel ruimere faciliteit dan de bedrijfsfusie en de juridische fusie en komt de FE meer overeen met de juridische (af)splitsingsfaciliteit. Echter ervan uitgaande dat de holdingstructuur in stand moet blijven, heeft de afsplitsingsfaciliteit een nadeel ten opzichte van de toepassing van het FE-regime. Slechts wanneer de afsplitsing plaatsvindt naar een door de moedermaatschappij nieuw opgerichte dochter, blijft de holdingstructuur in stand. Een afsplitsing naar een reeds bestaande dochter met behoud van de holdingstructuur is onmogelijk aangezien dan géén structuurwijziging optreedt.

Uit de later te bespreken antimisbruikbepalingen blijkt echter, dat ingeval een FE is gebruikt om een interne reorganisatie te bewerkstelligen en de belastingplichtige (FE) een beroep wil doen op de verkorte sanctietermijn, er wel eisen worden gesteld aan het object van de overdracht<sup>(6)</sup>. In §5.4.2; *Het voorwerp van de interne reorganisatie* heb ik reeds opgemerkt dat de staatssecretaris heeft bepaald dat onder voorwaarden de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde géén toepassing vindt indien de bedoelde transactie binnen de FE géén andere is geweest dan de overdracht van één of meer zelfstandige onderdelen van een onderneming aan de dochtermaatschappij. Wat betreft het begrip (zelfstandig onderdeel van) een onderneming is aangesloten bij de terminologie die wordt gehanteerd bij de bedrijfsfusiefaciliteit. Met andere woorden: er moet, wil de verkorte sanctietermijn toepassing vinden, sprake zijn van een overdracht van een materiële onderneming.

Uit de resolutie valt verder op te maken dat alleen een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming die van de moeder naar de dochter wordt overgedragen in aanmerking komt voor de verkorte sanctietermijn<sup>(7)</sup>. Een overdracht in tegengestelde richting kan wél worden gefacilieerd met behulp van het FE-regime, maar kent géén mogelijkheden om in aanmerking te komen voor de verkorte sanctietermijn. Net als de Vries, acht ik het uitsluiten van de toepassing van de verkorte sanctietermijn op de in de vorige zin genoemde situatie juist. Ook met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit is mijns inziens een fiscaal geruisloze overdracht van een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming van de dochter naar de moeder niet mogelijk (zie §2.3; *De interne reorganisatie met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit*). Nu de verkorte sanctietermijn is geïntroduceerd om het FE-regime en de bedrijfsfusiefaciliteit met betrekking tot de faciëring van de overdracht van een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming gelijk aan elkaar te laten zijn, is de beperking tot de rechtshandeling waarbij de moeder een onderneming overdraagt naar de dochter mijns inziens terecht<sup>(8)</sup>.

In het nieuwe FE-regime is de verkorte sanctietermijn gecodificeerd (15ai lid 3 sub b Wet Vpb'69). Met het codificeren is de reikwijdte van de regeling enerzijds uitgebreid en anderzijds versoberd door het opnemen van een extra vereiste met betrekking tot de tegenprestatie (zie §7.3.4; *De tegenprestatie van de overdracht*). Zo kan in het nieuwe FE-regime ook een beroep worden gedaan op de verkorte sanctietermijn wanneer de dochter een onderneming overdraagt aan een zustermaatschappij. Ook de hiervoor besproken situatie (overdracht van een onderneming van de dochter naar de moeder) kan met de ingang van het nieuwe FE-regime rekenen op een fiscale faciëring<sup>(9)</sup>. Hoewel fiscaalrechtelijk de mogelijkheid is geopend om deze transactie te faciëren blijft een dergelijke situatie mijns inziens onmogelijk te bewerkstelligen aangezien het civiele recht de dochter nog steeds verbiedt eigen aandelen in de moeder te nemen.

#### **§7.3.4; De tegenprestatie van de overdracht**

De tegenprestatie van de overdracht is bij de verschillende faciliteiten op zeer uiteenlopende wijze geregeld (of niet geregeld). Ik constateer niet alleen diversiteit met betrekking tot de 'eisen' die aan de tegenprestatie worden gesteld, ook is het een en ander op uiteenlopende plaatsen in de Nederlandse wetgeving geregeld. Dit komt mijns inziens de harmonie en de overzichtelijkheid niet ten goede.

<sup>6</sup> Het begrip interne reorganisatie in de toelichting op de standaardvoorwaarden van de FE, heeft een andere betekenis dan het begrip interne reorganisatie als gedefinieerd in §1.2; *Het begrip 'interne reorganisatie'*.

<sup>7</sup> Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, toelichting 9.

<sup>8</sup> Zie hieromtrent: R.J. de Vries, *Anti-ontgaansbepalingen inzake de verbreking van een FE*, FM 74, Kluwer, Deventer 2001, blz 150-151.

<sup>9</sup> NnV, TK, 26 854, vergaderjaar 2000-2001, nr. 6, blz. 39. Zie verder: E.J.W. Heithuis, *Herziening regime FE in de vennootschapsbelasting*, TFO 2001/287, paragraaf 9.1. 3, 4<sup>e</sup> alinea.

De juridische (af)splitsings- en de fusiefaciliteit kennen géén regeling inzake de tegenprestatie in de fiscale wetgeving. In principe is dat ook niet nodig, omdat de aandeelhouders van de afsplitsende, respectievelijk de verdwijnende rechtspersoon partij zijn bij de rechtshandeling. Als zodanig worden de aandeelhouders van de afsplitser respectievelijk de verdwijner, van rechtswege aandeelhouders in de verkrijgende vennootschap (2:334e lid 1 en 2:311 lid 2 BW). Bij een bedrijfsfusie speelt de aandeelhouder slechts een marginale rol. De rechtshandeling beperkt zich immers tot de twee vennootschappen die de overdracht willen bewerkstelligen, waarbij de ene een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming overneemt en de andere vennootschap (overdrager) op grond van artikel 14 Wet Vpb'69 aandeelhouder wordt in de overnemer. De aandeelhouders van de overdrager blijven aldus (middellijk) gerechtigd tot de overgedragen onderneming. Overigens wordt niet in alle gevallen bij de toepassing van de juridische (af)splitsingsfaciliteit de aandeelhouder van de moeder van rechtswege aandeelhouder in de dochter. In de situatie waarbij een moeder een deel van haar vermogen afsplitst naar een door haar nieuw opgerichte dochter, wordt op grond van het civiele recht de aandeelhouder van de moeder géén aandeelhouder in de dochter (2:334e lid 3 sub BW).

Indien in het kader van een juridische fusie het vermogen van de dochter naar de moeder overgaat, verdwijnt de dochter. Een interne reorganisatie in deze richting (van dochter naar moeder) is mijns inziens niet te faciliteren met de bedrijfsfusiefaciliteit (zie §2.3; *De interne reorganisatie met behulp van de bedrijfsfusiefaciliteit*). De blokkade voor een facilitering met de bedrijfsfusiefaciliteit is gelegen in de eis in de vennootschapsbelasting tot het uitreiken van aandelen door de overnemer (nieuwe aandelen). Het is echter de vraag of deze wettelijke eis ten aanzien van de tegenprestatie binnen een concernverband, als gedefinieerd in dit onderzoek, noodzakelijk is en of de blokkade wel terecht is (zie §1.2; *Het begrip 'interne reorganisatie'*). Bij toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit ontstaat, afgezien van de vorm van het object en de status van de dochtermaatschappij, vanuit het concern bezien een materieel identieke situatie als bij de toepassing van de juridische fusiefaciliteit. In beide gevallen verrijkt noch verarmt de moedermaatschappij en vindt er slechts een verandering van de samenstelling van het vermogen van de moeder plaats.

In zowel het huidige als in het nieuwe FE-regime, wordt in tegenstelling tot de hiervoor genoemde faciliteiten géén enkele eis gesteld aan de tegenprestatie van de overdracht. Dit lijkt mij logisch aangezien de FE als één belastingplichtige wordt aangemerkt.

Ook wanneer de FE een beroep wil doen op de verkorte sanctietermijn is een tegenprestatie in de vorm van aandelen in de verkrijgende vennootschap niet noodzakelijk. Ondanks dat in de resolutie is opgenomen dat de tegenprestatie moet bestaan uit 'de vervreemding van bij die overdracht verkregen aandelen in die dochtermaatschappij', heeft de toenmalige staatssecretaris geantwoord dat ten opzichte van de oude resolutie waarin werd gesproken van 'de vervreemding van aandelen in die dochtermaatschappij' géén wijziging is beoogd<sup>(10)</sup>. Met andere woorden: in een bestaande moeder-dochterrelatie zoals in dit onderzoek, hoeft een overdracht van vermogensbestanddelen niet te bestaan uit aandelen om een beroep te kunnen doen op de verkorte sanctietermijn. In het nieuwe FE-regime is dit beleid gewijzigd. In artikel 15a lid 3 sub b Wet Vpb'69 is expliciet opgenomen dat 'de overdracht van een onderneming of een zelfstandig onderdeel van een onderneming, tegen uitreiking door de overnemer van eigen aandelen' dient te geschieden. Met het opnemen van deze eis wordt beter aangesloten bij de bedrijfsfusiefaciliteit die de reden is voor het introduceren van een verkorte sanctietermijn<sup>(11)</sup>. Ik ben echter niet overtuigd van het nut om deze eis omtrent de tegenprestatie op te nemen. Mijns inziens wordt voorbij gegaan aan een zéér belangrijk verschil tussen de FE enerzijds en de bedrijfsfusiefaciliteit anderzijds. Een FE tussen een moeder en dochter kan slechts worden gevormd indien de moeder ten minste 95% van het eigendom in de aandelen van de dochter bezit. Dit in tegenstelling tot de bedrijfsfusiefaciliteit die ook kan plaatsvinden tussen twee vennootschappen die niet zijn verbonden. Ik vraag me dan ook af wat een uitreiking van aandelen door de verkrijger (dochter) aan de overdrager (moeder) in een situatie, waarbij de moeder 100% van de aandelen bezit in de dochter, toevoegt. Ook bij toepassing van de

<sup>10</sup> Zie hieromtrent: Zie hieromtrent: R.J. de Vries, *Anti-ontgaansbepalingen inzake de verbreking van een FE*, FM 74, Kluwer, Deventer 2001, blz. 152.

<sup>11</sup> Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, toelichting 9.

bedrijfsfusiefaciliteit in een 100% moeder-dochterrelatie (zie hierboven) is een uitgifte van aandelen door de dochter aan de moeder mijns inziens overbodig.

In de eerste alinea van deze paragraaf merkte ik reeds op dat niet alle bepalingen omtrent de tegenprestatie op dezelfde 'plaats' in de Nederlandse wetgeving zijn geregeld. Op het punt van de 'bijbetaling in contanten' zou dit tot complicaties kunnen leiden. In artikel 14 Wet Vpb'69 is de tegenprestatie expliciet bepaald. Afgezien van een kleine afrondingscreditering is de tegenprestatie beperkt tot nieuwe aandelen. In de juridische (af)splitsings- en fusiefaciliteit is echter niets bepaald omtrent de tegenprestatie. Dit is ook niet noodzakelijk aangezien het civiele recht bepaald dat de aandeelhouder(s) van de afsplitser, respectievelijk de verdwijner, aandeelhouder worden in de verkrijger. Ook de bepalingen omtrent de bijbetaling zijn geregeld in het civiele recht. Nu echter ook naar buitenlands recht opgerichte lichamen een fiscaal begeleide (af)splitsing dan wel fusie kunnen bewerkstelligen, was het mijns inziens beter geweest de bepalingen omtrent de bijbetaling op te nemen in de vennootschapsbelastingwetgeving. Theoretisch bestaat thans de mogelijkheid dat het buitenlandse recht ruimere mogelijkheden biedt op bijbetaling in contanten.

Ten aanzien van de nieuwe FE-regime kan nog een opmerking worden gemaakt over de verkorte sanctietermijn. Aangezien in het nieuwe regime meer aansluiting is gezocht bij de bedrijfsfusiefaciliteit door op te nemen dat de tegenprestatie van de overdracht van een onderneming dient te bestaan uit aandelen, is het van overeenkomstige toepassing verklaren van de afrondingscreditering als in de bedrijfsfusiefaciliteit naar mijn mening niet meer dan redelijk.

### **§7.3.5; Verliesverrekening na een interne reorganisatie**

Alle faciliteiten die in dit onderzoek zijn besproken kennen regels om de verliesverrekeningspositie van de belastingplichtige subjecten te regelen. Aangezien alle faciliteiten de potentie hebben om de winst van een subject, betrokken bij de interne reorganisatie, te vergroten om zo de verliesverrekeningspositie te verbeteren, is deze constatering niet zo vreemd.

In de bedrijfsfusie-, juridische (af)splitsings- en fusiefaciliteit is expliciet opgenomen dat géén wettelijk recht op toepassing van de faciliteit bestaat indien respectievelijk de overnemer, de verkrijger en de verdwijner/ verkrijger op grond van artikel 20 Wet Vpb'69 recht hebben op voorwaarts te verrekenen verliezen (carry forward). Bij de afzonderlijke bespreking van de faciliteiten is reeds opgemerkt dat het zeer wel de vraag is of deze eis in de nationale wetgeving in overeenstemming is met de fusierichtlijn, aangezien deze eis hier niet in is opgenomen. Een beroep op de ruimte die de antimisbruikbepaling biedt, lijkt na het arrest Leur-Bloem ook géén houdbaar standpunt<sup>(12)</sup>. Met deze opmerking wil ik overigens niet zeggen dat het 'doel en de strekking' van de in de nationale wetgeving gestelde eis, dat géén sprake mag zijn van voorwaarts te verrekenen verliezen, onjuist is. Ik ben echter wèl van mening dat de 'vorm' waarin de beperking is neergelegd, strijdig is met de richtlijn. Mijns inziens moet ieder belastingplichtig subject dat gebruik wil maken van de faciliteit deze mogelijkheid hebben. Of het subject wèl of niet over voorwaarts te verrekenen verliezen beschikt, mag geen reden zijn om het wettelijk recht op toepassing van de faciliteit te onthouden. Dat daarnaast in de nationale wetgeving maatregelen moet worden getroffen om de mogelijke verruimde verliesverrekeningspositie van de belastingplichtige subjecten te beperken, lijkt mij zeerwel gerechtvaardigd en in overeenstemming met de fusierichtlijn. Immers, zonder nadere regelgeving kan door de verruimde mogelijkheid tot verliescompensatie (een deel van) de claim die met behulp van de faciliteit is doorgeschoven verloren gaan.

In het FE-regime (zowel het huidige als het nieuwe) is, in tegenstelling tot de hierboven beschreven faciliteiten, het recht op carry forward géén reden om het vormen van een FE te blokkeren dan wel te bemoeilijken. Wèl bestaat ook binnen het FE-regime de mogelijkheid een verruimde verliesverrekeningspositie voor een gevoegd subject te bewerkstelligen. Dit vloeit voort uit het feit dat ook met de FE een overdracht van vermogensbestanddelen kan worden bewerkstelligd. Het opnemen van regels om de verliesverrekening van de gevoegde maatschappijen op dezelfde wijze te laten verlopen als waren ze niet in een FE opgenomen, is dan ook noodzakelijk. In tegenstelling tot de bedrijfsfusie-, juridische (af)splitsings- en fusiefaciliteit kent de FE nog een extra complicatie die het belang van regels omtrent verliesverrekening onderstreept. Ik doel hiermee op het feit

<sup>12</sup> Arrest HvJ EG, 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32, (conclusie Jacobs, noot J.A.G. van der Geld).

dat tijdens het bestaan van de FE er voor de vennootschapsbelasting slechts één belastingplichtige bestaat (moeder). Carry forward van voorvoegingsverliezen en carry back van FE-verliezen kan dan ook alleen op een juiste manier geschieden indien hieromtrent regels bestaan.

Alhoewel de verliesverrekeningsregels van de faciliteiten overeenkomsten vertonen, zijn er ook verschillen aan te wijzen. Zo is in de bedrijfsfusie- en juridische (af)splitsingsfaciliteit impliciet bepaald dat respectievelijk de overdrager en de afsplitser wél over te verrekenen verliezen mogen beschikken, terwijl in de juridische fusiefaciliteit ook de verdwijner (naast de verkrijger) niet over voorwaarts te verrekenen verliezen mag beschikken. Dat ook de verdwijner niet over te verrekenen verliezen mag beschikken, is in eerste instantie vreemd te noemen. In de parlementaire behandeling is immers duidelijk gemaakt dat de fiscale indeplaatsstelling niet zo ver gaat dat ook verliezen van de verdwijner overgaan naar het verkrijgende lichaam<sup>(13)</sup>. Beschikt een verdwijner namelijk over voorwaarts te verrekenen verliezen, dan gaan deze verliezen in principe verloren. Nu echter de staatssecretaris in de resolutie van 19 december 2000 heeft verklaard dat op verzoek van de belastingplichtige verliezen van de verdwijner mee over kunnen gaan naar de verkrijger, is het opnemen van de 'verdwijner' in artikel 14a lid 2 Wet Vpb'69 verklaard<sup>(14)</sup>. Gaan de verliezen immers mee over, dan zijn regels noodzakelijk om verruimde verliescompensatie tegen te gaan.

De overdrager in de bedrijfsfusiefaciliteit en de afsplitser in de juridische (af)splitsingsfaciliteit blijven in tegenstelling tot de verdwijner (zoals de naam reeds suggereert) bestaan. Verliezen bij de overdrager en afsplitser zijn dus gewoon te verrekenen met toekomstige winsten. Verder is het natuurlijk de vraag of een overdrager dan wel een afsplitser voor de faciliteit opteert indien hij over verliezen beschikt. In een dergelijke situatie kan hij de winsten die ontstaan als gevolg van het overdragen van de onderneming respectievelijk het overdragen van de vermogensbestanddelen, compenseren met deze verliezen. Met andere woorden: in tegenstelling tot de juridische fusiefaciliteit, kunnen de carry forward verliezen van de overdrager en de afsplitser géén extra verruimde verliesverrekeningspositie bewerkstelligen, aangezien de verliezen bij deze lichamen achterblijven.

Wat betreft de bedrijfsfusiefaciliteit moet hierop één uitzondering worden gemaakt. In uitzonderlijke gevallen kunnen verliezen van de overdrager mee overgaan naar de overnemer<sup>(15)</sup>. Bijvoorbeeld in de situatie waarin een belastingplichtige vereniging haar gehele onderneming overdraagt aan de 100%-dochter, waardoor de vereniging niet lager belastingplichtig is voor de vennootschapsbelasting. In een dergelijk geval heeft de staatssecretaris de mogelijkheid geopend om de verliezen die anders, net als bij de juridische fusiefaciliteit, zouden verdwijnen mee te geven aan de overnemer.

Ik vind het overigens wél opmerkelijk dat in deze situatie, die ook mogelijk is bij de juridische (af)splitsingsfaciliteit, door de staatssecretaris géén mogelijkheid is geschapen om verliezen te doen overgaan. Een afsplitsing van de onderneming van een vereniging, die over carry forward verliezen beschikt, naar een nieuw door de vereniging opgerichte 100% dochter, leidt tot het verdampen van de verliezen indien de vereniging ophoudt belastingplichtig te zijn voor de vennootschapsbelasting, terwijl bij een faciëring met de bedrijfsfusiefaciliteit de verliezen op verzoek kunnen worden overgedragen.

Naast hetgeen hiervoor is opgemerkt, bestaat ook de mogelijkheid dat na toepassing van de bedrijfsfusie, juridische (af)splitsing of fusie verliezen ontstaan. Indien deze zijn toe te rekenen aan de door de verdwijner overgedragen vermogensbestanddelen dan is op verzoek verrekening met 'oude winsten' van de verdwijner toegestaan<sup>(16)</sup>. De bedrijfsfusiefaciliteit en de juridische (af)splitsingsfaciliteit kennen deze mogelijkheid niet, aangezien deze rechtspersonen blijven bestaan. Hierop is één uitzondering. Wanneer de bedrijfsfusiefaciliteit is toegepast en de overdrager na de overdracht ophoudt belastingplichtig te zijn, bestaat de mogelijkheid om de verliezen die zijn toe te rekenen aan de overgedragen onderneming te verrekenen met 'oude winsten' van de

<sup>13</sup> Zie hieromtrent: MvT, TK, 25 709, vergaderjaar 1997-1998, nr. 3, blz. 4, V-N 1997, blz. 4264.

<sup>14</sup> Besluit 19 december 2000, CCP 2000/3148M.

<sup>15</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, punt 8 en Besluit CCP 2000/2179M.

<sup>16</sup> Besluit 19 december 2000, CCP 2000/3149M.

overdrager<sup>(17)</sup>. De (af)splitsingsfaciliteit kent een dergelijke mogelijkheid niet, terwijl dit mijns inziens tot de mogelijkheden zou moeten behoren. Zie hieromtrent (de spiegelbeeldige situatie van) de vorige alinea. Afgezien van de uitzonderingssituaties die hiervoor zijn genoemd, geldt voor de bedrijfsfusie-, de juridische (af)splitsings- en fusiefaciliteit dat géén carry back van verliezen naar respectievelijk de overdrager, afsplitser en verdwijner mogelijk is. Dit is op zichzelf niet verwonderlijk aangezien de eerste twee lichamen blijven bestaan en de verdwijner zoals de naam reeds suggereert niet meer bestaat. Wél kan zonder nadere regels carry back plaatsvinden naar de oude winsten van de overnemer, verkrijger (dus zonder winstsplitsing). In het FE-regime daarentegen moet bij een carry back van FE-verliezen altijd winstsplitsing worden toegepast.

Bij de bespreking van het huidige en het nieuwe FE-regime is reeds opgemerkt dat er uitzonderingen bestaat op het vereiste dat winstsplitsing moet worden toegepast. In het huidige FE-regime kan winstsplitsing achterwege blijven indien de dochter met ingang van haar oprichting een FE gaat vormen met haar oprichter (de moeder)<sup>(18)</sup>. Winstsplitsing is in deze situatie ook overbodig nu de nieuwe dochter nog geen fiscaal verleden kent. Wanneer de moeder echter reeds voor de oprichting van de nieuwe dochter participeerde in een FE met (een) andere dochter(s) en op het moment van de voeging van de nieuwe dochter bij de reeds bestaande FE verrekening van voorfusieverliezen kan plaatsvinden waarbij winstsplitsing moet worden toegepast, is de versoepeling niet voorhanden.

Het nieuwe FE-regime kent een soortgelijke bepaling. Wanneer door één of meer van de FE deel uitmakende lichamen een nieuwe dochter wordt opgericht, wordt de winst die aan de nieuwe dochter is toe te rekenen in het kader van de verliesverrekening aan de moeder toegerekend<sup>(19)</sup>.

Indien sprake is van een situatie waarbij de moeder (in wording) in het kader van de interne reorganisatie een nieuwe dochter opricht, bieden het FE-regime (zowel huidige als nieuwe) en de juridische fusiefaciliteit mijns inziens de beste verliesverrekeningspositie. Zowel voorvoegingswinsten als verliezen kunnen worden gesaldeerd met FE-verliezen respectievelijk winsten. Bij de juridische fusie kunnen winsten dan wel verliezen van de verdwijner op verzoek aan de verkrijger worden overgedragen. Een extra voordeel van de FE-regime is dat ook geen winstsplitsing hoeft te worden toegepast. De verliesverrekeningspositie bij toepassing van de bedrijfsfusie- of de juridische afsplitsingsfaciliteit is beperkter, aangezien de overdrager respectievelijk de afsplitser blijven bestaan en verliezen aldus bij deze lichamen achterblijven. Wanneer respectievelijk de overdrager en de afsplitser na de transactie nog slechts een houdsterfunctie vervullen kan dit leiden tot het verdampen van een deel van de verliezen.

De regels die daadwerkelijk zien op het 'verdelen' van de winst om een verruimde verliesverrekeningspositie tegen te gaan, zijn vrijwel gelijk van systematiek (verliesverrekeningsregels). Zowel in het FE-regime (het huidige als het nieuwe), als in de overige faciliteiten zijn een viertal fasen te onderscheiden. Allereerst de winstsplitsing, daarna horizontale saldering, verminderen van de positieve winst met reeds bij de respectievelijk overdrager, afsplitser, verdwijner dan wel andere gevoegde maatschappij ten laste van winst gebrachte verliezen en tot slot de verticale verliesverrekening. Met uitzondering van de regels omtrent winstsplitsing wil ik hier verder niet op ingaan.

Vooraf winstsplitsing binnen de FE kan tot extra complicatie leiden wanneer binnen de FE vermogensbestanddelen zijn overgedragen. Indien bijvoorbeeld in het kader van een interne reorganisatie de moeder vermogensbestanddelen met stille reserves en goodwill overdraagt aan de dochter en deze laatste de vermogensbestanddelen vervoerd aan een derde, ontstaat een winst bij de dochter die feitelijk (grotendeels) is gerijpt bij de moeder. Zou hier in het kader van de winstsplitsing geen aandacht aan worden besteed, dan leidt een dergelijke interne reorganisatie, gevolgd door een vervoerding van vermogensbestanddelen aan een derde, vrij eenvoudig tot het verruimen van de verliesverrekeningspositie. Zowel in het huidige als in het nieuwe FE-regime is dit knelpunt opgelost door in dit geval de bij de moeder gerijpte winst, minus de afschrijvingen door de

<sup>17</sup> Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M, punt 8 en Besluit CCP 2000/2179M.

<sup>18</sup> Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, toelichting 7.5.

<sup>19</sup> Zie hieromtrent: artikel 5 lid 2 besluit FE 2003, MvF 31 mei 2002, nr. WDB2002/364M.

dochter, aan de moeder toe te rekenen<sup>(20)</sup>. Bovenstaande kan overigens ook plaatsvinden bij de andere faciliteiten, echter moet worden opgemerkt dat de FE in tegenstelling tot de andere faciliteiten verschillende gevoegde vennootschappen kent, waardoor het probleem zich meer openbaart en eerder voordoet. Ook door het beëindigen van de FE zou de verliesverrekeningspositie van de dochter, dan wel moeder kunnen worden verbeterd (met betrekking tot voorvoegingsverliezen). Ook voor deze situatie heeft de wetgever in het oude en het nieuwe FE-regime regels geïntroduceerd (zie §5.4.4; *Verliesverrekening tijdens de FE en na ontvoeging en §6.3.4; Verliesverrekening tijdens de FE en na ontvoeging*).

Tot slot wil ik nog stil staan bij de verliesverrekeningsproblematiek die speelt na het verbreken van de FE. Deze situatie speelt niet bij de bedrijfsfusie-, juridische (af)splitsings- en fusiefaciliteit en is een extra aandachtspunt bij de keuze voor het FE-regime om een interne reorganisatie te faciliteren. Na het verbreken van een FE zijn de verliezen van de FE alléén te verrekenen met de winsten van de vroegere moedermaatschappij. Wanneer de moedermaatschappij slechts een houdstermaatschappij is, betekent dit dat de verliezen deels, zo niet geheel, onverrekend zullen blijven. Alleen in het nieuwe FE-regime kunnen op verzoek verliezen van de FE, die zijn toe te rekenen aan de dochter, aan deze maatschappij worden meegegeven, om zo verliesverrekening met latere winsten van de dochter mogelijk te maken. Het spiegelbeeld van deze situatie, het verrekenen van FE-winsten met verliezen van de dochter ontstaan na de ontvoeging is niet mogelijk.

### **§7.3.6; Antimisbruikbepaling**

De antimisbruikbepalingen van de faciliteiten kennen allen bepaalde 'vereisten' waaraan moet zijn voldaan wil de sanctie van de bepaling in werking treden. De voorwaarden van de bedrijfsfusie-, juridische (af)splitsings- en fusiefaciliteit kennen echter een grote mate van homogeniteit. Zo wordt in de drie faciliteiten gesteld dat de faciliteit niet in overwegende mate mag zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Opmerking verdient dat het vereiste dat de faciliteit niet in overwegende mate mag zijn gericht op het uitstellen van belastingheffing mogelijk in strijd is met de fusierichtlijn, aangezien de faciliteit juist een uitstel van belastingheffing wenst te bewerkstelligen<sup>(21)</sup>.

Om de fiscus enige houvast te bieden, heeft de wetgever in de drie faciliteiten een bewijsvermoeden opgenomen. Wanneer aan de bedrijfsfusie, juridische (af)splitsing of fusie niet in overwegende mate zakelijke motieven ten grondslag liggen, wordt verondersteld dat de faciliteit is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Mijns inziens kan overigens op basis van de recente jurisprudentie worden opgemerkt dat ook niet zakelijke motieven, zolang deze niet in overwegende mate zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, kwalificeren voor een beroep op één van de faciliteiten.

Het tweede bewijsvermoeden dat de faciliteit in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, ziet op een vervreemding van de aandelen in één van de subjecten betrokken bij de toepassing van de faciliteit, binnen 3 jaren na de overdracht, aan een niet-verbonden lichaam. In tegenstelling tot de bedrijfsfusie en de juridische (af)splitsingsfaciliteit is dit bewijsvermoeden niet opgenomen in de juridische fusiefaciliteit. Dit lijkt mij, gezien de systematiek van de juridische fusiefaciliteit terecht (de overdrager verdwijnt immers)<sup>(22)</sup>. Het verschuiven van vermogensbestanddelen om een belaste vermogenswinst te transformeren naar een onbelaste vervreemdingswinst is met andere woorden niet mogelijk, aangezien hier minimaal twee lichamen voor nodig zijn. Eén lichaam dat wordt overgedragen aan een derde en één lichaam dat de onbelaste deelnemingsvoordelen verkrijgt.

Een opmerkelijk detail, is dat in het bewijsvermoeden slechts een vervreemding aan een niet-verbonden lichaam wordt gesanctioneerd. Een vervreemding aan een niet-verbonden natuurlijk persoon lijdt niet tot het in werking treden van het bewijsvermoeden<sup>(23)</sup>.

<sup>20</sup> Huidige FE-regime: Resolutie 20 november 1986, BNB 1987/42. Nieuwe FE-regime: 15ah lid 2 Wet Vpb'69.

<sup>21</sup> Zie hieromtrent: M.P. van Scheijndel, R.J. de Vries, Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing. Op naar 2001, WFR 1999/ 1673, paragraaf 3.2.

<sup>22</sup> R.J. de Vries, Juridische fusie, paragraaf 8.2.2.5.4, blz. 440-441, FM nr. 84, Kluwer, Deventer 1988.

<sup>23</sup> Zie hieromtrent: M.P. van Scheijndel, R.J. de Vries, Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing. Op naar 2001, WFR 1999/ 1673, paragraaf 4.1.

Zoals reeds bij het bespreken van de bedrijfsfusie- en de juridische (af)splitsingsfaciliteit is opgemerkt is dit bewijsvermoeden naar alle waarschijnlijkheid in strijd met de fusierichtlijn, zeker na het gewezen Leur-Bloem arrest<sup>(24)</sup>.

De vereisten voor het in werking treden van de sanctie in het huidige FE-regime (16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde) dan wel het nieuwe FE-regime (artikel 15ai Wet Vpb'69) verschillen aanzienlijk met de vereisten die aan het in werking treden van de sanctie bij de bedrijfsfusie, juridische (af)splitsing en fusie worden gesteld. Ook de vereisten voor het in werking treden van de sanctie bij het huidige FE-regime wijken af van de voorwaarden in het nieuwe FE-regime. Terwijl bij de hiervoor besproken faciliteiten het toepassen van de faciliteit niet in overwegende mate mag zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing, treedt onder het huidige FE-regime de sanctie in werking indien de samenstelling van het vermogen van de dochter is gewijzigd, er op enigerlei wijze een ten goede komen van de stille reserves heeft plaatsgevonden en de FE binnen 6 jaren na de overdracht wordt verbroken. Het nieuwe FE-regime is nog strikter. Daar wordt de sanctie reeds toegepast indien vermogensbestanddelen met stille reserves zijn verschoven en de FE binnen 6 kalenderjaren wordt verbroken. Zowel de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde als artikel 15ai Wet Vpb'69 lijken stringentere eisen te stellen dan de antimisbruikbepaling van de bedrijfsfusie-, juridische (af)splitsings- en fusiefaciliteit. Anderzijds kan een facilitering van een interne reorganisatie bij de bedrijfsfusie-, juridische (af)splitsings- dan wel fusiefaciliteit reeds op voorhand worden ontzegd, terwijl binnen het FE-regime in principe de overdracht altijd kan worden gefacilieerd. In het nieuwe FE-regime lijkt de antimisbruikbepaling ten opzichte van het oude FE-regime een ruimere werking te hebben, nu het vereiste van 'een ten goede komen' is vervallen. Als zodanig wordt mijns inziens niet alleen een omzetting van een belaste vermogenswinst naar een onbelaste vervreemdingswinst gesanctioneerd, maar ook een potentieel (maar nog niet reeds gerealiseerde) vervreemdingswinst lijkt door de sanctie van artikel 15ai Wet Vpb'69 te worden getroffen.

Een andere zeer relevante wijziging in het nieuwe FE-regime betreft de voorwaarden om in aanmerking te komen voor de verkorte sanctietermijn. Afgezien van het object van overdracht, dat een materiële onderneming moet omvatten (zie §7.3.3; *Het voorwerp van de interne reorganisatie*), is nu ook een vereiste omtrent de tegenprestatie opgenomen. Overdracht dient, net als bij de bedrijfsfusiefaciliteit, te geschieden tegen uitreiking van aandelen door de overnemer (zie §7.3.4; *De tegenprestatie van de overdracht*). Zoals ik reeds in de vorige zin genoemde paragraaf heb opgemerkt, betwijfel ik het nut van deze gelijkstelling met de bedrijfsfusiefaciliteit.

Ook de inhoud van de sanctie verschilt per faciliteit. Bij de bedrijfsfusie-, juridische (af)splitsings- en fusiefaciliteit wordt bij een misbruik de facilitering teruggenomen. Dit betekent dat een eerdere geruisloze overdracht alsnog met geruis gaat verlopen (er moet worden afgerekend). In het huidige FE-regime omvat de sanctie een gehele herwaardering van het zuivere vermogen van de dochtermaatschappij naar de waarde in het economische verkeer voorafgaand aan het splitsingstijdstip. Nu altijd het zuivere vermogen van de dochter wordt getroffen met de sanctie en niet de overgedragen vermogensbestanddelen, mist de sanctie van de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde mijns inziens vaak zijn doel. Zo worden bij het 'volstoppen' van een dochter naast verschoven vermogensbestanddelen ook de eigen vermogensbestanddelen van de dochter geherwaardeerd. Nu de vervreemdingsvoordelen op deze vermogensbestanddelen normaal gesproken onder de deelnemingsvrijstelling vallen en als zodanig niet zijn belast, lijkt een dergelijke sanctie niet terecht. Deze situatie komt naar mijn mening overeen met de situatie waarin een zelfstandig onderdeel van een onderneming wordt overgedragen/ afgesplitst naar een (bestaande) dochter met behulp van de bedrijfsfusie-/afsplitsingsfaciliteit, waarna de dochter binnen 3 jaren na deze transactie wordt vervreemd. In een dergelijke situatie wordt ook slechts de faciliteit teruggenomen en worden bij de vervreemding niet ook de eigen vermogensbestanddelen getroffen. Deze vermogensbestanddelen vallen immers onder de deelnemingsvrijstelling.

In de omgekeerde situatie, het 'leeghalen' van een dochter, is mijns inziens ook sprake van overkill. Wanneer na de transactie bij de dochter een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming achterblijft en wordt voortgezet, is immers primair géén sprake van het omzetten van belaste vermogenswinsten in onbelaste

<sup>24</sup> Arrest HvJ EG, 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32, (conclusie Jacobs, noot J.A.G. van der Geld).



vervreemdingsvoordelen, maar van het vervreemden van een dochter. Dit is overigens slechts anders wanneer één of enkele vermogensbestanddelen bij de dochter achterblijven en deze worden vervreemd. In een zodanig geval lijkt een herwaardering mijns inziens wel gerechtvaardigd.

In het zicht van het nieuwe FE-regime kan de belastingplichtige de sanctie van de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde verruilen voor toepassing van het besluit van 15 februari 2002<sup>(25)</sup>. Kiest de belastingplichtige voor de behandeling van het besluit dan blijft de herwaardering – grof gezegd – beperkt tot de overgedragen vermogensbestanddelen. Afhankelijk van de ‘richting’ en de ‘inhoud’ van de interne reorganisatie kan de keuze voor ofwel toepassing van de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde ofwel de keuze voor de toepassing van het besluit lucratief zijn (zie de opmerkingen van deze en de vorige alinea).

In het nieuwe FE-regime is de overkill van het huidige FE-regime ondervangen en wordt de verplichte herwaardering slechts toegepast op de overgedragen vermogensbestanddelen die stille reserves bevatten. Bij een interne reorganisatie waarbij de dochter een zelfstandig onderdeel van een onderneming overdraagt aan de moeder en waarna de dochter wordt vervreemd, vindt bij deze dochter voorafgaand aan de ontvoering géén algehele herwaardering plaats, maar worden slechts de overgedragen vermogensbestanddelen bij de moeder te boek gesteld op de waarde in het economische verkeer voorafgaand aan het ontvoeringstijdstip (tenzij er sprake is van een uitzondering). Door de sanctie te beperken tot de overgedragen vermogensbestanddelen wordt mijns inziens ook beter bij de sanctie van de bedrijfsfusie- en de juridische (af)splitsingsfaciliteit aangesloten. Hier wordt immers de verkregen faciliteit teruggenomen en wordt niet het gehele vermogen van de belastingplichtige getroffen.

De belastingplichtige heeft overigens, in tegenstelling tot het huidige FE-regime, de mogelijkheid aannemelijk te maken dat de waarde in het economische verkeer ten tijde van de verschuiving een andere was dan de waarde in het economische verkeer ten tijde van de ontvoering. Indien de belastingplichtige slaagt in dit bewijs, mag het vermogensbestanddeel worden gewaardeerd op de waarde ten tijde van de overdracht vermindert met de afschrijvingen tussen het tijdstip van de verschuiving en de ontvoering.

In tegenstelling tot de bedrijfsfusie-, juridische (af)splitsings- en fusiefaciliteit, kent zowel het huidige als het nieuwe FE-regime géén tegenbewijsregeling. Zo kan een belastingplichtige die een beroep heeft gedaan op de bedrijfsfusie-, juridische (af)splitsings- en fusiefaciliteit bij een niet zakelijk motief (1<sup>e</sup> bewijsvermoeden) dan wel bij een vervreemding van de aandelen binnen de gestelde sanctietermijn in de bij de bedrijfsfusie dan wel afsplitsing betrokken subjecten (2<sup>e</sup> bewijsvermoeden), trachten aannemelijk te maken dat de toepassing van de faciliteit niet in overwegende mate is gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing. Slaagt de belastingplichtige hierin dan treedt de sanctie niet in werking.

Ook in de situatie waarin de verkorte sanctietermijn van toepassing is, is een tegenbewijsregeling niet voorhanden. Nu de wetgever wat betreft het object en de tegenprestatie aansluiting zoekt bij de bedrijfsfusiefaciliteit vind ik dit verwonderlijk en een gemis<sup>(26)</sup>. Een dergelijke tegenbewijsregeling maakt de gewenste aansluiting bij de sanctietermijn van de bedrijfsfusiefaciliteit alleen nog maar completer. Zonder de regeling bestaat immers nog steeds de mogelijkheid dat een belastingplichtige kiest voor de bedrijfsfusiefaciliteit in plaats van de FE, aangezien voor de eerste een minus 3 jarentermijn geldt terwijl voor het huidige FE-regime een 3 jaren en in het nieuwe FE-regime een 3 kalenderjarentermijn geldt<sup>(27)</sup>.

### **§7.3.7; Antiwinstdrainagebepaling**

Op de bedrijfsfusiefaciliteit na, kennen alle faciliteiten een specifieke bepaling die erop is gericht winstdrainage te voorkomen. Dat de bedrijfsfusiefaciliteit niet net als de andere faciliteiten met een zodanige bepaling is uitgerust wijst naar mijn mening op ofwel een bewuste keuze van de wetgever ofwel op een omissie. Op grond van de parlementaire wetsgeschiedenis kan de stelling worden ingenomen dat er sprake is van een bewuste keuze. De toenmalige staatssecretaris heeft namelijk opgemerkt, dat met het opnemen van de winstdrainageregelingen het

<sup>25</sup> Besluit 15 februari 2002, nr. CPP2001/3589M, V-N 2002/11.20, blz. 1277-1280.

<sup>26</sup> Zie hieromtrent: NnV, TK, 26 854, vergaderjaar 2000-2001, nr. 6, blz. 31.

<sup>27</sup> Het opnemen van een ‘verkorte sanctietermijn’ vindt haar bestaansrecht in de gedachte dat de sanctieduur niet een bepalende factor mag zijn bij de keuze van een faciliteit. Zie hieromtrent: Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, toelichting 9.

risico dat de renteaftrek voor ondernemingen na de arresten van de HR een aanzienlijke omvang zou krijgen, is teruggebracht tot aanvaardbare proporties<sup>(28)</sup>. De staatssecretaris lijkt met andere woorden gevallen die niet onder de wettelijke antiwinstdrainageregelingen vallen toe te staan.

Echter wanneer men kijkt naar het doel van de invoering van de antiwinstdrainageregelingen (behoud van de heffingsgrondslag) lijkt eerder sprake te zijn van een vergissing dat de bedrijfsfusiefaciliteit niet net als de materieel vergelijkbare faciliteiten (juridische (af)splitsings- en fusiefaciliteit) een antiwinstdrainagebepaling heeft gekregen. In deze benadering lijkt de opmerking van de staatssecretaris eerder betrekking te hebben op andere gevallen van winstdrainage die materieel minder overeenkomst vertonen met de wettelijk geregelde situaties. In §2.4.6; *Winstdrainage en de bedrijfsfusiefaciliteit* is echter opgemerkt dat de renteaftrek toch mogelijk wordt beperkt door toepassing van ofwel de antimisbruikbepaling van de bedrijfsfusiefaciliteit ofwel fraus legis. Derhalve bestaat ook de mogelijkheid dat de renteaftrek na de bedrijfsfusie ongemoeid wordt gelaten.

Dat de bedrijfsfusie géén expliciete antiwinstdrainagebepaling kent is overigens niet het enige verschil dat is te onderkennen tussen de verschillende antiwinstdrainagebepalingen van de faciliteiten. Zo is in tegenstelling tot artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69, dat gelijk met de andere antiwinstdrainagebepalingen in de vennootschapsbelasting is opgenomen, de rentetemporisering niet van toepassing en de rente dus wél aftrekbaar indien de schuldeiser een verbonden natuurlijk persoon is. Wanneer met andere woorden de geldlening, die ziet op het verwerven van een dochter, verschuldigd is aan een natuurlijk persoon (aandeelhouder) en vervolgens de geldlening met behulp van de juridische (af)splitsings-, fusiefaciliteit dan wel met behulp van het huidige FE-regime wordt samengebracht in één belastingplichtige, is de renteaftrek gewoon toegestaan. Het beperken van de antiwinstdrainageregelingen tot slechts verbonden lichamen is mijns inziens vreemd. Zeker nu de wetgever in artikel 10a lid 2 sub b Wet Vpb'69 deze groep aandeelhouders wél onder het renteaftrekverbod heeft gebracht. In het nieuwe FE-regime heeft de wetgever de in mijn ogen onterechte beperking van de antiwinstdrainagebepaling hersteld. In artikel 15ad Wet Vpb'69 worden ook geldeningen die verschuldigd zijn aan een verbonden natuurlijk persoon getemporeerd. Het is overigens opmerkelijk te noemen dat de wetgever niet tegelijk de antiwinstdrainagebepalingen van de juridische (af)splitsing en fusie aanpast. Hierdoor blijft het omzeilen van de rentetemporisering mogelijk door een beroep te doen op de juridische (af)splitsings- of fusiefaciliteit indien een verbonden natuurlijk persoon de schuldeiser is.

Ook met betrekking tot de sanctietermijn is een verschil te constateren tussen het nieuwe FE-regime en de andere faciliteiten. Zo geldt in de juridische (af)splitsings-, fusiefaciliteit en het huidige FE-regime een termijn van acht volgende jaren nadat alle aandelen in de dochter zijn verworven. Het nieuwe FE-regime spreekt echter over het jaar waarin de FE tot stand komt en de daarop volgende zeven jaren. In theorie kan dit in het nieuwe FE-regime leiden tot een reductie van de sanctietermijn, ten opzichte van de andere faciliteiten, van één jaar minus één dag. Nu echter het totstandkomen van de FE en niet het bezit van alle aandelen in de dochter als startpunt van de sanctietermijn is genomen, kan de sanctietermijn bij een 100%-aandelenbezit in dochter voordat de FE tot stand komt, inhouden dat de temporisering later eindigt. Immers bij de juridische (af)splitsings-, fusiefaciliteit en het huidige FE-regime loopt de termijn reeds op het moment dat de moeder 100% van de aandelen in de dochter bezit<sup>(29)</sup>.

Ook in de tegenbewijsregeling zijn verschillen tussen de juridische (af)splitsings- en de fusiefaciliteit enerzijds en het FE-regime anderzijds en tussen het nieuwe FE-regime en de andere faciliteiten, te ontdekken.

In de wettekst van de juridische (af)splitsings- en de fusiefaciliteit is bepaald dat de rentetemporisering niet geldt indien de schuldeiser zelf direct of indirect extern inleent. De schuldeiser zal dus zelf, al dan niet via een verbonden lichaam (tussenschakel), gelden moeten inlenen bij een niet-verbonden lichaam. Wanneer de schuldeiser inleent bij een verbonden lichaam zal dat verbonden lichaam al dan niet via een tussenschakel extern vreemd vermogen moeten inlenen, aangezien anders niet aan de eis van tegenbewijsregeling wordt voldaan. Er moet met andere woorden een schakeling bestaan die uiteindelijk leidt tot het extern inlenen. In artikel 15 lid 5

<sup>28</sup> Zie hieromtrent: MvT, TK, 24 696, vergaderjaar 1995-1996, nr. 3, blz. 16.

<sup>29</sup> Zie hieromtrent: D.G.A. Meijer, *Winstdrainage*, FED, Kluwer, Deventer 2001, paragraaf 10.3.4.

sub a Wet Vpb'69 en artikel 15ad lid 3 Wet Vpb'69 hoeft de schuldeiser niet zelf vreemd vermogen in te lenen. Indien hier een verbonden lichaam extern vreemd vermogen inleent zonder dat de schuldeiser zelf een lening is aangegaan met het verbonden lichaam dat het vreemd vermogen heeft ingekocht, wordt toch aan de tegenbewijsregeling voldaan<sup>(30)</sup>. Het is dus voldoende dat het concern als zodanig extern vermogen inleent met betrekking tot het verwerven van de aandelen.

Een tweede verschil tussen de juridische (af)splitsings-, fusiefaciliteit enerzijds en het FE-regime anderzijds, is het vereiste in artikel 14a lid 9 Wet Vpb'69 en artikel 14b lid 7 Wet Vpb'69 dat de geldlening verschuldigd aan een verbonden lichaam in dezelfde mate extern moet zijn ingeleend. Het FE-regime heeft daarentegen een niet zodanige eis. Hier is het mogelijk dat een deel van de lening die verschuldigd is aan een verbonden lichaam wordt getemporiseerd en een deel onder de tegenbewijsregeling valt. Met andere woorden: het FE-regime kent met betrekking tot het extern inleenvereiste een pro rata benadering.

Op de twee bovenstaande punten is de tegenbewijsregeling in het FE-regime dus ruimer dan die in de juridische (af)splitsings-, fusiefaciliteit. Dit is mijns inziens vreemd te noemen, aangezien aan de invoering van de antiwinstdrainagebepalingen in de juridische (af)splitsings-, fusiefaciliteit de gedachte ten grondslag ligt een symmetrie te bewerkstelligen tussen de juridische (af)splitsings-, fusiefaciliteit enerzijds en het FE-regime anderzijds om zo het ontgaan van de rentetemporisering te voorkomen. Vanuit deze gedachte is een ongegrond verschil in de tegenbewijsregeling naar mijn mening als niet consequent te bestempelen.

Tot slot wil ik nog specifiek stilstaan bij het verschil tussen de tegenbewijsregeling in het nieuwe FE-regime en de tegenbewijsregeling van de andere faciliteiten. Met betrekking tot de bovenstaande punten was er géén verschil te constateren tussen het huidige FE-regime en het nieuwe FE-regime. Echter de eisen voor toepassing van de tegenbewijsregeling zijn wél aangescherpt. In het nieuwe FE-regime wordt naast het extern-inleenvereiste een tweede eis gesteld. Zo moet de rente bij de schuldeiser zijn betrokken in een belasting naar winst of inkomen uiterlijk in het jaar dat volgt op het jaar waarin de rente is verschuldigd (grondslageis). Hieruit blijkt dat het extern inlenen alleen niet meer voldoende is om de renteaftrek te bewerkstelligen. Net als Heithuis ontgaat mij de reden voor het invoeren van deze aanscherping<sup>(31)</sup>. De tegenbewijsregeling is mijns inziens juist in het leven geroepen om in de situatie waarin daadwerkelijk onvoldoende gelden binnen het concern aanwezig zijn om de aankoop van de dochter te financieren, renteaftrek toe te laten. Met het inlenen van een niet-verbonden lichaam wordt dit in mijn optiek aannemelijk gemaakt. Zoals Heithuis opmerkt, lijkt hier sprake te zijn van een snelheidsfoutje van de wetgever. De eis is namelijk wel van belang bij de tegenbewijsregeling bij kapitaalstortingen<sup>(32)</sup>.

### **§7.3.8; Aansprakelijkheid voor belastingschulden**

Het onderzoekspunt 'aansprakelijkheid voor belastingschulden' laat een duidelijk onderscheid zien tussen enerzijds het huidige en het nieuwe FE-regime en anderzijds de bedrijfsfusie-, juridische (af)splitsings- en de fusiefaciliteit. De laatste drie faciliteiten kennen allen een individuele aansprakelijkheid voor de belastingschulden. De vennootschapsbelastingclaim op in het kader van de interne reorganisatie fiscaal geruisloos overgedragen vermogensbestanddelen moet op grond van de indeplaatsstellingsregeling, bij vervreemding van de overgedragen vermogensbestanddelen door de overnemer worden voldaan. Met andere woorden de overdrager, respectievelijk de afsplitser en verdwijner zijn na de overdracht niet meer aansprakelijk voor de vennootschapsbelastingclaim die rust op overgedragen vermogensbestanddelen. Het bestaan van een holdingstructuur als in het onderhavige onderzoek doet hier niets aan af.

De aansprakelijkheid voor belastingschulden ligt geheel anders wanneer een FE tot stand is gekomen tussen de moeder en de dochter. In deze situatie is volgens de invorderingswet de dochter (ook) hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsbelastingsschuld van de FE. De FE bewerkstelligt dus een veel ruimere aansprakelijkheid voor belastingschulden dan in het geval van een zelfstandige belastingplicht. Ook wanneer de FE wordt verbroken, blijft de daarvoor gevoegde dochter aansprakelijk voor materieel door de FE verschuldigde

<sup>30</sup> Zie hieromtrent: D.G.A. Meijer, a.w. paragraaf 6.4.

<sup>31</sup> Zie hieromtrent: E.J.W. Heithuis, Herziening regime FE in de vennootschapsbelasting, TFO 2001/287, paragraaf 10.4, 3<sup>e</sup> alinea.

<sup>32</sup> Op de tegenbewijsregeling voor kapitaalstortingen zal ik niet verder ingaan, net als de tegenbewijsregeling die ziet op bedrijfsovernames.

vennootschapsbelasting. Deze aansprakelijkheid wordt zowel in het huidige als het nieuwe FE-regime nog eens extra verruimd door de verrekeningsbepaling van artikel 24 lid 2 Inv. Wet. Op grond van deze bepaling kunnen te innen bedragen van de moeder of dochter door de ontvanger worden verrekend met te betalen bedragen aan de FE (moeder) dan wel de gevoegde dochter.

#### §7.4; Analyse van de faciliteiten

In de vorige paragrafen van dit hoofdstuk is een uiteenzetting gegeven van de toepassingsmogelijkheden die de verschillende faciliteiten bieden om een interne reorganisatie te bewerkstelligen en is een analyse gemaakt van de belangrijkste verschillen en overeenkomsten tussen de verschillende faciliteiten op de onderzochte punten. In deze laatste paragraaf van de analyse heb ik getracht op basis van de twee voorgaande analyses een overzicht te creëren van de sterke en zwakke aspecten van elke faciliteit. De kwalificatie van de onderzoekspunten heeft plaatsgevonden door de verschillende faciliteiten op basis van de eerdere analyses met elkaar te vergelijken. Hierbij is getracht een zo objectief mogelijk beeld te schetsen door géén specifieke situatie van een belastingplichtig subject als uitgangspunten te nemen.

Tabel 2; Analyse van de faciliteiten

	<b>Bedrijfsfusie</b>	<b>Afsplitsing</b>	<b>Juridische fusie</b>	<b>Huidig FE-regime</b>	<b>Nieuw FE-regime</b>
<b>'Sterk'</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Subject</li> <li>• Antimisbruik</li> <li>• Antiwinstdrainage</li> <li>• Belastingenschuld</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Object</li> <li>• Antimisbruik</li> <li>• Belastingenschuld</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Toepassing</li> <li>• Verliesverrekening</li> <li>• Antimisbruik</li> <li>• Belastingenschuld</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Toepassing</li> <li>• Tegenprestatie</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Toepassing</li> </ul>
<b>'Neutraal'</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Verliesverrekening</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Subject</li> <li>• Verliesverrekening</li> <li>• Antiwinstdrainage</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Subject</li> <li>• Antiwinstdrainage</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Object</li> <li>• Verliesverrekening<sup>(33)</sup></li> <li>• Antiwinstdrainage<sup>(34)</sup></li> <li>• Antimisbruik<sup>(35)</sup></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Subject</li> <li>• Object</li> <li>• Tegenprestatie</li> <li>• Verliesverrekening</li> <li>• Antimisbruik</li> </ul>
<b>'Zwak'</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Toepassing</li> <li>• Object</li> <li>• Tegenprestatie</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Toepassing</li> <li>• Tegenprestatie</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Object</li> <li>• Tegenprestatie</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Subject</li> <li>• Verliesverrekening<sup>(33)</sup></li> <li>• Antimisbruik<sup>(35)</sup></li> <li>• Antiwinstdrainage<sup>(34)</sup></li> <li>• Belastingenschuld</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Antiwinstdrainage</li> <li>• Belastingenschuld</li> </ul>

<sup>33</sup> Indien onder het huidige FE-regime een beroep kan worden gedaan op resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329, toelichting 7.5 (nieuw opgerichte dochter gelijktijdig met oprichting gevoegd in een FE met de oprichter, de moeder), verhuist het onderzoekspunt van zwak naar neutraal.

<sup>34</sup> Indien een belastingplichtige (FE) op grond van het overgangsrecht kiest om vanaf 2003 nog twee boekjaren het huidige recht toe te passen, geldt voor een FE die op grond van een beschikking van na 20 november 2000 tot stand is gekomen dat in plaats van artikel 15 lid 4 en 5 Wet Vpb'69, artikel 15ad Wet Vpb'69 moet worden toegepast. Indien hier sprake van is verhuist het onderzoekspunt van 'neutraal' naar 'zwak' (artikel IV lid 7 Overgangsrecht FE).

<sup>35</sup> Indien op de antimisbruikbepaling van het huidige FE-regime (16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde) het besluit 15 februari 2002, nr. CPP2001/3589M, V-N 2002/11.20, blz. 1277-1280 toepassing vindt, verhuist het onderzoekspunt van zwak naar neutraal.

## H8; Conclusie/ samenvatting en aanbevelingen

In het eerste hoofdstuk van deze scriptie zijn de doelstelling en de probleemstelling opgenomen. Verder is in dit hoofdstuk een definitie gegeven van het begrip interne reorganisatie, die als rechtshandeling de basis vormt van het onderzoek.

Ik heb mij in dit onderzoek tot doel gesteld de bedrijfsfusie-, juridische afsplitsings-, fusiefaciliteit, het huidige FE-regime en het nieuwe FE-regime op enkele onderzoekspunten (van belang voor een interne reorganisatie) met elkaar te vergelijken, om uiteindelijk de belastingplichtige die een interne reorganisatie fiscaal geruisloos wil laten verlopen de mogelijkheid te geven een weloverwogen keuze te maken uit het ruime aanbod van faciliteiten in de vennootschapsbelastingwetgeving. Daartoe heb ik een probleemstelling opgesteld die in een drietal deelvragen is opgedeeld.

Met de eerste deelvraag heb ik getracht een duidelijk beeld te vormen van de voorwaarden die in de verschillende faciliteiten aan de belastingplichtige worden gesteld ten aanzien van het subject, het object, de tegenprestatie, verliesverrekening, misbruik van de faciliteit, winstdrainage en tot slot aansprakelijkheid voor belastingschulden. Deze deelvraag heeft geresulteerd in een grote overzichtstabel waar per onderzoekspunt van alle faciliteiten de voorwaarden zijn opgenomen (zie Tabel 3; *Overzicht van de onderzoekspunten*).

Deze overzichtstabel heeft de grondslag gevormd voor de verdere analyse. In de tweede deelvraag heb ik geprobeerd inzage te geven in de verschillen en overeenkomsten tussen de faciliteiten op de onderzochte punten. In een uitvoerige bespreking zijn de voorwaarden, die in de verschillende faciliteiten worden gesteld, met elkaar vergeleken (zie §7.2; *Overzicht van de toepassingsmogelijkheden van de faciliteiten bij een interne reorganisatie en §7.3; Analyse van de onderzoekspunten*).

Tot slot de derde deelvraag. Hier heb ik getracht inzicht te geven in de sterke en zwakke aspecten van de verschillende faciliteiten om een interne reorganisatie fiscaal te faciliteren. Deze laatste deelvraag heeft geresulteerd in een tweede overzichtstabel waarin is aangegeven welke onderzoekspunten van een faciliteit in vergelijking met de overige onderzochte faciliteiten als 'sterk', 'zwak' dan wel 'neutraal' moeten worden bestempeld (zie §7.4; *Analyse van de faciliteiten*).

De opdeling van de probleemstelling in een drietal deelvragen heeft, zoals hierboven reeds blijkt, geleid tot een zelfde driedeling in de analyse. Toch wil ik in deze conclusie/ samenvatting de resultaten van de analyse geïntegreerd benaderen, aangezien alle onderdelen van de probleemstelling bijdragen aan de uiteindelijke doelstelling van dit onderzoek. Wel zal de laatste deelvraag van het onderzoek de invalshoek zijn van dit hoofdstuk. De overzichtstabel van de sterke en zwakke aspecten van de verschillende faciliteiten zal aldus als leidraad dienen bij het trekken van de conclusies en het formuleren van de aanbevelingen (zie Tabel 2; *Analyse van de faciliteiten*).

In het eerste hoofdstuk is reeds opgemerkt dat de **subjecten** in dit onderzoek een NV of BV zijn, dan wel een naar aard en inrichting vergelijkbare rechtsvorm opgericht naar buitenlands recht. De mogelijkheid om een buitenlandsbelastingplichtig subject te laten participeren in een interne reorganisatie is niet in alle faciliteiten gegeven. Zo kent het huidige FE-regime géén mogelijkheden om met een buitenlandsbelastingplichtige een FE te vormen, met uitzondering van een naar Nederlands recht opgerichte dual-resident. Als gevolg van deze constatering is een interne reorganisatie, waarbij een buitenlandsbelastingplichtige is betrokken, dan ook niet mogelijk met behulp van het huidige FE-regime. De bedrijfsfusiefaciliteit biedt in mijn optiek de meeste mogelijkheden om een buitenlandsbelastingplichtige te laten participeren in een interne reorganisatie. Ook het nieuwe FE-regime biedt mogelijkheden om een buitenlandsbelastingplichtige moeder en/of dochter te laten participeren in een FE. Echter het toepassingsbereik van het nieuwe FE-regime is een ietwat beperkter dan de bedrijfsfusiefaciliteit (zie §6.3.1; *De subjecten bij het nieuwe FE regime, 3<sup>o</sup> en 4<sup>o</sup> alinea*). De juridische (af)splitsings- en de fusiefaciliteit kennen ook de mogelijkheid om een interne reorganisatie te bewerkstelligen met een buitenlandsbelastingplichtige moeder en/ of dochter. De vennootschapsbelasting stelt echter wel als eis dat de lichamen in de EU zijn gevestigd. Verder stelt het Nederlandse civiele recht de eis dat beide lichamen dezelfde

rechtsvorm hebben. Ten opzichte van de bedrijfsfusie en het nieuwe FE-regime is dit een beperking van de mogelijkheden.

Ten aanzien van de mogelijkheden die een faciliteit biedt om een interne reorganisatie te bewerkstelligen (**toepassing**) blijkt dat de bedrijfsfusie- en afsplitsingsfaciliteit slechts in één richting uitkomst bieden (alleen van moeder naar dochter). De andere faciliteiten zijn flexibeler en bieden ook in omgekeerde richting de mogelijkheid tot een fiscaal geruisloze doorschuiving. De beperking in de toepassing van de bedrijfsfusiefaciliteit ligt opgesloten in de eis dat als **tegenprestatie** de overnemer 'nieuwe aandelen' aan de overdrager moet uitreiken. De juridische afsplitsings- en fusiefaciliteit kennen deze eis niet, maar het Nederlandse civiele recht maakt de aandeelhouders van de afsplitser respectievelijk de verdwijner partij bij de rechtshandeling (van rechtswege aandeelhouder). Het huidige FE-regime is op dit punt flexibeler en stelt géén eisen aan de tegenprestatie. Dit geldt ook voor het nieuwe FE-regime met het verschil dat voor een beroep op de verkorte sanctietermijn wél eisen aan de tegenprestatie worden gesteld. In dat geval moeten namelijk ook aandelen worden uitgereikt aan de overdrager.

Op basis van het bovenstaande concludeer ik dat de bedrijfsfusie en afsplitsingsfaciliteit wat deze onderzoekspunten betreft de meeste beperkingen kennen. Het huidige FE-regime biedt de beste mogelijkheden en het nieuwe FE-regime neemt net als de juridische fusiefaciliteit een middenpositie in.

Deze gevolgtrekking doet echter de vraag rijzen of de bedrijfsfusiefaciliteit in het kader van een interne reorganisatie geen ruimer toepassingsbereik moeten toekomen. Een belangrijk kenmerk van een interne reorganisatie is immers de nauwe band tussen de betrokken lichamen (100%-aandelenbezit). De eis tot het uitreiken van aandelen in een 100%-aandeelhoudersrelatie voegt dan ook naar mijn mening niets toe. Immers de interne reorganisatie verrijkt noch verarmt de moedermaatschappij. Zo staat tegenover het verkrijgen van de onderneming van de dochter door de moeder een even grote daling van de waarde van de deelneming in die dochter. In omgekeerde situatie geldt overigens hetzelfde.

Het laten vervallen van de eis tot het uitreiken van aandelen wanneer sprake is van een 100% aandeelhoudersrelatie zou de toepassingsmogelijkheden van de bedrijfsfusiefaciliteit in het kader van een interne reorganisatie aanzienlijk verbeteren. In mijn optiek is een dergelijke aanpassing van de bedrijfsfusiefaciliteit een overweging waard aangezien ik géén reden kan bedenken waarom een interne reorganisatie alleen met de bedrijfsfusiefaciliteit kan worden gefacilieerd wanneer de moeder de onderneming aan de dochter overdraagt.

Een ander punt van aandacht is de redactie van de verkorte sanctietermijn in het nieuwe FE-regime. Uit de tekst van de bepaling blijkt niet langer dat de verkorte sanctietermijn is beperkt tot een interne reorganisatie waarbij de moeder een onderneming overdraagt aan de dochter zoals in de toelichting op de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde. Ook een omgekeerde situatie lijkt op grond van de wettekst mogelijk. Ik ben echter van mening dat het civiele recht, net als bij de bedrijfsfusie (zie hierboven), een interne reorganisatie in deze richting belemmert. In de tekst van de verkorte sanctietermijn in het nieuwe FE-regime wordt namelijk, net als bij de bedrijfsfusiefaciliteit gesproken van het 'uitreiken van aandelen'. Dit lijkt als zodanig te impliceren dat ook voor de toepassing van de verkorte sanctietermijn in het nieuwe FE-regime 'nieuwe aandelen' moeten worden uitgegeven.

Overigens ben ik van mening dat net als bij de bedrijfsfusiefaciliteit (zie hierboven) de eis tot het uitreiken van aandelen ingeval van een interne reorganisatie (100% aandeelhoudersrelatie) geen nut heeft. Ik pleit er dan ook voor dat deze nieuwe eis in de verkorte sanctietermijn wederom komt te vervallen.

Het **voorwerp** van de interne reorganisatie laat eveneens een gevarieerd beeld zien. Alléén de juridische afsplitsingsfaciliteit stelt in het geheel géén eisen aan de vorm van het object. Zoals ik reeds in de analyse heb opgemerkt kent het object van deze faciliteit dan ook een ruime range, variërend van één vermogensbestanddeel tot de overdracht van het gehele vermogen. Ook in het FE-regime (zowel het huidige als het nieuwe) zijn géén eisen gesteld aan de inhoud van het object. Dit is echter anders indien de belastingplichtige in een later stadium een beroep wil doen op de verkorte sanctietermijn. Deze verkorte sanctietermijn kan namelijk alleen worden toegepast indien het object een materiële onderneming omvatte. Over de importantie van deze verkorte sanctietermijn kan op voorhand géén algemene uitspraak worden gedaan, aangezien de toepassing van de 16<sup>e</sup> standaardvoorwaarde afhankelijk is van feitelijke toekomstige gebeurtenissen. De bedrijfsfusie- en de juridische

fusiefaciliteit kennen in tegenstelling tot de hierboven besproken faciliteiten 'strikte eisen' met betrekking tot de inhoud van het object en zijn als zodanig het minst flexibel. De afsplitsingsfaciliteit en in iets mindere mate het FE-regime stellen ten aanzien van het object van de interne reorganisatie de minste eisen en zijn als zodanig het meest flexibel in de toepassing.

Het trekken van conclusies uit de resultaten van de analyse van het onderzoekspunt **verliesverrekening** is complex, aangezien de verliesverrekeningsregels binnen het FE-regime in eerste instantie zien op het tegengaan van verruimde verliesverrekeningssituatie als gevolg van het ontstaan van één belastingplichtige, terwijl bij de bedrijfsfusiefaciliteit, de juridische afsplitsings- en fusiefaciliteit zien op tegengaan van een verruimde verliesverrekeningssituatie als gevolg van een interne reorganisatie. Er zijn overigens wel overeenkomsten in de systematiek van de verliesverrekening te constateren, maar tegelijkertijd zijn er ook een aantal essentiële verschillen tussen de faciliteiten, zoals het blijven bestaan van de overdrager (bedrijfsfusiefaciliteit) en de afsplitser (afplitsingsfaciliteit), terwijl door voeging in een FE-regime en ook na de toepassing van de juridische fusiefaciliteit één belastingplichtige ontstaat. Dit verschil zorgt voor een beperktere verliesverrekeningssituatie bij de bedrijfsfusie- en de juridische afsplitsingsfaciliteit indien de moeder (in wording) een nieuwe dochter opricht en zelf nog slechts houdsteractiviteiten verricht. Het huidige en het nieuwe FE-regime kennen onder voorwaarden in een dergelijke situatie géén enkele beperking in hun verliesverrekeningspositie en er hoeft zelfs geen winstsplitsing te worden toegepast. Ook bij de juridische fusiefaciliteit blijven mogelijkheden bestaan om voorfusieverliezen te verrekenen met nafusiewinsten dan wel nafusieverliezen te verrekenen met voorfusiewinsten. Wanneer echter een interne reorganisatie plaatsvindt naar een bestaande dochter vervallen de bovenstaande voordelen voor de FE en moet net als de andere faciliteiten winstsplitsing te worden toegepast.

Wel kent het FE-regime (zowel het huidige als het nieuwe) de problematiek van verliesverrekening na splitsing/ontvoeging van de FE. Na splitsing mag slechts de moeder latere winsten verrekenen met FE-verliezen en vice versa. Wanneer de moeder echter een houdstermaatschappij is, betekent dit dat (een deel van) de verliezen zullen verdampen omdat géén belastbare winsten worden gerealiseerd, maar slechts onbelaste deelnemingsvoordelen worden verkregen. In het nieuwe FE-regime wordt dit probleem deels opgelost door de belastingplichtige de mogelijkheid te geven verliezen die zijn toe te rekenen aan de dochter, mee te geven aan deze vennootschap. Het is echter frappant dat de wetgever niet de mogelijkheid heeft gecreëerd om winsten die zijn toe te rekenen aan de dochter mee te geven aan de dochtermaatschappij. Nu in het wetsontwerp er wel voor is gekozen om verliezen die aan de dochter zijn toe te rekenen mee te kunnen geven, moet de spiegelbeeldige situatie mijns inziens ook tot de mogelijkheden behoren.

Op grond van het bovenstaande, concludeer ik dat het huidige FE-regime op het gebied van de verliesverrekening in vergelijking tot de andere faciliteiten de meeste beperkingen kent. Dit is echter anders wanneer sprake is van een interne reorganisatie waarbij door de moeder een nieuwe dochter wordt opgericht en deze tegelijkertijd wordt gevoegd in een FE. Ook het nieuwe FE-regime kent jammer genoeg de vervelende beperking dat verliezen ontstaan bij de dochter na ontvoeging niet met FE-winsten kunnen worden verrekend. De juridische fusiefaciliteit kent de minste beperkingen terwijl in de bedrijfsfusie- en juridische afsplitsingsfaciliteit een situatie kan ontstaan dat achtergebleven verliezen niet kunnen worden verrekend, omdat de overdrager respectievelijk de afsplitser slechts houdsteractiviteiten verricht. Deze situatie is echter minder ernstig dan de beperkingen na splitsing in het huidige FE-regime, aangezien de overdrager respectievelijk de afsplitser altijd nog kan kiezen voor een ruisende bedrijfsfusie of afsplitsing.

Uit de analyse van het onderzoekspunt **misbruik van de faciliteit**, blijkt dat een grote homogeniteit bestaat tussen de bedrijfsfusie-, juridische afsplitsings- en fusiefaciliteit. Anderzijds zijn er grote verschillen te constateren tussen deze faciliteiten en het FE-regime (zowel het huidige als het nieuwe) met betrekking tot de vereisten voor het in werking treden van de sanctie, sanctietermijn, inhoud van de sanctie en de mogelijkheid tot tegenbewijs. Het huidige FE regime kent een van de andere faciliteiten afwijkende sanctie. Niet de faciliteit wordt teruggenomen, maar het gehele zuivere vermogen van de dochter wordt geherwaardeerd. Dit is mijns inziens een te onnauwkeurige, grove sanctie. Het overgangsrecht en het nieuwe FE-regime sluiten op dit punt aan bij de

andere faciliteiten en beperken de sanctie tot het terugnemen van de faciliteit op de overgedragen vermogensbestanddelen.

Met name het ontbreken van elke mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs in het FE-regime om de inwerkingtreding van de sanctie te voorkomen, maakt het FE-regime in vergelijking met de andere faciliteiten een véél stringenter antimisbruikbepaling. De mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs zorgt er in de bedrijfsfusie-, juridische afsplitsingsfaciliteit voor dat er sprake is van een minus-driejaren termijn bij vervreemding van de aandelen in één van de bij faciliteit betrokken lichamen, terwijl in het FE-regime (zowel het huidige als het nieuwe) na de besmette transactie een termijn van 6 jaren respectievelijk 6 kalenderjaren moet zijn verstreken om te voorkomen dat de sanctie in werking treedt. Daar komt nog eens bij dat de eis in de bedrijfsfusie- en de juridische afsplitsingsfaciliteit mogelijk in strijd is met de fusierichtlijn, waardoor mogelijk in het geheel géén sprake is van een sanctietermijn, mits de faciliteit niet in overwegende mate is gericht op het uitstellen van belastingheffing.

De sanctietermijn wordt echter in het FE-regime (zowel het huidige als het nieuwe) onder omstandigheden verkort tot 3 jaren/ kalenderjaren na de besmette transactie. Het object moet dan net als bij de bedrijfsfusiefaciliteit een materiële onderneming omvatten. Zoals eerder opgemerkt, heeft deze verkorte sanctietermijn haar bestaan te danken aan het vroegere vervreemdingsverbod van 3 jaren en het huidige bewijsvermoeden bij vervreemding in de bedrijfsfusiefaciliteit. Nu de wetgever in het nieuwe FE-regime afgezien van het object ook aan de tegenprestatie dezelfde eisen stelt als in de bedrijfsfusiefaciliteit, is het verwonderlijk dat de belastingplichtige bij het in werking treden van de sanctie binnen 3 jaren niet de mogelijkheid heeft gekregen tegenbewijs te leveren. Een dergelijke aanpassing van de verkorte sanctietermijn in het nieuwe FE-regime zou de wetgever sieren.

De meest opvallende conclusie ten aanzien van het onderzoekspunt **winstdrainage** is het ontbreken van een antiwinstdrainagebepaling in de bedrijfsfusiefaciliteit, terwijl in alle andere faciliteiten een dergelijke bepaling is opgenomen. Hoewel de mogelijkheid bestaat dat op grond van de antimisbruikbepaling van de bedrijfsfusie de geruisloze doorschuiving wordt onthouden dan wel frauduleus de renteaftrek alsnog beperkt, is de renteaftrek niet op voorhand getemporeerd. Het moge dan ook duidelijk zijn dat de bedrijfsfusiefaciliteit op dit onderzoekspunt ten opzichte van de andere faciliteiten de belastingplichtige de meest kansen biedt op een onbeperkte renteaftrek.

Wat betreft de andere faciliteiten moet worden opgemerkt dat het nieuwe FE-regime de meest stringente antiwinstdrainageregeling kent. In tegenstelling tot het huidige FE-regime, de juridische afsplitsings- en de fusiefaciliteit wordt ook een lening verschuldigd aan een verbonden persoon onder de rentetemporerings gebracht en kent de tegenbewijsregeling een extra vereiste (grondslageneis).

Ik vind het overigens vreemd dat de wetgever de extra grondslageneis in de tegenbewijsregeling van het nieuwe FE-regime heeft geïntroduceerd. Zoals ik bij de analyse reeds heb opgemerkt lijkt dit op een omissie van de wetgever, aangezien de reden om een grondslageneis te introduceren geheel ontbreekt. De enige relevante vraag in dit verband is of de overgenomen dochter haar eigen overname financiert. De eis dat de rente in de grondslag van een belasting naar winst dan wel inkomen moet vallen, mist elke relevantie met het doel van de antiwinstdrainagebepaling.

Een tweede rareit is de constatering dat de wetgever de symmetrie tussen de juridische afsplitsings- en de fusiefaciliteit verbreekt door in het nieuwe FE-regime (terecht) ook een geldlening verschuldigd aan een verbonden persoon onder de rentetemporerings te brengen, maar vervolgens de juridische afsplitsings- en de fusiefaciliteit op dit punt ongemoeid laat. Door het creëren van dit verschil wordt het ontgaan van de rentetemporerings in de hand gewerkt. Nu het ontgaan van de rentetemporerings, door gebruik te maken van de juridische afsplitsings- en de fusiefaciliteit de aanleiding is geweest om in deze faciliteiten ook een antiwinstdrainagebepaling te introduceren, is aanpassing van deze faciliteiten vanuit het oogpunt van symmetrie op zijn minst een overweging waard.

Over het laatste onderzoekspunt, **aansprakelijkheid voor belastingschulden**, kan ik kort zijn. Zowel het huidige als het nieuwe FE-regime kennen een verzwaarde hoofdelijke aansprakelijkheid voor belastingschulden. Bij zelfstandige belastingplicht (buiten de FE) is elk lichaam aansprakelijk voor haar eigen belastingschuld. Toepassing van de bedrijfsfusie-, juridische (af)splitsings- of de fusiefaciliteit verandert hier niets aan. Indien echter een FE wordt gevormd ontstaat in plaats van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de belastingschuld van het



eigen lichaam ook hoofdelijke aansprakelijk voor de vennootschapsbelastingsschuld van de FE. Deze verzwaren van de aansprakelijkheid is mijns inziens een factor die bij de keuze van de juiste faciliteit niet moet worden onderschat.

Ten slotte nog een belangrijke opmerking over het **overgangsrecht herziening regime FE**. In §5.5; *Het overgangrecht herziening regime fiscale eenheid* is reeds duidelijk gemaakt dat vóór 2003 nog mogelijkheden bestaan om met behulp van het huidige FE-regime een interne reorganisatie te faciliteren. Na 2003 is alleen het nieuwe FE-regime voorhanden. Indien echter voor 2003 een FE is gevormd en een interne reorganisatie is bewerkstelligd, kan een keuze voor toepassing van het huidige FE-regime lucratief zijn. Ik wijs bijvoorbeeld op de gewijzigde sanctie van de antimisbruikbepaling in het nieuwe FE-regime en de aanscherping van de voorwaarden om voor de verkorte sanctietermijn in aanmerking te komen. Derhalve kan ook een keuze voor het nieuwe FE-regime gunstiger uitpakken. Deze keuze is afhankelijk van de situatie van de belastingplichtige.

In deze conclusie is per onderzoekspunt aangegeven hoe stringent de voorwaarden zijn die in de faciliteiten worden gesteld. Dit heeft per onderzoekspunt geleid tot méér of minder geschikte faciliteiten. Hieruit kan worden geconcludeerd dat niet alle faciliteiten even geschikt zijn om een interne reorganisatie fiscaal geruisloos te laten verlopen. Echter op voorhand kan niet worden gezegd dat één faciliteit de 'absolute winnaar' is of een andere faciliteit als 'geheel ongeschikt' moet worden aangemerkt. In dit onderzoek is immers geen rekening gehouden met de situatie van de belastingplichtige (de subjectieve elementen), maar is een objectief beeld geschetst van de verschillen tussen de faciliteiten op de onderzochte punten. Wanneer echter ook de situatie van het subject wordt meegenomen, zal een dergelijk oordeel mogelijk wel zijn te vellen.

Afgezien van de subjectieve elementen, is in dit onderzoek ook géén rekening gehouden met de gevolgen van een keuze voor een faciliteit in de vennootschapsbelasting voor onder andere de overdrachtsbelasting, kapitaalsbelasting en de omzetbelasting. De fiscale gevolgen van een keuze zonder rekening te houden met de hiervoor genoemde belastingen kan desastreus zijn. Een goede keuze zal dus altijd gepaard gaan met een totalview van de fiscale aspecten van een interne reorganisatie. Het blikveld blijft dan niet beperkt tot de vennootschapsbelasting alleen. Sterker nog, het zal vaak überhaupt de vraag zijn of de fiscale overwegingen de doorslag geven. Zeker in kleinere concerns zullen vaak niet-rationele overwegingen de doorslag kunnen geven bij de keuze voor een faciliteit. Ik hoop echter dat ik met deze uiteenzetting een rationele bijdrage heb kunnen leveren aan de optimale keuze van de belastingplichtige.

*Ramon Dolfin (september – december 2002)*

## Literatuurlijst

### Boeken

- J.N. Bouwman, Wegwijs in de Vennootschapsbelasting, 7<sup>e</sup> druk, Koninklijke Vermande, Den Haag 2001.
- H.G.M. Dijkstra, Fiscale faciliteiten bij interne reorganisatie van NV en BV's, Kluwer, Deventer 1984.
- D.G.A. Meijer, Winstdrainage, FED, Kluwer, Deventer 2001.
- H. Mobach, L.W. Sillevius, F.H. Lugt e.a., Studenteneditie 1999-2000 Cursus Belastingrecht (inkomstenbelasting), Gouda Quint, Deventer 1999.
- M.J.G.C. Raaijmakers, Pitlo: Het Nederlands burgerlijk recht, Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, 4<sup>e</sup> geheel herziene druk, Gouda Quint, Deventer 2000.
- W.H.M. Reehuis/ A.H.T. Heisterkamp/ G.E. van Maanen/ G.T. de Jong, Pitlo: Het Nederlands burgerlijk recht, Goederenrecht, 11<sup>e</sup> herziene en aangevulde druk, Gouda Quint, Deventer 2001.
- M.P. van Scheijndel/ I. Roos, Splitsing van rechtspersonen; juridische geregeld, fiscaal begeleid, Fiscaal Actueel, Kluwer, Deventer 1998.
- P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, 12<sup>e</sup> druk, Gouda Quint, Deventer 2001.
- N.H. de Vries en R.J. de Vries, Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting).
- R.J. de Vries, Anti-ontgaansbepalingen inzake de verbreking van een FE, FM 74, Kluwer, Deventer 2001.
- W.A. Vermeend, H.A. Kogels, Compendium van het Europese belastingrecht, 2<sup>e</sup> druk, Kluwer, Deventer 1999.

### Tijdschriften

- M. Bakker, H.G.M. Dijkstra, Doorschuif Faciliteiten bij fusie en splitsing in 2001, Ondernemingsrecht 2000, nr. 14, blz. 401-409.
- S. van den Berg, Herziening Regime FE voor de Vennootschapsbelasting, MBB 2001/10, blz. 283.
- B.H.C.M. le Blanc, De bedrijfsfusie in Europees perspectief: veel ruimte voor verbetering, MBB 2001/10, blz. 290.
- E. van den Brande-Boomsluiters, Art. 14 Vpb'69 getoetst aan de fusierichtlijn, WFR 1998/6313, blz. 1557.
- J.A.R. van Eijssden, Verrekening binnen de FE voor de vennootschapsbelasting; de stand van zaken, TFB 1999/10, blz. 5-16.
- J.A.R. van Eijssden, Verrekening van belastingschulden onder het herziene regime FE, MBB 2000/5, blz. 178.
- M.J. Feskens, F.A. Engelen, Internationale aspecten van de Belastingherziening, WFR 1999/6362, blz. 1505.
- S.F. Immerseel, Belastingontwijking: uitstel of afstel?, WFR 2002/6491, blz. 1102.
- E.J.W. Heithuis, Herziening regime FE in de vennootschapsbelasting, TFO 2001/58, blz. 287.

- B.J. Kiekebeld, Is het nieuwe regime FE binnen EU-verband te sterk begrensd?, WFR 2001/6457, blz. 1621.
- Q.W.J.C.H. Kok, De zestiende standaardvoorwaarde herzien, WFR 2001/6455, blz. 1535.
- A. Kruiswijk, De bedrijfsfusie: een ondergeschoven kindje?, WFR 2001/6445, blz. 1085.
- A. Kruiswijk, De winstdrainageregelingen en het leerstuk van de wetsontduiking, WFR 2002/6501, blz. 1501.
- P.J.J.M. Peeters, Renteaftrektemporisering: is er nog wel sprake van uitstel?, WFR 2002/6479, blz. 605.
- I. de Roos, R.J. de Vries, Het wetsvoorstel 'Herziening FE-regime' herzien: een nieuwe start, WFR 2001/6443, blz. 987.
- M.P. van Scheijndel, R.J. de Vries, Aandelenfusie, juridische fusie, bedrijfsfusie en splitsing. Op naar 2001, WFR 1999/6366, blz. 1673.
- P.H.M. Simonis, Standaardvoorwaarden artikel 14 Wet Vpb'69, WFR 1993/6070, blz. 1314.
- P.C. van der Vegt, Doorschuiving bij juridische splitsing en fusie vanuit Europees perspectief, WFR 2001/6447, blz. 1165.
- P.C. van der Vegt, Zakelijkheid bij fusie en splitsing, WFR 2002/6509, blz. 1909.
- R.J. de Vries, Juridische fusie en de gevolgen van een overgang van vermogen onder algemene titel in de vennootschapsbelasting (I), FED 1997/153, blz. 593.
- R.J. de Vries, Voorgestelde aanpassingen van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op de uitholling van de belastinggrondslag, FED 1996/434, blz. 1539.

## Overzicht gebruikte jurisprudentie, resoluties/besluiten en kamerstukken

### Hoge Raad der Nederlanden

HR 22 februari 1956, BNB 1956/132, (noot E. Tekenbroek)  
HR 27 april 1988, BNB 1988/220, (noot A. Nooteboom)  
HR 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331, (noot G. Slot)  
HR 17 januari 1990, nr. 26 221, BNB 1990/92, (noot G. Laeijendecker)  
HR 16 maart 1994, nr. 27 764, BNB 1994/191, (noot J. Hoogendoorn)  
HR 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47, (noot C. van Raad)  
HR 4 februari 1998, nr. 30 074, BNB 1998/176, (noot J.A.G. van der Geld)  
HR 1 december 1999, nr. 34 217, BNB 2000/111 (noot J.A.G. van der Geld)

### Gerechtshoven

Hof Amsterdam 1 mei 2001, nr. 00/3050, V-N 2001/39.7, blz. 4098-410216  
Hof Amsterdam 30 januari 2002, nr. 00/1358, V-N 2002/20.10, blz. 2048-205224  
Hof 's-Gravenhage 1 mei 2002, nr. 01/1182, V-N 2002/42.15, blz. 4040-4047  
Hof Amsterdam 22 mei 2001, nr. 00/0740, V-N 2002/4.16, blz. 568-570

### Hof van Justitie EG

HvJ EG 28 januari 1986, C-270/83 (Avoir Fiscal)  
HvJ EG 13 juli 1993, C-330/91 (Commerzbank)  
HvJ EG, 17 juli 1997, nr. C-28/95, BNB 1998/32, (conclusie Jacobs, noot J.A.G. van der Geld) (Leur-Bloem)

### Resoluties & bestuiten

Resolutie 20 november 1986, BNB 1987/42  
Resolutie 30 september 1991, BNB 1991/329  
Resolutie 1 juli 1993, BNB 1994/76  
Besluit 19 december 2000, CPP 2000/ 3149 M  
Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3041M  
Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3131M  
Besluit 19 december 2000, CPP 2000/3148M  
Besluit 4 januari 2000, nr. DB99/1307M, BNB 2000/102  
Besluit 15 februari 2002, nr. CPP2001/3589M  
Besluit FE 2003, MvF 31 mei 2002, nr. WDB2002/364M

### Kamerstukken

TK, 22 338, vergaderjaar 1991-1992, nr. 3 (MvT)  
EK, 22 338, vergaderjaar 1991-1992, nr. 267d  
TK, 24 696, vergaderjaar 1995-1996, nr. 3 (MvT)  
TK, 24 702, vergaderjaar 1995-1996, nr. 3 (MvT)  
TK, 25 709, vergaderjaar 1997-1998, nr. 3 (MvT)  
TK, 26 728, vergaderjaar 1998-1999, nr. 3 (MvT)  
TK, 26 727, vergaderjaar 1999-2000, nr. 17 (NnNV)  
TK, 26 854, vergaderjaar 1999-2000, nr. 1-2  
TK, 26 854, vergaderjaar 1999-2000, nr. 3 (MvT)  
TK, 26 854, vergaderjaar 2000-2001, nr. 6 (NnV)  
TK, 26 854, vergaderjaar 2000-2001, nr. 7 (NvW)  
TK, 26 854, vergaderjaar 2000-2001, nr. 8 (2<sup>e</sup> NvW)  
EK, 26 854, vergaderjaar 2001-2002, nr. 45d (MvA)  
EK, 28 487, vergaderjaar 2002-2003, nr. 68

## Bijlage

Tabel 3: Overzicht van de onderzoekspunten

	<b>Bedrijfsfusiefaciliteit</b>	<b>Juridische splitsingfaciliteit</b>	<b>Juridische fusiefaciliteit</b>	<b>Fiscale eenheid</b>	<b>Fiscale eenheid (nieuw)</b>
<b>Subjecten bij de interne reorganisatie</b>	<p>Elke binnenlands- of buitenlands belastingplichtige die aan de voorwaarden van artikel 14 lid 1 of 2 Wet Vpb'69 voldoet kan gebruik maken van de faciliteit<sup>(1)</sup>.</p> <p>De groep belastingplichtige die als overnemer kan fungeren is beperkter gezien de eis tot het uitreiken van aandelen (zie echter artikel 14 lid 6 Wet Vpb'69).</p>	<p>Elke binnenlands- of buitenlands belastingplichtige die aan de voorwaarden van artikel 14a lid 2 of 3 Wet Vpb'69 voldoet kan gebruik maken van de faciliteit<sup>(1)</sup>. Voor naar NL-recht opgerichte lichaam beperkt 2:308 BW deze groep. Echter ook naar 'vreemd' recht opgerichte lichamen kunnen opteren voor de faciliteit.</p> <p>De groep buitenlandsbelastingplichtigen is beperkt tot in de EU gevestigde lichamen (14a lid 13 Wet Vpb'69 jo 3.55 Wet IB'01).</p>	<p>Elke binnenlands- of buitenlands belastingplichtige die aan de voorwaarden van artikel 14b lid 2 of 3 Wet Vpb'69 voldoet kan gebruik maken van de faciliteit<sup>(1)</sup>. Voor naar NL-recht opgerichte lichaam beperkt 2:308 BW deze groep. Echter ook naar 'vreemd' recht opgerichte lichamen kunnen opteren voor de faciliteit.</p> <p>De groep buitenlandsbelastingplichtigen is beperkt tot in de EU gevestigde lichamen (14b lid 10 Wet Vpb'69 jo 3.55 Wet IB'01).</p>	<p>In artikel 15 lid 1 Wet Vpb'69 is limitatief bepaald welke rechtsvormen als moeder dan wel als dochter kunnen fungeren. Hieronder valt onder voorwaarden ook een naar vreemd recht opgericht lichaam gevestigd in NL.</p> <p>Een buitenlandsbelastingplichtige kan op grond van de 'vestigingseis' niet deelnemen aan een FE, met uitzondering van een 2 lid 4 Wet Vpb'69-lichaam<sup>(2)</sup>.</p>	<p>In artikel 15 lid 3 sub b Wet Vpb'69 is limitatief bepaald welke rechtsvormen als moeder dan wel als dochter kunnen fungeren. Hieronder vallen onder voorwaarden ook naar vreemd recht opgerichte lichamen gevestigd in NL.</p> <p>Buitenlandsbelastingplichtige moeder en/of dochter kan onder voorwaarden deelnemen aan de FE<sup>(3)</sup>.</p>
<b>Het voorwerp van de interne reorganisatie</b>	<p>De overdracht omvat een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming. Het gaat om een materiële onderneming in de zin van artikel 3.8 Wet IB'01<sup>(4)</sup>.</p>	<p>De overdracht omvat de vermogensbestanddelen die in het kader van de afsplitsing overgaan. Er zijn géén vormvereisten gesteld aan het voorwerp.</p>	<p>Het voorwerp van de overdracht omvat de overgang van het gehele vermogen van de verdwijner.</p>	<p>Aan de overdracht zijn géén vormvereisten gesteld. Voor toepassing van de verkorte sanctietermijn, moet het voorwerp een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming zijn als in artikel 14 Wet Vpb'69 (materiële onderneming).</p>	<p>Aan de overdracht zijn géén vormvereisten gesteld. Voor toepassing van de verkorte sanctietermijn moet het voorwerp een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming zijn als in artikel 14 Wet Vpb'69 (materiële onderneming).</p>
<b>Tegenprestatie van de overdracht</b>	<p>De overnemer moet aandelen uitreiken aan de overdrager (nieuwe aandelen)<sup>(5)</sup>.</p> <p>De overnemer heeft de mogelijkheid 1% van hetgeen op de uitgereikte aandelen is gestort te crediteren (tot maximaal 4.500 Euro).</p>	<p>De aandeelhouder(s) van de afsplitser worden van rechtswege aandeelhouder in de verkrijger, m.u.v. de situatie waarin een moeder afsplitst naar een door haar opgerichte 100% dochter (2:334e lid 1 jo 2:334e lid 3 sub a BW).</p> <p>Bijbetaling van 10% van het nominale bedrag van de toegekende aandelen is toegestaan (2:334x lid 2 BW).</p>	<p>De aandeelhouder(s) van de verdwijner worden van rechtswege aandeelhouder in de verkrijger, m.u.v. de situatie waarin de 100% dochter als verdwijner fuseert met de moeder. (2:311lid 2 jo 2:325 lid 2 BW)</p> <p>Bijbetaling van 10% van het nominale bedrag van de toegekende aandelen is toegestaan (2:325 lid 2 BW).</p>	<p>Aan de tegenprestatie worden géén eisen gesteld.</p>	<p>Aan de tegenprestatie worden géén eisen gesteld.</p> <p>Wanneer de belastingplichtige een beroep wil doen op de verkorte sanctietermijn moet de overnemer aandelen uitreiken aan de overdrager.</p>

<sup>1</sup> Eén van de voorwaarden is dat op de overdrager en de overnemer 'dezelfde winstbepalingen' van toepassing zijn. Wordt niet aan de voorwaarde voldaan (er is geen sprake van dezelfde winstbepalingen) dan kan toch fiscale begeleiding worden verkregen door een beroep te doen op artikel 14 lid 2 Wet Vpb'69 (verzoeken om fiscale geruisloze doorschuiving). Deze systematiek waarbij de belastingplichtige geen wettelijk recht heeft op een doorschuiving is mogelijk in strijd met de fusierichtlijn.

<sup>2</sup> Mogelijk is het uitsluiten van buitenlandsbelastingplichtige lichamen van deelname aan een FE in strijd met non-discriminatiebepalingen uit de door NL gesloten belastingverdragen en het EG-recht.

<sup>3</sup> Mogelijk is de groep van buitenlandsbelastingplichtigen die mogen deelnemen aan een FE te eng en is er in bepaalde gevallen sprake van strijd met het EG-recht.

<sup>4</sup> De eis dat het voorwerp een materiële onderneming moet zijn is mogelijk in strijd met de fusierichtlijn.

<sup>5</sup> De eis dat nieuwe aandelen moeten worden uitgegeven is mogelijk in strijd met de fusierichtlijn.

<p><b>Verliesverrekening na de interne reorganisatie</b></p>	<p>De overnemer mag géén recht hebben op carry forward van verliezen<sup>6)</sup>. Indien dit recht wèl bestaat is facilitering slechts mogelijk op verzoek en onder voorwaarden.</p> <p>In een dusdanig geval mag de overnemer de voorfusie verliezen alleen verrekenen met winsten die aan de oorspronkelijke onderneming van de overnemer zijn toe te rekenen.</p> <p>Aan de carry back van verliezen van de overnemer worden géén vereisten gesteld.</p> <p>Overdrager mag recht op carry forward hebben. Deze verliezen moet het lichaam zelf verrekenen. In uitzonderlijke gevallen gaan de verliezen over naar de overnemer.</p>	<p>De verkrijger mag géén recht hebben op carry forward van verliezen<sup>6)</sup>. Indien dit recht wèl bestaat is facilitering slechts mogelijk op verzoek en onder voorwaarden.</p> <p>In een dusdanig geval mag de verkrijger de verliezen van vóór de afsplitsing alleen verrekenen met winsten die aan de oorspronkelijke onderneming van de verkrijger zijn toe te rekenen.</p> <p>Aan de carry back van verliezen van de verkrijger worden géén vereisten gesteld.</p> <p>Afsplitser mag recht op carry forward hebben. Deze verliezen moet het lichaam zelf verrekenen.</p>	<p>Zowel de verkrijger als de verdwijner(s) mogen géén recht hebben op carry forward verliezen<sup>6)</sup>. Indien dit recht wèl bestaat is facilitering slechts mogelijk op verzoek en onder voorwaarden.</p> <p>In een dusdanig geval mag de verkrijger de voorfusie verliezen alleen verrekenen met winsten die aan de oorspronkelijke onderneming van de verkrijger zijn toe te rekenen.</p> <p>Op verzoek kunnen nafusie-winsten dan wel verliezen, toe te rekenen aan de onderneming van de verdwijner, worden verrekend met verliezen respectievelijk winsten van de verdwijner. Carry back van verliezen van de verkrijger met winsten van de verkrijger is zonder nadere regels toegestaan</p>	<p>Recht op carry forward over het voegingstijdstip heen is toegestaan. Ook carry back van FE-verliezen over het voegingstijdstip is toegestaan.</p> <p>Carry forward van voorvoegingsverliezen van een gevoegde maatschappij dan wel carry back van FE-verliezen naar een gevoegde maatschappij is alleen mogelijk voor zover de FE-winst respectievelijk het FE-verlies aan de betreffende maatschappij is toe te rekenen en als zodanig bij de FE tot uitdrukking komt.</p> <p>Na splitsing van FE kan alleen de moeder FE-winsten of verrekend salderen met haar resultaat. De dochter en moeder kunnen beide hun eigen voorvoegingsverliezen verrekenen<sup>7)</sup>.</p>	<p>Recht op carry forward over het voegingstijdstip heen is toegestaan. Ook carry back van FE-verliezen over het voegingstijdstip is toegestaan.</p> <p>Carry forward van voorvoegingsverliezen van een gevoegde maatschappij dan wel carry back van FE-verliezen naar een gevoegde maatschappij is alleen mogelijk voor zover de FE-winst respectievelijk het FE-verlies aan de betreffende maatschappij is toe te rekenen en voorzover de winst bij FE tot uitdrukking komt.</p> <p>Na ontvoeging van FE kan alleen de moeder een verlies verrekenen met FE-winsten. Wel kunnen ook aan de dochter FE-verliezen worden meegegeven. De dochter en moeder mogen eigen voorvoegingsverliezen verrekenen<sup>8)</sup>.</p>
<p><b>Antimisbruik bepaling</b></p>	<p>De bedrijfsfusie mag niet in overwegende mate zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing<sup>9)</sup>.</p> <p>Twee bewijsvermoedens:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Géén zakelijke overwegingen aan de bedrijfsfusie ten grondslag (of)</li> <li>• Aandelen in overnemer of overdrager geheel of ten dele binnen 3 jaren na de bedrijfsfusie vervreemd aan een niet verbonden lichaam<sup>10)</sup>,</li> </ul> <p>tenzij de belastingplichtige het tegendeel bewijst.</p>	<p>De (af)splitsing mag niet in overwegende mate zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing<sup>9)</sup>.</p> <p>Twee bewijsvermoedens:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Géén zakelijke overwegingen aan de (af)splitsing ten grondslag (of)</li> <li>• Aandelen in verkrijger of verdwijner geheel of ten dele binnen 3 jaren na de bedrijfsfusie vervreemd aan een niet verbonden lichaam<sup>10)</sup>,</li> </ul> <p>tenzij de belastingplichtige het tegendeel bewijst.</p>	<p>De fusie mag niet in overwegende mate zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing<sup>9)</sup>.</p> <p>Bewijsvermoeden: Géén zakelijke overwegingen aan de fusie ten grondslag, tenzij de belastingplichtige het tegendeel bewijst.</p>	<p>Indien samenstelling van het vermogen van de dochter is gewijzigd, op enigerlei wijze ten goede komen van de stille reserves heeft plaatsgevonden, de FE binnen 6 jaren na de overdracht wordt verbroken en er géén sprake is van een overdracht die bij de aard en omvang van de onderneming normale bedrijfsuitoefening past, wordt het zuivere vermogen van de dochter voor de splitsing gewaardeerd op de w.e.v.</p> <p>De sanctietermijn wordt verkort tot 3 jaren indien overdracht een onderneming omvat.</p>	<p>Wanneer vermogensbestanddelen met stille reserves zijn verschoven en de FE binnen 6 kalenderjaren wordt verbroken moeten de verschoven vermogensbestanddelen vooraf aan het ontvoegingstijdstip worden gewaardeerd op de w.e.v (tegenbewijs mogelijk), tenzij de overdracht plaatsvindt in het kader van een bij de aard en omvang van de onderneming passende normale bedrijfsuitoefening</p> <p>De sanctietermijn wordt verkort tot 3 kalenderjaren indien overdracht een onderneming omvat, tegen uitreiking van aandelen.</p>

<sup>6)</sup> De eis dat de overnemer respectievelijk de verkrijger en de verdwijner 'géén recht mogen hebben op voorwaarts te verrekenen verliezen' is mogelijk in strijd met de fusierichtlijn

<sup>7)</sup> De 14<sup>e</sup> standaardvoorwaarde en de 15<sup>e</sup> standaardvoorwaarde kunnen de verrekening van voorfusieverliezen van respectievelijk de moeder en dochter beperken.

<sup>8)</sup> De bepalingen 15ae lid 2 Wet Vpb'69, 15af lid 4 en 5 Wet Vpb'69 en 15ag lid 1 en 2 Wet Vpb'69 kunnen de verrekening van voorfusieverliezen beperken.

<sup>9)</sup> De eis dat de bedrijfsfusie, juridische (af)splitsing dan wel juridische fusie niet mag zijn gericht op het 'uitstellen van belastingheffing' is mogelijk in strijd met de fusierichtlijn.

<sup>10)</sup> Het bewijsvermoeden dat de aandelen van de overnemer/ overdrager (bedrijfsfusie) dan wel de aandelen in de splitser/ verkrijger (afsplittingsfaciliteit) niet binnen 3 jaren aan een niet-verbonden lichaam mogen worden vervreemd is mogelijk in strijd met de fusierichtlijn.

<p><b>Antiwinstdrainage bepaling</b></p>	<p><i>Er is in de bedrijfsfusiefaciliteit géén specifieke antiwinst-drainagebepaling opgenomen.</i></p>	<p><i>De rente op een geldlening welke verband houdt met het verwerven van de aandelen in een lichaam en welke verschuldigd is aan een verbonden lichaam, wordt 8 jaren, nadat alle aandelen van de dochter door de moeder zijn verworven getemporeerd, indien de geldlening en het vermogen van de verworven dochter door afsplitsing in één lichaam worden samengebracht,</i></p> <p><i>tenzij de schuldeiser met het oog op de verwerving van de aandelen in dezelfde mate vreemd vermogen heeft aangetrokken.</i></p> <p><i>Ook wanneer de geldlening is aangegaan met het oog op het verwerven van, dan wel terugbetalen op aandelen uitgegeven in het kader van de splitsing geldt de temporerisatie.</i></p>	<p><i>De rente op een geldlening welke verband houdt met het verwerven van de aandelen in een lichaam en welke verschuldigd is aan een verbonden lichaam, wordt 8 jaren nadat alle aandelen van de dochter door de moeder zijn verworven getemporeerd, indien de geldlening en het vermogen van de verworven dochter in door fusie in één lichaam worden samengebracht,</i></p> <p><i>tenzij de schuldeiser met het oog op de verwerving van de aandelen in dezelfde mate vreemd vermogen heeft aangetrokken.</i></p> <p><i>Ook wanneer de geldlening is aangegaan met het oog op het verwerven van, dan wel terugbetalen op aandelen uitgegeven in het kader van de splitsing geldt de temporerisatie.</i></p>	<p><i>De rente op een geldlening welke verband houdt met het verwerven van de aandelen, winstbewijzen dan wel hybride schuldvorderingen in de dochter en welke verschuldigd is aan een verbonden lichaam, wordt 8 jaren nadat alle aandelen van de dochter door de moeder zijn verworven getemporeerd, indien tussen de moeder en de dochter een FE tot stand komt,</i></p> <p><i>tenzij de schuldeiser of een verbonden lichaam met het oog op de verwerving van de aandelen vreemd vermogen heeft aangetrokken van een niet verbonden lichaam.</i></p>	<p><i>De rente op een geldlening welke verband houdt met het verwerven van de aandelen (daaronder begrepen een kapitaalstorting), winstbewijzen dan wel schuldvorderingen in een maatschappij en welke verschuldigd is aan een verbonden lichaam of een natuurlijk persoon, wordt in het jaar waarin de FE tot stand komt en de daarop volgende 7 jaren getemporeerd,</i></p> <p><i>tenzij rente in de grondslag van de schuldeiser wordt betrokken en de schuldeiser met het oog op de verwerving van de aandelen vreemd vermogen heeft aangetrokken van een niet verbonden lichaam.</i></p> <p><i>Wanneer de geldlening verband houdt met een kapitaalstorting dan geldt slechts de grondslagen eis. Wordt de kapitaalstorting aangewend voor anders dan een overname dan geldt géén temporerisatie.</i></p>
<p><b>Aansprakelijkheid voor belastingschulden</b></p>	<p><i>Elk belastingplichtige (overnemer dan wel overdrager) is aansprakelijk voor zijn eigen belastingschulden.</i></p>	<p><i>Elk belastingplichtige (verkrijger dan wel afsplitser) is aansprakelijk voor zijn eigen belastingschulden.</i></p>	<p><i>Elk belastingplichtige (verkrijger dan wel verdwijner) is aansprakelijk voor zijn eigen belastingschulden.</i></p>	<p><i>Naast de moeder is (ook) elke gevoegde dochter hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsbelastingsschuld van de FE.</i></p> <p><i>Tevens kan de ontvanger een belastingteruggave aan een gevoegde vennootschap verrekenen met belastingsschulden van een gevoegde vennootschap.</i></p>	<p><i>Naast de moeder is (ook) elke gevoegde dochter hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsbelastingsschuld van de FE.</i></p> <p><i>Tevens kan de ontvanger een belastingteruggave aan een gevoegde vennootschap verrekenen met belastingsschulden van een gevoegde vennootschap.</i></p>

## Register

16 <sup>e</sup> standaardvoorwaarde.....	31	nafusiewinst.....	9
aanbevelingen.....	56	nafusiewinsten.....	24
aandeelhouder-ondernemers.....	14	natuurlijk persoon.....	10
aandeelhouders-rechtspersonen.....	14	Nederlandse civiele recht.....	16, 23
aandeelhoudersrelatie.....	1	nemen van (geëmitteerde) aandelen.....	6
aandeelhouders-resultaatgenieters.....	14	niet-verbonden lichaam.....	10, 13, 19, 33, 40
aanmerkelijk belang.....	14	nieuwe aandelen.....	Zie uitreiken van aandelen
aansprakelijkheid voor belastingschulden.....	33, 41, 54	nieuwe fiscale eenheidsregime.....	35
activa en passiva.....	1	object.....	Zie voorwerp
afroondingscreditering.....	8	onderneming.....	8, 29, 31, 37, 39
afsplitsende vennootschap.....	14	onderzoekspunten.....	3
afsplitser.....	Zie afsplitsende vennootschap	ontgaan of uitstellen van belastingheffing.....	10, 18, 25, 50
algemene titel.....	14, 21	overdrachtsbelasting.....	3
analyse.....	42	overdragende vennootschap.....	4
antimisbruikbepaling.....	10, 18, 25, 31, 39, 50	overdrager.....	Zie overdragende vennootschap
antiwinstdrainage.....	52	overgangsrecht herziening regime fiscale eenheid.....	33
artikel 14 Wet Vpb'69.....	4	overnemende vennootschap.....	4
artikel 14a Wet Vpb'69.....	14	overnemer.....	Zie overnemende vennootschap
artikel 14b Wet Vpb'69.....	21	pro rata benadering.....	54
artikel 15 Wet Vpb'69.....	27, 35	probleemstelling.....	2, 56
artikel 15ai Wet Vpb'69.....	39	renteaf trekverbod.....	12, 19, 40
bedrijfsfusiefaciliteit.....	4	rentetemporisering.....	20, 32, 40
besmette transactie.....	31, 39	sanctietermijn.....	31, 39
bewijsvermoeden.....	10, 18, 25, 50	structuurwijziging.....	15
bewijzen van deelgerechtigheid.....	7	subject.....	6, 16, 22, 28, 35, 43
bijbetaling.....	18	tak van bedrijvigheid.....	8
carry back.....	30, 38	tegenprestatie.....	8, 17, 24, 29, 37, 45
carry forward.....	Zie voorwaarts te verrekenen verliezen	toepassingsmogelijkheden.....	42
concern.....	1	uitreiken van aandelen.....	5
concernverband.....	Zie Concern	uitzakvariant.....	15
conclusie.....	56	vaste inrichting.....	7, 16, 22, 36
deelvragen.....	2, 56	vennootschapsbelastingsschuld.....	33, 41
doelstelling.....	2, 56	verbonden lichaam.....	13, 19, 26, 32, 40
dual-resident.....	29	verbonden natuurlijk persoon.....	26, 32, 40
extern-inleeneis.....	40	verdwijnende vennootschap.....	21
faciliteiten.....	2	verdwijner.....	Zie verdwijnende vennootschap
fiscaal motief.....	Zie fiscale motieven	verenigingstijdstip.....	27
fiscale eenheidsregime.....	27	verkorte sanctietermijn.....	29, 31, 37
fiscale motieven.....	10, 19	verkrijgen van aandelen.....	6
fraus legis.....	53	verkrijgen van bewijzen van deelgerechtigdheid.....	5
fusierichtlijn.....	4	verkrijgende vennootschap.....	14, 21
gehele onderneming.....	Zie onderneming	verkrijger.....	Zie verkrijgende vennootschap
grondslageneis.....	40	verliesverrekening.....	9, 18, 24, 29, 37, 47
herschikken.....	1	verliesverrekeningspositie.....	47
herstructurering of rationalisering van de actieve werkzaamheden.....	10, 19, 25	voegingstijdstip.....	35
horizontale verliesverrekening.....	9, 24, 30, 38	voorfusieverliezen.....	9, 24
implementatie.....	5	voorfusiewinsten.....	25
indeplaatsstelling.....	15	voorvoegingsverliezen.....	29, 37
interne reorganisatie.....	1, 56	voorvoegingswinsten.....	37
interne verhangingen.....	11	voorwaarts te verrekenen verliezen.....	9, 18
juridische (af)splitsingsfaciliteit.....	14	voorwerp.....	8, 17, 23, 29, 36, 44
juridische fusiefaciliteit.....	21	winstbewijzen.....	7
kapitaalsbelasting.....	3	winstdrainage.....	11, 19, 25, 32, 40
Leur-Bloem.....	4, 9	winstsplitsing.....	9, 24, 29, 37
lidmaatschapsrechten.....	7	zakelijke overwegingen.....	10, 19, 25
materiële onderneming.....	Zie onderneming	zelfstandig onderdeel van een onderneming.....	8
nafusieverlies.....	25	zuivere splitsing.....	14



