

Toerekening van belasting- schulden binnen de fiscale eenheid

Inleiding

In de belastingadviespraktijk komt men vaak vragen tegen waarbij men in de zoektocht naar het antwoord gedwongen wordt diep in de rechtspraak, wetsgeschiedenis en literatuur te duiken. Al snel merkt men dan dat over heel veel vragen heel veel geschreven is, maar niet altijd eenduidig. Dus zal men toch zelf aan de slag moeten gaan met de vers vergaarde kennis en deze houden tegen het licht van de specifieke casus. Een voorbeeld van zo'n vraagstuk betreft onderlinge toerekening van de vennootschapsbelasting binnen de fiscale eenheid; niet alleen de toerekening van de vennootschapsbelastingsschulden, maar ook de toerekening van voordelen uit hoofde van horizontale verliescompensatie.

Vele auteurs¹ wijzen op het inzicht dat de jaarrekening behoort te geven in het vermogen en het resultaat van de vennootschap zelf, en de relevantie van die regel voor de toerekeningsvraag. Dat betekent echter niet dat zonder meer kan worden gesteld dat de vennootschapsbelasting moet worden toegerekend aan de afzonderlijke vennootschappen op grond van hun bijdrage aan het resultaat van de fiscale eenheid in zijn geheel. Het belang van dit toerekeningsvraagstuk werd mij onlangs duidelijk bij een situatie van het faillissement van een vennootschap die tot een fiscale eenheid behoorde. De vraag diende zich aan of de failliete boedel een opeisbare vordering had op de moedermaatschappij van de fiscale eenheid vanwege het feit dat zij de verliezen van de failliet heeft gebruikt ter compensatie met de door haar (en de overige groepsmaatschappijen) behaalde winsten (ten gevolge van de horizontale verliescompensatie)? Ik zou het toerekeningsvraagstuk dan ook graag tegen het licht van faillissementssituaties willen houden om zo te komen tot een gedegen antwoord.

Fiscale eenheid en faillissement

De regeling van de fiscale eenheid is neergelegd in artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969). Kern van de regeling is dat de gevoegde dochtermaatschappijen worden geacht fiscaal te zijn opgegaan in de moedermaatschappij. Voor de toepassing van de Wet Vpb 1969 is in dat geval de fiscale eenheid *de* belastingplichtige. De belasting wordt dus geheven bij de moedermaatschappij. Opgemerkt wordt dat de in fiscale eenheid gevoegde dochtermaatschappijen subjectief belastingplichtig blijven.

1. O.a. K.T. Bruyn, De curator en de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 1984/101; F. van der Wel, Fiscale eenheid, groep en jaarrekening, WFR 1989/337; J.J. Vetter, Invordering en aansprakelijkheid bij faillissement; een overzicht in hoofdlijnen, TFO 2004/66; A.G. Geesink, Het labyrint van een faillierende fiscale eenheidsdochter, WFR 2004/137; en C.B. Bavinck, Faillissement en fiscale eenheid, WFR 1983/824; M.J. Pelinck, Onderlinge draagplicht van vennootschapsbelasting bij fiscale eenheid, Introductienummer FSA, december 1999.

Vanuit een civiel juridisch oogpunt heeft een fiscale eenheid geen consequenties; elke vennootschap blijft immers civielrechtelijk zelfstandig. Echter, fiscaalrechtelijk wordt de vennootschapsbelasting over het geheel van winsten en verliezen van de fiscale eenheid geheven op het niveau van de moedermaatschappij als ware er maar één belastingplichtige; ergo verliezen en winsten van de fiscale-eenheidsvennootschappen kunnen onderling met elkaar worden verrekend. Daarmee draagt de moedermaatschappij ook de vennootschapsbelasting die puur economisch bezien op het niveau van de dochtermaatschappijen thuishoort.

In de invorderingssfeer geldt de hoofdregel dat degene op wiens naam de belastingaanslag staat – dat is dus de moedermaatschappij (art. 24 lid 2 Wet Vpb 1969) – de verschuldigde belasting dient te voldoen c.q. gerechtigd is tot belastingteruggaaf. Hierop gelden enkele uitzonderingen. Op grond van artikel 39 Invorderingswet kan de ontvanger een dochtermaatschappij hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de vennootschapsbelastingsschuld die ziet op de periode dat de dochtermaatschappij deel uitmaakte van de fiscale eenheid, en wel de VPB-schuld van het geheel. Op grond van artikel 24 lid 2 Invorderingswet is de ontvanger verder bevoegd belastingteruggaven aan een fiscale-eenheidsmaatschappij te verrekenen met andere belastingschulden van de fiscale-eenheidsdochter, voor zover de belasting betrekking heeft op een tijdvak waarin de fiscale-eenheidsmaatschappij deel uitmaakte van de fiscale eenheid. Bij deze verrekeningsbevoegdheid gaat het niet om de vennootschapsbelasting, maar juist om andere rijksbelastingen (zoals omzetbelasting).

Probleemstelling

Het belangrijkste punt voor deze bijdrage is evenwel, dat bij een faillerende fiscale-eenheidsdochter de andere fiscale-eenheidsvennootschappen mogelijk in het verleden minder vennootschapsbelasting hoeven te betalen (in vergelijking tot de situatie waarin zij zelfstandig in de heffing zouden zijn betrokken) als gevolg van de door die dochter geleden verliezen.

De vraag is dan of de verschuldigde vennootschapsbelasting, door interne verrekening, niet gedragen zou moeten worden door die vennootschap waarvan de winst de belasting heeft opgeroepen, en of – spiegelbeeldig – het voordeel van verliescompensatie niet moet worden doorgegeven aan de maatschappij (de failliete dochter) die het desbetreffende verlies geleden heeft.

Indien zou blijken dat de interne verrekening van vennootschapsbelasting tussen vennootschappen die tot de fiscale eenheid behoren niet goed is geregeld, bestaat in een faillissementsituatie het risico dat de curator zich op het standpunt stelt dat de moedervennootschap niet aan haar ‘verplichtingen’ ten opzichte van de faillerende dochtermaatschappij heeft voldaan. Met verplichtingen in deze context wordt bedoeld dat zij het voordeel van de horizontale verliescompensatie ten goede had moeten vergoeden aan de faillerende dochtermaatschappij. Indien dit niet is gebeurd,

rijst de vraag of de boedel van de failliet kan profiteren van het belastingvoordeel dat de fiscale eenheid heeft genoten van de horizontale compensatie van verliezen van de inmiddels failliete vennootschap.

Toerekening van de totaal door de fiscale eenheid verschuldigde vennootschapsbelasting aan de verschillende maatschappijen is fiscaalrechtelijk niet voorgeschreven. Indien een specifieke toerekening wenselijk is, zal deze derhalve civielrechtelijk overeengekomen dienen te worden. Partijen zijn in beginsel uiteraard vrij om een inhoud aan de overeenkomst te geven die zij wensen. In de literatuur is echter meerdere malen naar voren gebracht dat op het moment van het maken van een afspraak met betrekking tot de toerekening voor alle betrokken vennootschappen een ‘gelijke’ kans op voor- en nadeel moet bestaan.² De gemaakte afspraken zouden niet uitsluitend in het voordeel (en dus geen nadeel) van de fiscale-eenheidsmoeder (of een andere fiscale-eenheidsmaatschappij) mogen werken. Naar mijn mening zou een afspraak waarbij alle voor- en nadelen toekomen aan de moedermaatschappij van de fiscale eenheid, acceptabel zijn.

De vennootschappelijke jaarrekening

Volgens het Nederlandse jaarrekeningenrecht dient op grond van de jaarrekening een verantwoord oordeel te kunnen worden gevormd over het vermogen en het resultaat van de rechtspersoon (art. 2:362 lid 1 BW). Onder IFRS en US GAAP gelden vergelijkbare normen.

De vraag is in hoeverre het jaarrekeningenrecht verplicht tot doorbelasting van vennootschapsbelasting binnen een fiscale eenheid? In Nederland is het jaarrekeningenrecht nader uitgewerkt in de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving (hierna: RJ). In RJ 272.8 wordt specifiek ingegaan op belastingen binnen fiscale eenheid. IFRS en US GAAP gaan niet in op de problematiek van allocatie van belastingen binnen een groep of fiscale eenheid.

Volgens alinea 802³ van de richtlijn heeft het bestaan van de fiscale eenheid, afgezien van cijfermatige aspecten, geen bijzondere betekenis voor de geconsolideerde jaarrekening. Echter, de fiscale eenheid heeft wel gevolgen voor de enkelvoudige jaarrekeningen van de moedermaatschappij van de fiscale eenheid en de dochtermaatschappijen die daar deel van uitmaken. Dit lijkt alleen juist voor zover de moederdan wel dochtermaatschappij verplicht is enkelvoudige jaarstukken op te stellen, en geen sprake is van bijvoorbeeld een artikel 2:403 BW-verklaring (concernvrijstelling voor groepsdochters).

Volgens alinea 803⁴ vindt in de praktijk de verrekening van belasting tussen de moeder- en dochtervennootschappen

2. Zie o.a. Bavinck, FED 1987/467, aantekening bij Hof Den Bosch 5 november 1986, en Geesink in WFR 2004/137.

3. RJ 272.802.

4. RJ 272.803.

Vennootschap & Onderneming

binnen de fiscale eenheid op verschillende manieren plaats. In hoofdlijnen worden daarbij de volgende mogelijkheden aangetroffen:

- a. De moeder rekent met de dochter af alsof deze zelfstandig belastingplichtig is.
- b. De moeder rekent af op basis van het fiscale resultaat van de dochter, met inachtneming van een toerekening van de voordelen van de fiscale eenheid aan de verschillende maatschappijen die daar deel van uitmaken.
- c. De moeder rekent af op basis van het commerciële resultaat.
- d. de moeder draagt de gehele belastinglast.

Volgens de richtlijn verdient het aanbeveling de wijze van verrekening contractueel vast te leggen.

Varianten van verwerking

De onder a tot en met d genoemde mogelijkheden uiten zich in de praktijk in drie varianten. De drie varianten zijn niet eenduidig te herleiden tot de hiervoor genoemde mogelijkheden. Alle drie de varianten leiden in de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij (i.e. het hoofd van de fiscale eenheid) tot dezelfde uitkomst. Zij hebben enkel invloed op de vennootschappelijke jaarrekeningen van de afzonderlijke vennootschappen.

Hierna zal ik de drie varianten bespreken met daarbij de uitwerking van de interne verrekening in de afzonderlijke vennootschappelijke jaarrekeningen.

Variant 1 (deze variant benadert het meest de onder c en d genoemde mogelijkheden)

Bij deze variant komt de totale belastingdruk van de groep alleen expliciet tot uiting in de geconsolideerde jaarrekening. In de vennootschappelijke jaarrekening van de moeder is de zelfstandige belastingdruk onderdeel van het 'eigen resultaat'.

Voordeel van dit systeem is de eenvoud van de administratieve afhandeling. In de literatuur wordt deze variant bekritiseerd omdat deze mogelijk niet zou voldoen aan de wettelijke eisen, daar deze geen juist beeld zou geven van de werkelijke rentabiliteit.⁵ De vraag is in hoeverre deze kritiek juist is. Naar mijn idee geeft deze variant een zodanig inzicht dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd over het vermogen en het resultaat (art. 2:362 BW), met name omdat ze dus het beste de werkelijkheid weergeeft. Immers, de dochtermaatschappij heeft materieel geen verhouding meer met de fiscus, behoudens dan de aansprakelijkheid voor de belastingschulden van de fiscale

eenheid, die echter voor verwezenlijking sowieso niet in de balans tot uitdrukking komt.⁶

Vanuit bedrijfseconomisch gezichtspunt is hier tegenin te brengen dat een causaal verband bestaat tussen het behaalde resultaat van de dochtervennootschap en de verschuldigde belasting van de fiscale eenheid. Naar mijn idee is dit argument niet voldoende krachtig om tot een andere regeling te komen dan waarbinnen de groep voor is gekozen.⁷

Variant 2 (deze variant komt overeen met de hiervoor onder a en b genoemde mogelijkheden)

Bij de tweede variant deelt iedere vennootschap in de totale belasting naarmate haar fiscale resultaat deze belasting oproept.

Maakt een dochtervennootschap winst, dan moet zij betalen, lijdt een dochtervennootschap verlies, dan krijgt zij 'negatieve belasting' uitbetaald. De moedervennootschap zelf betaalt dan per saldo slechts vennootschapsbelasting over de door haar zelf behaalde winst.

Dit is een eenvoudig en eerlijk verdeelschema, dat een helder inzicht geeft in de daadwerkelijke rentabiliteit van de dochtervennootschappen. Daar staat tegenover dat een verlieslijdende dochtervennootschap een belastingbate kan genieten in de vorm van de uitbetaling van de negatieve belasting, die zij als zelfstandige entiteit niet zelf zou hebben kunnen realiseren. Dit gevolg is vanuit een management-filosofische gedachte niet goed te plaatsen, omdat de directie die verantwoordelijk is voor het slechte resultaat, beloond wordt met de uitbetaling van een negatieve belasting.

Daar zou men tegenin kunnen brengen dat het vermogen van de fiscale eenheid wel wordt vergroot doordat de verliezen van de gefailleerde zijn aangewend ter verlaging van de gezamenlijke belastingdruk. Zit hierin dan wellicht toch een verrijking van de andere deelgenoten van de fiscale eenheid, waarvan de boedel bij faillissement van de dochter mogelijk zou moeten profiteren? Mijns inziens is deze 'verrijking' een gevolg van het wettelijke systeem van de fiscale eenheid. Hiertegenover staat naar mijn mening geen verarming van de gefailleerde: de verliesgevende dochtermaatschappij kan de verliezen niet verkopen en, in geval van faillissement, ook niet anderszins te gelde maken. Daarmee heeft de boedel naar mijn idee niet een vordering op de andere deelgenoten, gebaseerd op het gegeven dat de andere deelgenoten de verliezen hebben gebruikt ter verlaging van de algehele belastingdruk. Kanttekening hierbij is dat deze argumentatie gestoeld is op het uitgangspunt dat de faillierende vennootschap niet zelfstandig aanspraak kan maken op een carry-back van haar verliezen.

6. Zo ook Van der Wel 1989.

7. Zie eveneens Van der Wel 1989.

5. O.a. Bruyn 1984; J.J.M. Tempelaars RA, Fiscale eenheid en de belastingen over het resultaat in de jaarrekening, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfshuishoudkunde* 1985, p. 180-187; A.C. van Utteren, Fiscale eenheid en de belastingen over het resultaat in de jaarrekening, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfshuishoudkunde* 1985, p. 388-391.

Vennootschap & Onderneming

Vanuit deze visie is een derde variant geboren.

Variant 3

Bij deze derde variant delen alle vennootschappen in de totale belasting, in verhouding tot de door hen behaalde resultaten. Echter, het belastingvoordeel uit hoofde van horizontale verliescompensatie wordt enkel aan de verliesgevende dochtervennootschap toegerekend indien zij dat ook als zelfstandige fiscale entiteit zou hebben kunnen verkrijgen, anders gezegd, als zij zelfstandig aanspraak had kunnen maken op verliesverrekening.

Gedachte achter dit systeem is dat de vennootschap die een compensabel verlies heeft dit verlies, ook indien zij een zelfstandige entiteit zou zijn, moet waarderen. Dat wil zeggen dat zij het verlies door middel van carry-back moet kunnen goedmaken, of dat redelijkerwijs niet hoeft te worden getwijfeld aan het vermogen van de vennootschap om deze fiscaal compensabele verliezen zelfstandig in de toekomst te gelde te maken, voordat aan het verlies een waarde kan worden toegekend. Deze gedachte is overigens vastgelegd in de waarderingsvoorschriften voor latente belastingvorderingen zoals opgenomen in alinea 807⁸ van de richtlijn. Die waarde wordt bedrijfseconomisch als belastingbate geïdentificeerd, onderhevig aan één of meer toekomstige gebeurtenissen, waaronder in het bijzonder het behalen van fiscale winst, die de verliezen compenseren.⁹

Indien na verloop van tijd blijkt dat de verliezen van de vennootschap niet of niet volledig zullen worden benut, dan gebiedt de International Financing Reporting Standards (IFRS) dat het zogenoemde niet-waardevolle deel van de fiscale verliezen dient te worden afgevoerd van de bedrijfseconomische balans. Deze afboeking vindt over het algemeen plaats door middel van een boeking ten laste van de commerciële resultatenrekening.

Cijfermatige uitwerking

Als voorbeeld, ter verduidelijking van de werking van de voornoemde drie varianten, neem ik de volgende situatie:¹⁰ een moedermaatschappij – een zuivere houdstermaatschappij – heeft twee dochters waarmee zij fiscaal gevoegd is. De moedermaatschappij (M) heeft steeds een eigen bedrijfsresultaat gelijk aan nihil. Dochter A maakt constant een winst van 1.000 en dochter B maakt constant een verlies van 100. De resultatenrekening van de drie vennootschappen (in enig jaar) is dan volgens variant 1:

	A	B	M	Fiscale eenheid
Winst vóór belasting	+ 1.000	- 100	0	+ 900
Vennootschapsbelasting (25%)	— 0	— 0	— 0	- 225
Nettowinst	+ 1.000	- 100	0	+ 675

8. RJ 272.807.

9. Zie N.C. Boef, De bedrijfseconomische waardering van fiscaal compensabele verliezen onder IFRS (IAS 12), WFR 2008/918.

10. Voorbeeld deels ontleend aan Bruyn 1984.

Hierbij komt duidelijk naar voren dat de (totale) belastingdruk slechts expliciet tot uiting komt in de geconsolideerde jaarrekening (fiscale eenheid). Deze variant is in lijn met de kern van de regeling van de fiscale eenheid, te weten dat de gevoegde dochtermaatschappijen fiscaal worden geacht te zijn opgegaan in de moedermaatschappij en dat slechts, voor wat betreft het object van heffing, sprake is van één belastingplichtige, te weten de fiscale eenheid.

Volgens variant 2:

	A	B	M	Fiscale eenheid
Winst vóór belasting	+ 1.000	- 100	0	+ 900
Vennootschapsbelasting (25%)	- 250	+ 25	— 0	- 225
Nettowinst	+ 750	- 75	0	+ 675

Volgens variant 3:

	A	B	M	Fiscale eenheid
Winst vóór belasting	+ 1.000	- 100	0	+ 900
Vennootschapsbelasting (25%)	- 250	— 0	+ 25	- 225
Nettowinst	+ 750	- 100	+ 25	+ 675

Stel nu dat de situatie voor B zodanig verslechterd is dat B in faillissement geraakt. Stel dat in het laatste jaar B een verlies lijdt van 1.500. De fiscale eenheid lijdt in dat jaar in zijn geheel een verlies van 500, dat kan worden teruggevoerd, zodat een belastingteruggaaf van 125 (gebaseerd op een tarief van 25%) zal plaatsvinden.

De resultatenrekeningen luiden nu als volgt:

Volgens variant 1:

	A	B	M	Fiscale eenheid
Winst vóór belasting	+ 1.000	- 1.500	0	- 500
Vennootschapsbelasting (25%)	— 0	— 0	— 0	+ 125
Nettowinst	+ 1.000	- 1.500	0	- 375

De afzonderlijke vennootschappen hebben geen vennootschapsbelastingverplichting in hun enkelvoudige jaarrekening opgenomen, hetgeen ook in lijn is met de systematiek van de fiscale eenheid. Voor de heffing van de vennootschapsbelasting zijn zij immers niet zelf belastingplichtig. Zie artikel 24 lid 2 Wet Vpb 1969, waarin is bepaald dat in geval van een fiscale eenheid de aanslag ten name wordt gesteld van de moedermaatschappij, in verbinding met artikel 2 lid 1 onderdeel k van de Invorderingswet 1990, dat als hoofdregel stelt dat degene op wiens naam de belastingaanslag staat, de verschuldigde belasting dient te voldoen c.q. gerechtigd is tot de belastingteruggaaf.

Volgens variant 2:

	A	B	M	Fiscale eenheid
Winst vóór belasting	+ 1.000	- 1.500	0	- 500
Vennootschapsbelasting (25%)	- 250	+ 375	— 0	+ 125
Nettowinst	+ 750	- 1.125	0	- 375

Hierbij wordt aan iedere maatschappij naar rato van haar eigen aandeel in het fiscale resultaat de vennootschaps-

Vennootschap & Onderneming

belasting toegerekend. Veelal zal deze in de enkelvoudige jaarstukken als latente verplichting dan wel latente vordering jegens de moedermaatschappij verwerkt worden. Dientengevolge zou A een latente verplichting aan M hebben van 250 en B een latente vordering op M van 375.

Volgens variant 3:

	A	B	M	Fiscale eenheid
Winst vóór belasting	+ 1.000	- 1.500	0	- 500
Vennootschapsbelasting (25%)	- 250	0	+ 375	+ 125
Nettowinst	+ 750	- 1.500	+ 375	- 375

Variante 1 en variante 3 werken in vorenstaande situatie met betrekking tot de faillierende dochtermaatschappij (in casu B) hetzelfde uit. In het licht van de vraag of variante 1 wel houdbaar is onder het jaarrekeningenrecht (omdat deze geen juist beeld zou geven van de werkelijke rentabiliteit), zou variante 3 daarom de voorkeur genieten. Teneinde een zo gering mogelijk risico om schade op te lopen bij het faillissement van B verdient eveneens variante 3 de voorkeur. Bij variante 2 loopt men namelijk, op grond van de enkelvoudige jaarrekening, het risico dat de curator zich op het standpunt stelt een opeisbare vordering te hebben op de moedervennootschap van 375 (tenzij de maatschappijen onderling de draagplicht contractueel hebben geregeld en deze noopt tot een andere conclusie). Als variante 1 of 3 zou zijn toegepast, blijkt dat bedrag in ieder geval niet uit de enkelvoudige jaarrekening en zal daarmee minder snel aanleiding zijn tot discussies. Het is dus van belang dat de directies van de vennootschappen binnen een fiscale eenheid zorgvuldig en duidelijk regelen hoe zij de vennootschapsbelasting onderling wensen te verdelen.

Een vervolgvraag die men zou kunnen stellen, is of variante 3 voldoet aan het eerdergenoemde in de literatuur opgeworpen vereiste, dat voor alle betrokken vennootschappen een gelijke kans op voor- en nadeel moet bestaan op het moment dat gekozen wordt voor variante 3.

Wat het voordeel is voor de moedermaatschappij hebben we hiervoor reeds aangetoond. Zijn er nu ook nog nadelen aan te wijzen voor de moedermaatschappij?

Mogelijke nadelen voor de moedermaatschappij

In normale gevallen zal een fiscale eenheid kunnen worden aangemerkt als een 'kanscontract', dat afhankelijk van winsten of verliezen bij de dochtervennootschap voor- of nadelig is. Het faillissement van een gevoegde dochtermaatschappij brengt mee dat schulden onbetaald blijven. Dit kan negatieve effecten voor de fiscale eenheid meebrengen. Dat de schulden niet betaald worden, betekent dat ze in de balans van de fiscale-eenheidmoeder 'vrijvallen'. Dit zal er dan toe leiden dat een belastbare winst voor de fiscale eenheid in aanmerking genomen dient te worden,¹¹ behalve als de vrijstelling voor kwijtscheldingswinst van toepassing is.

Een ander mogelijk nadeel voor de moedermaatschappij doet zich voor in de situatie dat zowel moeder- als dochtermaatschappij failliet gaat. Zonder verrekening is hier de situatie dat de moedermaatschappij, voordat de zaken misgingen, de vennootschapsbelasting van de dochter heeft gedragen. Daardoor kan het zich voordoen dat de crediteuren van de moedermaatschappij er slechter voorstaan dan zonder fiscale eenheid het geval zou zijn, terwijl dit voor de crediteuren van de dochtermaatschappij niet geldt.

Actio pauliana

Zou het niet het meest zuiver zijn om het bedrag van het fiscale voordeel (ten gevolge van de horizontale verliescompensatie) dat de moedermaatschappij geniet, aan de crediteuren van de dochtermaatschappij ten goede te laten komen? Zijn zij niet immers degenen die in zoverre het verlies dragen? Dit roept de vraag op of het aangaan van de fiscale eenheid waarbij wordt verrekend op grond van variante 1 en 3, mogelijk een paulianus karakter heeft.

Naar mijn mening ligt het niet voor de hand om in een dergelijke verrekeningsovereenkomst een paulianus karakter te herkennen. Enerzijds omdat in de praktijk blijkt dat veelal verliezen van de dochtermaatschappij deels dan wel geheel worden aangevuld door de moedermaatschappij; in een dergelijk geval lijden de crediteuren minder of in het geheel geen nadeel. Anderzijds zijn de crediteuren van de dochtermaatschappij zonder fiscale eenheid niet beter af. De dochtermaatschappij kan de verliezen niet verkopen en, in geval van faillissement, ook niet anderszins te gelde maken. De crediteuren van de dochtermaatschappij komen dan ook niets tekort als de moedermaatschappij, ten gevolge van het systeem van de fiscale eenheid, de verliezen te gelde maakt door ze af te zetten tegen haar eigen winsten of die van andere groepsmaatschappijen binnen dezelfde fiscale eenheid. Naar mijn mening is hier dan ook geen sprake van een pauliana.

Gezien het voorgaande lijkt het aangaan van een overeenkomst waarin de onderlinge draagplicht van vennootschapsbelasting volgens variante 1 of 3 wordt geregeld, zowel positieve als negatieve kansen te bevatten voor beide partijen. Hetgeen naar mijn mening ook geldt voor het aangaan van een fiscale eenheid. Ik verwijs hierbij naar de hoofdelijke aansprakelijkheid voor onder andere de vennootschapsbelasting en omzetbelasting en de mogelijkheden die de ontvanger heeft op, bijvoorbeeld, verrekening op basis van de Invorderingswet. Derhalve wordt voldaan aan het in de literatuur opgeworpen vereiste van 'gelijke' kansen op voor- en nadelen.

Bestaande situaties waarbij een overeenkomst ontbreekt

Wat nu te doen ingeval geen overeenkomst is gesloten tussen de fiscale-eenheidmaatschappijen en een situatie van faillissement zich voordoet? Kan dan geredeneerd worden dat in het aangaan van de fiscale eenheid impliciet besloten ligt dat de vennootschapsbelasting zal worden verrekend

11. Hof Den Bosch 5 november 1986, BNB 1987/327.

naarmate het zelfstandige resultaat deze belasting oproept (in lijn met variant 2)?

Het aantrekkelijke van deze redenering is dat zij uitkomt op, economisch gezien, het meest zuivere resultaat. Dat neemt echter niet weg dat hier bezwaren aan kleven. De praktijk laat zien dat de meeste fiscale eenheden zich niet gedragen als ware een dergelijke overeenkomst van toepassing. In de meeste gevallen wordt de verschuldigde vennootschapsbelasting niet onderling verrekend, en in die gevallen waarin dat wel gebeurt, ligt daar vrijwel steeds een uitdrukkelijke overeenkomst aan ten grondslag. Uit de gewoonte kan dus niet worden afgeleid dat in het aangaan van een fiscale eenheid ook een overeenkomst tot onderlinge verrekening besloten ligt. Laat staan dat deze een antwoord geeft op de vraag welke variant dan toegepast zou dienen te worden.

Een meer principieel bezwaar tegen de veronderstelling dat in het aangaan van een fiscale eenheid impliciet een overeenkomst tot onderlinge verrekening besloten ligt, is dat de belastingheffing voortvloeit uit de wet. Deze verbindt aan bepaalde feitelijkheden de verschuldigdheid van een bepaald bedrag aan belasting. Het uitgangspunt daarbij is dat iedere rechtspersoon zelfstandig belastingplichtig is. Dat uitgangspunt wordt door de regeling van de fiscale eenheid opzijgezet. Bij toepassing van artikel 15 Wet Vpb 1969 geldt alleen nog de fiscale eenheid als uiteindelijke belastingplichtige, waarbij belasting wordt geheven bij de moedermaatschappij. Artikel 24 lid 2 Wet Vpb 1969 bepaalt immers dat bij een fiscale eenheid de aanslag vennootschapsbelasting ten naam wordt gesteld van de moedermaatschappij. Daarnaast geldt in de invorderingssfeer de hoofdregel dat degene op naam van wie de belastingaanslag staat, de verschuldigde belasting dient te voldoen c.q. gerechtigd is tot belastingteruggaaf. Strikt genomen kan dan ook niet worden gezegd dat de moedermaatschappij de belasting-schuld van de dochtermaatschappij voldoet: de dochter heeft immers geen zelfstandige belastingschuld (zie ook hiervoor onder de beschrijving van variant 1). Als al een wil van partijen kan worden afgeleid uit het aangaan van de fiscale eenheid, lijkt de bedoeling van partijen daarmee juist erop gericht te zijn de verschuldigde belasting bij de moedermaatschappij op het bord te leggen, wat zonder de fiscale eenheid bij de dochter terechtkomt. Niet dat partijen eigenlijk zouden bedoelen de belasting door onderlinge verrekening alsnog door de dochter te laten dragen.

Bij afwezigheid van een schriftelijke overeenkomst tot doorbelasting of een bestendige gedragslijn daartoe is de vraag derhalve, welke juridische grondslag een vergoedingsrecht zou kunnen hebben. Vetter¹² noemt in dit kader onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking of een vordering gebaseerd op redelijkheid en billijkheid als

mogelijkheid. Voor geen van deze gronden kan ik me goed een sluitende redenering voorstellen.

Slechts indien bij het aangaan van de fiscale eenheid sprake was van een voorzienbaar nadeel voor de failliete dochter lijkt enige grond te bestaan voor een actie uit onrechtmatige daad. Een vergoedingsrecht lijkt wederom alleen te kunnen bestaan voor zover de curator aantoonbaar dat de failliete dochter vennootschapsbelasting dient te betalen die zonder fiscale eenheid niet verschuldigd was geweest. In veel faillissementen zal deze vennootschapsbelastingsschade zich niet voordoen, zeker nu op grond van de Fokker-arresten¹³ de vermogensvermeerdering als gevolg van het 'wegvallen' van schulden in faillissement geen belastbaar voordeel vormt. Ook zal geen sprake zijn van vennootschapsbelastingsschade bij toepassing van artikel 15aj lid 3 Wet Vpb 1969 (ontvoeging in het zicht van liquidatie), nu dit leidt tot verplichte vrijvalwinst bij de fiscale eenheid en niet bij de ontvoegde dochter.

Hoe zit het met 5%-deelnemingen?

Een van de voorwaarden om als maatschappij in een fiscale eenheid te kunnen worden opgenomen is dat de moedermaatschappij zowel het juridische als economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de te voegen maatschappij. Dit houdt in dat 5% in handen kan zijn van andere groepsmaatschappijen (wel of niet binnen fiscale eenheid), maar ook in handen van derden. Hoe moet daarmee worden omgegaan? De 5%-aandeelhouder die niet binnen dezelfde fiscale eenheid zit, 'profiteert' immers niet van de horizontale verliescompensatie. Zou deze nog op enige wijze aanspraak kunnen maken op compensatie?

Onder het oude fiscale-eenheidregime was een fiscale eenheid slechts mogelijk indien de moedermaatschappij zowel het juridische als economische eigendom bezit van 100% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de te voegen maatschappij. In de praktijk werd aan dit vereiste voldaan indien de moedermaatschappij ten minste 99% van de aandelen in de dochtermaatschappij bezit. De achtergrond van deze beleidsregel was om in het geval van 'zoekgeraakte' aandelen toch een fiscale eenheid mogelijk te maken. Dit vereiste is onder de huidige regelgeving aangaande de fiscale eenheid nog steeds het uitgangspunt, maar daarbij zal een bezit van 95% worden gelijkgesteld met het bezit van alle aandelen.¹⁴ Hiermee wordt tegemoetgekomen aan de wens maatschappijen die aandelen hebben uitgegeven in het kader van werknemersparticipaties, de mogelijkheid te geven deel uit te (blijven) maken van een fiscale eenheid. Daarnaast biedt dit een oplossing voor de problemen die een maatschappij kan ondervinden bij een over-

12. J.J. Vetter, Invordering en aansprakelijkheid bij faillissement; een overzicht in hoofdlijnen, TFO 2004/66.

13. HR 14 juni 2000, BNB 2000/269 (Fokker I); HR 18 oktober 2002, BNB 2003/44 (Fokker II); Hof Amsterdam 26 juni 2002, V-N 2002/33.2.6 (Fokker III).

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

Vennootschap & Onderneming

name om ook de laatste aandelen te bemachtigen. Voor het 95%-percentage is aangesloten bij de civielrechtelijke uitkoopregeling van artikel 2:92a en 2:201a BW. Deze gelijkstelling houdt dan ook in dat bij een bezit van 95% de belasting van de betrokken maatschappijen geheven zal worden op basis van een volledige consolidatie;¹⁵ er wordt dan ook geen rekening gehouden met een ‘aandeel van derden’.

Zoals reeds gezegd is de fiscale eenheid een fiscale faciliteit waarvan het voordeel onder meer zit in de mogelijkheid om verliezen en winsten van de fiscale-eenheidsmaatschappijen onderling met elkaar te verrekenen. Civielrechtelijk bestaat de fiscale eenheid niet, het heeft geen aparte rechtspersoonlijkheid, iedere maatschappij blijft civielrechtelijk zelfstandig. Derhalve zal een mogelijke compensatie voor het gemis van de voordelen die de fiscale eenheid biedt, voor de 5%-aandeelhouder ook fiscaalrechtelijk geregeld moeten worden. Nu is dit in zekere zin ook geregeld, alleen vallen de voordelen van de fiscale eenheid nou eenmaal niet toe aan de 5%-aandeelhouder, maar slechts aan de 95%-of-meer-aandeelhouder. Het gegeven dat de laatste kan profiteren van 100% van de verliezen van de fiscale-eenheidsdochter is dan ook een duidelijke keuze van de wetgever geweest en is een direct gevolg van de versoepeling van de bezitseis bij de introductie van het nieuwe fiscale-eenheidsregime.

Slot

Dat naar mijn mening geen verplichting bestaat de onderlinge draagplicht van vennootschapsbelasting te regelen, betekent niet dat het ook verstandig is dat achterwege te laten. In deze bijdrage heb ik getracht het belang aan te geven van het opstellen van een verrekeningsovereenkomst in het licht van een faillissementsituatie binnen fiscale eenheid, en daarbij aangegeven hoe de besproken varianten uitwerken op de vennootschappelijke jaarrekening. In de praktijk wordt ook vaak als belangrijke reden voor het sluiten van een verrekeningsovereenkomst aangevoerd dat een beter inzicht wordt verkregen in de werkelijke winstgevendheid van de afzonderlijke maatschappijen. Toch blijkt in de praktijk dat aan het daadwerkelijk opstellen van een verrekeningsovereenkomst in veel gevallen niet wordt gedacht en dat hier pas tegenaan wordt gelopen op het moment dat een curator aan de bel gaat trekken. Om in dat geval onnodige discussies te voorkomen verdient het zeker aanbeveling om bij het aangaan van een fiscale eenheid meteen vast te leggen hoe omgegaan wordt met de onderlinge draagplicht van de vennootschapsbelasting.

*Drs. M. kleine Kalvenhaar
Loyens & Loeff*

15. Kamerstukken II 1999/2000, 26 854, nr. 3, p. 8.