

Aan de minister voor Klimaat en Energie
De heer drs. R.A.A. Jetten
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

Datum: 16 februari 2023
Onze ref.: 20238267/SvP
Van: R.T. Wiegerink en M. de Rijke, advocaten

T: +31 70 31 31 076
M: +31 6 15 26 46 07
E: wiegerink@feltz.nl/
rijke@feltz.nl

Betreft: Reactie concept wetsvoorstel inframarginale elektriciteitsheffing

Excellentie,

Namens ENGIE Energie Nederland N.V. ("Engie") reageren wij hierbij op het conceptwetsvoorstel voor de Tijdelijke wet inframarginale elektriciteitsheffing in het kader van de internetconsultatie (hierna: conceptwetsvoorstel). Wij verzoeken u deze reactie te betrekken bij het opstellen van het definitieve wetsvoorstel.

De reactie betreft de volgende onderwerpen:

- I. Producent die onderdeel is van een groep (art. 9)
- II. Hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 24)
- III. Bewaartermijn (art. 13, leden 3-5)

I. Producent die onderdeel is van een groep (art. 9)

1. Het uitgangspunt van de aan het conceptwetsvoorstel ten grondslag liggende Verordening 2022/1854 (hierna: de Verordening) is dat de *marktinkomsten van producenten* uit de verkoop van de door die producent opgewekte elektriciteit worden geplafonneerd (art. 6, lid 1 en art. 7 Verordening).

Dit uitgangspunt is opgenomen in de considerans van de Verordening (onderstrepingen toegevoegd):

(25) "In een situatie waarin consumenten worden blootgesteld aan extreem hoge prijzen die ook schadelijk zijn voor de economie van de Unie, moeten de buitengewone marktinkomsten van producenten met lagere marginale kosten tijdelijk worden beperkt door de toepassing van het plafond op marktinkomsten uit de verkoop van elektriciteit binnen de Unie."

(45) "De commerciële en handelspraktijken en het regelgevingskader in de elektriciteitssector verschillen aanzienlijk van die in de sector fossiele brandstoffen. Aangezien het plafond op marktinkomsten bedoeld is om het marktresultaat te simuleren dat producenten hadden kunnen verwachten indien de mondiale toeleveringsketens normaal hadden gefunctioneerd zonder de verstoringen van de gasvoorziening sinds februari 2022, is het noodzakelijk dat de maatregel betreffende elektriciteitsproducenten van toepassing is op de inkomsten uit de opwekking van elektriciteit."

Ook de definitie van marktinkomsten in de Verordening laat op dit punt aan duidelijkheid niet te wensen over. Marktinkomsten zijn de inkomsten die een producent ontvangt in ruil voor de verkoop en levering van elektriciteit in de Unie, ongeacht de contractuele vorm waar die ruil plaatsvindt (art. 2, sub 5).

2. In het conceptwetsvoorstel worden echter voor de berekening van de belastbare inkomsten de totale marktinkomsten uit elektriciteit gedefinieerd als de inkomsten uit overeenkomsten tot verkoop van die elektriciteit op Nederlandse elektriciteitsmarkten (art. 8, lid 1, sub a). Deze definitie is onmiskenbaar in strijd met de Verordening. Anders dan bij de implementatie van een EU Richtlijn laat een Verordening de wetgever niet de ruimte voor een afwijkende invulling.¹
3. Deze afwijking van de Verordening wordt voortgezet in art. 9 van het conceptwetsvoorstel. Daarin is een regeling opgenomen die ertoe strekt dat als een producent deel uitmaakt van een groep als bedoeld in art. 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en hij de door hem opgewekte elektriciteit verkoopt aan een verbonden groepsmaatschappij, de inkomsten van de verbonden groepsmaatschappij uit de verkoop van die elektriciteit op Nederlandse elektriciteitsmarkten worden gerekend tot de totale marktinkomsten van de producent als bedoeld in art. 8 van het conceptwetsvoorstel en daarover dus bij de producent de inframarginale elektriciteitsheffing wordt geheven. Dit artikel resulteert erin dat de inframarginale elektriciteitsheffing *de facto* ook wordt geheven over de marktinkomsten van een groepsmaatschappij die zelf geen producent is. Dit is eveneens in strijd met het hiervoor beschreven uitgangspunt van de Verordening dat de marktinkomsten van

¹ Vgl. Arresten van het EU Hof van Justitie van 5 februari 1963, ECLI:EUU:C:1963:1 (Van Gend en Loos) en van 15 juli 1964, ECLI:EU:C:1964:66 (Costa/ENEL).

producenten uit de verkoop van de door die producent opgewekte elektriciteit worden geplafonneerd.

4. In de Toelichting op het conceptwetsvoorstel wordt niet uitgelegd op welke grond de wetgever meent te mogen afwijken van de Verordening. Voor zover art. 6, lid 3 Verordening de aanleiding vormt voor het opnemen van deze met de Verordening strijdige regeling geldt dat de daar genoemde situatie zich niet voordoet temeer nu voor het belasten van de marktinkomsten van producenten uit de verkoop van opgewekte elektriciteit aan een verbonden groepsmaatschappij in dit verband reeds erkende maatregelen van toepassing zijn. Art. 6, lid 3 van de Verordening draagt lidstaten slechts op doeltreffende maatregelen te nemen om te voorkomen dat de plafonnering van de marktinkomsten wordt omzeild. Daarbij gaat het met name om het daadwerkelijk belasten van marktinkomsten van producenten in gevallen waarin producenten worden gecontroleerd door, of gedeeltelijk eigendom zijn, van andere ondernemingen, met name wanneer zij deel uitmaken van een verticaal geïntegreerde onderneming.
5. Als producenten de door hen opgewekte elektriciteit verkopen aan een verbonden groepsmaatschappij dienen de daaruit verkregen inkomsten, conform het uitgangspunt van de Verordening rechtstreeks bij de producent te worden belast en als dat gebeurt is geen sprake van het omzeilen van de inframarginale elektriciteitsheffing. Het conceptwetsvoorstel lijkt te miskennen dat de betreffende verbonden groepsmaatschappij optreedt "at arms length" van de overige ondernemingen van de groep² en dus bij het inkopen van elektriciteit binnen het concern interne verrekenprijzen hanteert die "at arms length" zijn. De verbonden groepsmaatschappij dient aldus marktconforme tarieven te hanteren voor elke inkooptransactie, die zij aangaat, ongeacht of de entiteit waarvan zij inkoop deel uitmaakt van dezelfde groep is.
6. De Minister voor Klimaat en Energie is bij de recente Subsidierегeling bekostiging plafond energietarieven kleinverbruikers 2023 ook uitgegaan van deze interne verrekenprijssystematiek waarbij aansluiting wordt gezocht bij de OESO Transfer Pricing Guidelines 2022.

"Leveranciers van elektriciteit, gas en/of warmte die onderdeel zijn van een concern, kunnen bepaalde producten en diensten inkopen binnen het concern. De prijzen die daarvoor in rekening worden gebracht worden ook wel 'interne verrekenprijzen' genoemd. Deze interne verrekenprijzen moeten 'at arm's length' zijn. Met toepassing van het arm's lengthbeginsel in de

² Het begrip «at arm's length» zoals gedefinieerd in het OESO-rapport «Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations», 1995.

subsidierегeling wordt gewaar-borgd dat de interne verrekenprijzen, die de bedrijven hanteren ten behoeve van de subsidiebepaling, op zakelijkheid berusten en dat de historische benchmark consistent is qua systematiek."

"Binnen de OESO-lidstaten bestaat overeenstemming omtrent het arm's-lengthbeginsel zoals dat is opgenomen in artikel 9 van het OESO-modelverdrag. Dit is van nadere invulling voorzien in het OESO-commentaar op artikel 9 van het OESO-modelverdrag en in de OESO-richtlijnen. In Nederland is dit beginsel vastgelegd in artikel 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 en van nadere invulling voorzien in Besluit van 14 juni 2022, nr. 2022-0000143421, Staatscourant 2022, nr. 16683 ('Verrekenprijzenbesluit'). Daarnaast zijn in de regeling aanvullende documentatieverplichtingen verrekenprijzen van 30 december 2015 (DB2015/462M) nadere documentatieregels gesteld. De hiervoor genoemde internationale en nationale wet- en regelgeving is integraal van toepassing ten aanzien van het bepalen van de arm's length interne verrekenprijzen ten behoeve van de onderhavige subsidierегeling, voor zover relevant voor de subsidiebepaling. De toepassing van deze regeling wordt door een externe onafhankelijke deskundige getoetst en gerapporteerd volgens de hiervoor genoemde internationale en nationale wet- en regelgeving."³

7. Ook in andere energiewetgeving vinden we het systeem van marktconforme interne verrekenprijzen terug. Zo vermeldt art. 62, lid 2 Mijnbouwwet (onderstreping door ons toegevoegd):

"De omzet is het aantal in het kalenderjaar in het vergunningsgebied gewonnen eenheden aardolie of aardgas dat aan de houder, of, ingeval van medehouderschap, aan ieder van de medehouders toekomt, vermenigvuldigd met de prijs per eenheid waarvoor die eenheden zijn verkocht. Indien ter zake van die verkoop voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd die afwijken van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen, wordt de in het eerste lid bedoelde omzet bepaald alsof die laatstbedoelde voorwaarden zouden zijn overeengekomen. Indien eenheden anders dan door verkoop aan het winningsbedrijf zijn onttrokken, wordt de in het eerste lid bedoelde omzet bepaald alsof deze eenheden zijn verkocht onder voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen."

³ Stcrt. 2022, nr.34154, p.41, deze regeling wordt ook wel aangeduid als de prijsplafondregeling.

De memorie van toelichting bij deze (later in het wetgevingstraject vernummerde en geherformuleerde) bepaling⁴ vermeldt (Tweede Kamer, vergaderjaar 1998–1999, 26 219, nr. 3, p. 75):

"Het zevende lid van dit artikel bevat een voorschrift voor de bepaling van de omzet indien er hoeveelheden aardgas of -olie zijn verhandeld of verkocht beneden de marktwaarde in het normale handelsverkeer. Met name bij de levering van gas of olie aan een met de houder gelieerde onderneming kan het zich voordoen dat de verkoopprijs ligt beneden de prijs die aan of door een willekeurige derde in rekening zou zijn gebracht. In dat geval zal voor de berekening van de omzet worden uitgegaan van de marktprijs, zoals die tot stand zou zijn gekomen in het normale handelsverkeer tussen onafhankelijke ondernemingen. Met andere woorden, de prijsbepaling dient alsdan plaats te vinden at arm's length (voor de bepaling van het begrip «at arm's length» zij verwezen naar het OESO-rapport getiteld «Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations» uit 1995)."

8. De regeling in het conceptwetsvoorstel wijkt dus af van de terzake getroffen voorzieningen in andere energiewet- en regelgeving en maakt inbreuk op de toepassing van het arm's length beginsel en de toepassing van transfer pricing in het algemeen.
9. In dat verband is ook relevant dat groepsmaatschappijen, waaronder dus ook de producent, hoe dan ook in al hun onderlinge transacties at arm's length moeten handelen op grond van art. 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969). Ook wat dat betreft is de in art. 9 conceptwetsvoorstel opgenomen regeling dus onnodig.
10. Van belang is voorts dat in concernverhoudingen de moedervernootschap bij haar concernbeleid ook het belang van de dochtervernootschappen moet betrekken. Dat houdt onder meer in dat de spreiding van kosten en overhead en intra-groeptransacties niet onevenredig het belang van de dochtervernootschap mogen schaden.⁵ Ook om die reden zullen de interne verrekenprijzen representatief zijn voor de bepaling van de marktinkomsten van de producent.

⁴ De oorspronkelijke bepaling in het wetsvoorstel luidde: Art. 59 (...) "7. Indien eenheden zijn verkocht tegen een prijs per eenheid die ligt beneden de waarde in het normale handelsverkeer, stelt Onze Minister de bij de bepaling van de omzet te hanteren prijs per eenheid voor die eenheden vast op deze waarde. Deze prijs per eenheid wordt eveneens gehanteerd bij de bepaling van de omzet, voorzover eenheden niet zijn verkocht."

⁵ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/132 en zie over intra-groeptransacties: Bartman, Dorresteyn & Olaerts, Van het concern 2020/1.5.2; Van den Ingh, NV 1994, p. 15 e.v.; TvOB 2006, p. 131-138.

11. De in het conceptwetsvoorstel opgenomen regeling respecteert ook niet de rolverdeling die besloten ligt in de Europese en nationale energie wet- en regelgeving. Daarin hebben de producent en de leverancier (evenals de netbeheerder, maar die valt buiten het bestek van dit conceptwetsvoorstel) immers gescheiden rollen met eigen verplichtingen en daaraan gerelateerde inkomsten zoals balanceringsverantwoordelijkheid en programmaverantwoordelijkheid. Art. 9 conceptwetsvoorstel resulteert er echter in dat in het geval dat de producent de opgewekte elektriciteit verkoopt aan een verbonden groepsmaatschappij, die bijvoorbeeld optreedt als handelaar en de ingekochte elektriciteit vervolgens verkoopt als leverancier, in feite de inkomsten van de aan de producent verbonden handelaar c.q. leverancier uit de verkoop van die elektriciteit op Nederlandse elektriciteitsmarkten worden belast en die inkomsten vervolgens worden toegerekend aan de producent. Volgens de Verordening zouden echter de inkomsten van de producent uit de transactie met de handelaar moeten worden belast ongeacht of de handelaar de elektriciteit vervolgens verkoopt op de Nederlandse elektriciteitsmarkt. Dit is immers in lijn met de eigen rol en bijbehorende inkomsten.
12. De gekozen regeling in het conceptwetsvoorstel kan ertoe leiden dat in de waardering van de totale marktinkomsten van de producent de daadwerkelijke inkomsten uit de verkoop van elektriciteit "*at arm's length*" aan de groepsmaatschappij, lager zijn dan de inkomsten uit de verkoop van die elektriciteit door de verbonden groepsmaatschappij aan een derde. De totale marktinkomsten waarover de inframarginale heffing voor deze producent wordt toegepast zijn in dat geval hoger dan de marktinkomsten die hij feitelijk heeft genoten. Daarmee komt de producent in een ongelijke positie te verkeren ten opzichte van de producent die de opgewekte elektriciteit verkoopt op de Nederlandse elektriciteitsmarkt zonder tussenkomst van een groepsmaatschappij. Zo is bijvoorbeeld bij de verkoop van door windmolens opgewekte stroom door een windpark aan een onafhankelijk (extern) handelshuis slechts inframarginale heffing verschuldigd over die inkomsten en niet over de vervolgens door het handelshuis te realiseren inkomsten. Deze ongelijke behandeling is in strijd met het gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in art. 1 van de Grondwet en art. 14 van het EVRM. Voor deze ongelijke behandeling van gelijk gevallen bestaat geen rechtvaardiging nu immers met het opnemen van het systeem van marktconforme interne verrekenprijzen in het conceptwetsvoorstel kan worden geborgd dat de inkomsten van de producenten die opgewekte elektriciteit verkopen aan een groepsmaatschappij in overeenstemming met het bepaalde in de Verordening worden belast.
13. Gelet op al het bovenstaande kan de regeling in art. 9 conceptwetsvoorstel niet worden gehandhaafd. In plaats daarvan dient het hierboven beschreven systeem van marktconforme interne verrekenprijzen in het conceptwetsvoorstel te worden

geïncorporeerd. Om de marktinkomsten te waarderen en de marktconformiteit daarvan te waarborgen zou in het conceptwetsvoorstel of in de uitvoeringsregeling, net als in de hierboven aangehaalde prijsplafondregeling, een methode kunnen worden opgenomen voor de onderbouwing van de marktconformiteit van de interne verrekenprijzen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen worden vormgegeven met de verplichte overlegging van een extern deskundigenrapport en een verklaring van een accountant dat marktconforme prijzen zijn gehanteerd.

14. Teneinde tegemoet te komen aan de hiervoor vermelde bezwaren tegen het conceptwetsvoorstel en indachtig de gedane suggestie aansluiting te zoeken bij een systeem van interne ("arm's length") verrekenprijzen zou art. 9 van het conceptwetsvoorstel moeten vervallen en zou art. 8 moeten worden aangepast en als volgt kunnen luiden:

"Artikel 8 totale marktinkomsten waar de infra-marginale heffing betrekking op heeft

1. Totale marktinkomsten zoals gedefinieerd in artikel 2 sub 5 Verordening in verbinding met artikel 2 sub 9 Verordening, voor zover deze Wet niet een ander plafond voorschrijft, betreffen de inkomsten van een producent in de zin van artikel 1 lid 1 sub g Elektriciteitswet 1998 uit de verkoop van elektriciteit per kalendermaand gegenereerd met een productie-installatie zoals bedoeld in artikel 1 lid 1 sub ah Elektriciteitswet 1998 waarop deze Wet van toepassing is, voor zover het een verkoop betreft tussen de producent en een eindafnemer zoals bedoeld in artikel 2 sub 14 Verordening, een verkoop betreft tussen de producent en een handelaar zoals bedoeld in artikel 1 lid 1 sub h Elektriciteitswet 1998 of, een verkoop betreft tussen de producent en een leverancier zoals bedoeld in artikel 1 lid 1 sub f Elektriciteitswet 1998, waarbij de aldus door de producent verkochte elektriciteit wordt ingevoerd onderscheidenlijk onttrokken aan respectievelijk wordt verhandeld op het Nederlandse net zoals bedoeld in artikel 1 lid 1 sub i Elektriciteitswet 1998

2. In afwijking van het eerste lid worden niet tot de totale marktinkomsten gerekend:

a. inkomsten uit de verkoop van elektriciteit door de Producent ten bate van de balanshandhaving door de Netbeheerder van het Nederlandse Hoogspanningsnet zoals bedoeld in artikel 1 lid 1 sub j Elektriciteitswet 1998;

b. inkomsten uit de verkoop van elektriciteit door de Producent ten bate van compensatie voor redispatching en compensatiehandel.

3. Indien een producent deel uitmaakt van een groep als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en door hem opgewekte elektriciteit als bedoeld in artikel 2, eerste lid, verkoopt aan een verbonden groepsmaatschappij en ter zake van die verkoop voorwaarden worden

overeengekomen of opgelegd die afwijken van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen, worden de inkomsten in afwijking van het eerste lid bepaald alsof die laatstbedoelde voorwaarden zouden zijn overeengekomen.

4. Bij ministeriële regeling worden nadere regels gesteld over de wijze van bepaling van de totale marktinkomsten en over de wijze waarop uitvoering dient te worden gegeven aan het bepaalde in voorgaande leden van dit artikel."

II. Hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 24)

15. Art. 24 van het conceptwetsvoorstel bevat een regeling die ertoe strekt dat naast de producent ook andere tot de groep van de producent behorende maatschappijen aansprakelijk kunnen zijn voor de verschuldigde inframarginale elektriciteitsheffing. Ingevolge art. 24, lid 1 is elke andere groepsmaatschappij die in het heffingstijdvak deel uitmaakt van de groep en marktinkomsten geniet uit de door de producent opgewekte elektriciteit hoofdelijk aansprakelijk voor de voldoening van de heffing net zoals de groepsmaatschappij die in Nederland aan het hoofd staat van de groep. In art. 24, lid 2 is bepaald dat als een producent behoort tot een fiscale eenheid in de zin van de Wet Vpb 1969 elk van de andere maatschappijen die in het heffingstijdvak deel uitmaakte van de fiscale eenheid hoofdelijk aansprakelijk is voor de inframarginale elektriciteitsheffing.
16. Zoals uit de concepttoelichting bij het wetsvoorstel blijkt (p. 40-41), wordt met deze regeling uitvoering gegeven aan het bepaalde in art. 6, lid 3 van de Verordening. Daarin is opgenomen dat de lidstaten doeltreffende maatregelen moeten nemen om te voorkomen dat op producenten rustende verplichtingen worden omzeild. Daarmee is evenwel nog niet gezegd dat een vergaande aansprakelijkheidsregeling, zoals thans is voorzien in art. 24 van het wetsvoorstel, is vereist. De abstracte formulering van de Verordening sluit geenszins uit dat op andere wijze wordt voorzien in de bedoelde doeltreffende maatregelen. In dat verband is ook van belang dat de Verordening expliciet het oog heeft op misbruiksituaties en dat de onderhavige aansprakelijkheidsbepaling ook in zoverre een duidelijke 'overkill' bevat.
17. De voorgestelde wettelijke bepaling van art. 24, lid 2 sluit aan bij het fiscale eenheidsregime van de vennootschapsbelasting, maar de wetgever lijkt niet te onderkennen c.q. mee te wegen dat de betreffende belastingplichtigen expliciet een keuze moeten maken voor het aangaan van een fiscale eenheid. Dat volgt uit art. 15, lid 1 Wet Vpb 1969, welke bepaling vermeldt: "*op verzoek van beide belastingplichtiger*".⁶ Het bestaan van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting brengt rechten en verplichtingen met zich mee. Zo kan op

⁶ Zie HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7750.

grond van art. 39 Invorderingswet 1990 de ontvanger een dochtermaatschappij hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de vennootschapsbelastingsschuld die ziet op de periode dat de dochtermaatschappij deel uitmaakte van de fiscale eenheid. Het is onder meer om die reden dat slechts na een daartoe strekkend verzoek een fiscale eenheid tot stand kan komen.

18. Bij de behandeling van het wetsvoorstel voor een wijziging van het fiscale eenheidsregime in 2003 heeft de staatssecretaris van financiën duidelijk gemaakt dat de belastingplichtigen de gelegenheid moeten hebben om goed te bedenken of het wenselijk is om een fiscale eenheid aan te gaan. Hij betoogde (onderstrepingen door ons toegevoegd):

"Omdat in die nieuwe aanpak een fiscale eenheid ook in de loop van het jaar tot stand kan komen, is er geen reden meer om terugwerkende kracht tot het begin van het jaar mogelijk te maken. Wel zal een belastingplichtige die de aandelen in een andere maatschappij verwerft, enige tijd nodig hebben om te beoordelen of het al dan niet verstandig is een fiscale eenheid aan te vragen. Daarom wordt voorgesteld om hem drie maanden de tijd te gunnen. Voor de indiening van het verzoek betekent dit dat een fiscale eenheid tot stand komt op het in het verzoek aangegeven tijdstip, maar niet eerder dan drie maanden vóór de indiening van het verzoek.

*De leden van de fracties van het CDA en de VVD vragen waarom niet is gekozen voor een langere termijn voor het indienen van een verzoek tot het aangaan van een fiscale eenheid. Dit omdat de gevolgen van het aangaan van een fiscale eenheid zo complex kunnen zijn dat deze niet in drie maanden zichtbaar zijn. De leden van de VVD voeren in dit verband aan dat de inspecteur een jaar de tijd heeft om op het verzoek te beslissen. Mijn antwoord hierop is, dat de keuze om een fiscale eenheid aan te gaan, een keuze voor de toekomst behoort te zijn. Bij een terugwerkende kracht tot het begin van het jaar kunnen belastingplichtigen achteraf, op grond van hun inmiddels gerealiseerde resultaten, besluiten of het wel of niet gunstig is om een fiscale eenheid aan te gaan. Zo ontstaat voor hen een spel zonder nielen."*⁷

19. De wettelijke bepaling leidt ertoe dat de naast de producent tot een fiscale eenheid behorende maatschappijen geconfronteerd worden met een potentiële betalingsverplichting van de inframarginale elektriciteitsheffing terwijl zij zich bij het maken van de keuze tot het aangaan van de fiscale eenheid niet hebben gerealiseerd

⁷ Kamerstukken II 2000/2001, 26854, nr. 6, blz. 10/11.

dat deze betalingsverplichting daarvan het gevolg zou kunnen zijn. De rechtszekerheid komt derhalve in het geding door het opnemen van art. 24, lid 2 in de wet.

20. Als de hoofdelijke aansprakelijkheid al zou worden opgenomen in de wet, dan ligt het in de rede die in ieder geval te beperken tot (1) de *Nederlandse* groepsmaatschappijen die in het heffingstijdvak deel uitmaakt van de groep en marktinkomsten geniet uit de door de producent opgewekte elektriciteit en (2) tot *Nederlandse* maatschappijen die tot de fiscale eenheid behoren. Daarmee zou immers ook zonder meer uitvoering worden gegeven aan de verplichting van art. 6, lid 3 van de Verordening, terwijl het tegelijkertijd niet logisch is om de inframarginale elektriciteitsheffing potentieel af te wentelen op entiteiten die zijn gevestigd in andere (lid)staten en die dus waarschijnlijk zelf al met een soortgelijke heffing worden geconfronteerd.

III. Bewaartermijn (art. 13, leden 3-5)

21. In art. 13, lid 3 van het conceptwetsvoorstel is opgenomen dat de producent de administratie tot ten minste tien jaren na afloop van het heffingstijdvak bewaart. Deze bewaarplicht geldt ook voor groepsmaatschappijen als bedoeld in art. 8 en 9 (voor respectievelijk de kosten van inkoop van elektriciteit en marktinkomsten uit elektriciteit), aldus art. 13, lid 4. Ingevolge art. 13, lid 5 kunnen nadere ministeriële regels worden gesteld over de wijze van inrichting van de boekhouding.
22. De achtergrond van de hiervoor vermelde bewaartermijn van tien jaar is in de toelichting niet vermeld. Deze termijn is afwijkend van de bewaartermijn van zeven jaar die ingevolge art. 52, lid 4 AWR geldt. Die termijn is bovendien op geen enkele wijze voorgeschreven in de Verordening. Art. 7, lid 6 van de Verordening schrijft immers slechts voor dat (kort gezegd) producenten, intermediairs en relevante marktdeelnemers en systeembeheerders alle nodige gegevens aan de bevoegde autoriteiten verstrekken voor – kort gezegd – de toepassing van het plafond op marktinkomsten, ongeacht het marktijdsbestek waarin de transactie plaatsvindt. Enige termijn is echter niet vermeld, zodat de lidstaten op dat punt een eigen regeling kunnen maken.
23. De zevenjaarstermijn die ingevolge art. 52, lid 4 AWR geldt voor administratieplichtigen, is ingevoerd in op 1 juni 1998.⁸ Tot aan dat moment gold een tienjaarstermijn. De doelbewuste verkorting van de bewaartermijn had als reden dat de regering de administratieve lasten voor het bedrijfsleven wilde verminderen. Bij de

⁸ Bij de Wet van 26 maart 1998 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en van enige andere wetten in verband met de verkorting van de bewaartermijn van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, Stb. 1998, 184.

wetswijziging werd niet alleen de fiscale bewaartermijn bekort, maar werden tevens de bewaartermijnen zoals die gelden in het rechtspersonenrecht (art. 2:48 en 2:297 Burgerlijk Wetboek), in de Faillissementswet (art. 76 en 92), in sociale verzekeringswetten en in het intellectuele-eigendomsrecht op vergelijkbare wijze ingekort tot zeven jaar; dit alles met het doel de kosten die de betreffende rechtspersonen moeten maken in verband met het bewaren van gegevens zoveel mogelijk te beperken. De memorie van toelichting bij het toenmalige wetsvoorstel spreekt in dat verband boekdelen (onderstreping door ons toegevoegd):

"3. De Staatssecretaris van Financiën heeft in het najaar van 1994 de commissie vermindering administratieve verplichtingen bedrijfsleven ingesteld, bekend als de commissie-Van Lunteren. Deze commissie bestond uit deskundigen uit het georganiseerde bedrijfsleven en de overheid en had tot taak voorstellen te doen ter verlichting van de administratieve lasten bij de fiscale regelgeving. De commissie heeft onder meer voorgesteld de fiscale bewaartermijn voor de administratie terug te brengen van tien naar zeven jaar. De verkorting hangt samen met de termijn van navordering van de fiscus, te weten vijf jaar, vermeerderd met een redelijke termijn voor uitstel van het indienen en de behandeling van de aangifte. De commissie heeft daarbij in overleg met het VNO/NCW, het Midden-en kleinbedrijf (MKB) en de fiscus een globale schatting gemaakt van de de⁹ besparing aan administratieve lasten die uitkomt op f 140 miljoen. Vooruitlopend op een wetswijziging heeft de Staatssecretaris van Financiën in de zomer van 1996 een algemene beleidsregel ten aanzien van de zogenaamde fiscale bewaarplicht vastgesteld. Deze is gepubliceerd in het Infobulletin van de Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst te Haarlem onder nummer 96 602. Op basis van deze beleidsregel zal geen inzage worden gevraagd van bescheiden die op grond van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR) moeten worden behouden als die ouder zijn dan zeven jaar. Het ontmoet geen bezwaren de op grond van de burgerlijke wetgeving geldende bewaartermijnen eveneens te verkorten."¹⁰

24. In enkele gevallen wordt in belastingwetgeving een van de zevenjaarstermijn afwijkende bewaartermijn gehanteerd. Als dat gebeurt, wordt evenwel telkens duidelijk en uitvoerig gemotiveerd waarom er aanleiding bestaat van de standaardtermijn af te wijken. Zo geldt in gevallen waarin sprake kan zijn van herziening van omzetbelasting, die binnen negen jaar kan plaatsvinden, een specifieke

⁹ Sic.

¹⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 1997–1998, 25 753, nr. 3, p. 2.

bewaartermijn van negen jaar. De wetgever heeft deze afwijking toegelicht in de wetsgeschiedenis.¹¹

25. In het onderhavige geval is er evenwel geen enkele rechtvaardiging om een langere bewaartermijn dan de standaardtermijn van zeven jaar te hanteren. De toepasselijkheid van de AWR (zie art. 22 en 23 van het conceptwetsvoorstel) leidt ertoe dat er een naheffingstermijn van vijf jaar geldt (zie art. 20, lid 3 AWR). Na ommekomst van die termijn kunnen de gegevens simpelweg niet meer van belang zijn voor de heffing van inframarginale elektriciteitsheffing. Er is derhalve geen enkele noodzaak dat de bewaartermijn langer dan zeven jaar bedraagt. De hiervoor geciteerde motivering in de wetsgeschiedenis voor het beperken van de bewaartermijn tot een periode van zeven jaar is één op één van toepassing in dit geval.
26. De administratieve lasten voor de producenten en de toepasselijke groepsmaatschappijen zullen onevenredig groot zijn bij het hanteren van een tienjaarstermijn. De interne bedrijfsprocessen zullen in dat geval moeten worden aangepast voor deze enkele heffing terwijl niet duidelijk is waartoe een afwijkende termijn dient.
27. Voor zover toch een bewaartermijn van tien jaar zou gelden, is het aangewezen dat in de nadere regels in de ministeriële regeling (zie art. 13, lid 5) zodanige bepalingen worden opgenomen dat de inrichting van de boekhouding van de relevante entiteiten zo min mogelijk hoeft te worden aangepast teneinde op zo eenvoudig mogelijke wijze aan de langere bewaartermijn te kunnen voldoen.

Tot zover de reactie van Engie op het conceptwetsvoorstel. Graag zeggen wij u op voorhand dank voor het betrekken van deze reactie bij het finaliseren van het wetsvoorstel.

Hoogachtend,



R.T. Wiegerink



M. de Rijke

¹¹ Kamerstukken II 1997/98, 25 753, nr. 5, p. 2 (nota van wijziging) vermeldt: "Om te kunnen bepalen welke in aftrek gebrachte omzet belasting herzien dient te worden, is de aanwezigheid van boeken en bescheiden inzake de betreffende transacties een voorwaarde. Het ligt derhalve in de rede dat de genoemde periode van de herzieningstermijn tevens wordt aangehouden voor de bewaarplicht van informatiedragers met betrekking tot onroerend goed."