



VERSOBERING FISCALE EENHEID OP KOMST?

Het Nederlandse fiscale eenheidsregime wordt mogelijk versoerd en daarmee minder aantrekkelijk. Dit is het gevolg van prejudiciële vragen die de Hoge Raad op 8 juli 2016 in twee procedures heeft voorgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). De prejudiciële vragen gaan over de verenigbaarheid van het Nederlandse fiscale eenheidsregime in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Vpb) met het recht op vrije vestiging op basis van het EU-recht. De Advocaat-Generaal (A-G) van het HvJ EU heeft op 25 oktober 2017 in beide zaken conclusie genomen. Een conclusie van de A-G van het HvJ EU is een advies aan het HvJ EU over de wijze waarop door het HvJ EU uitspraak zou moeten worden gedaan in een bepaalde zaak.

De procedures

De twee verwezen procedures zijn tegelijk behandeld omdat het in wezen dezelfde vraag betreft. Nederlandse belastingplichtigen kunnen geen fiscale eenheid vormen met hun buitenlandse dochtervennootschappen. Echter, het is de vraag of Nederlandse belastingplichtigen *wel* in aanmerking zouden kunnen komen voor voordelen van *afzonderlijke elementen* van de fiscale eenheid, als ware er een fiscale eenheid mogelijk met hun buitenlandse dochtervennootschappen, de zogenaamde *per element benadering*.

Het betreft procedures over een Nederlandse renteaftrekbeperking (art. 10a Vpb) en de niet-aftrekbaarheid van valutaverliezen. In de eerste procedure betreffende de renteaftrekbeperking concludeert de A-G dat de Nederlandse wetgeving in beginsel een inbreuk vormt op het genoemde EU-recht. Binnen de fiscale eenheid wordt namelijk geen besmette transactie onderkend, waardoor de rente volledig in aftrek kan worden genomen.

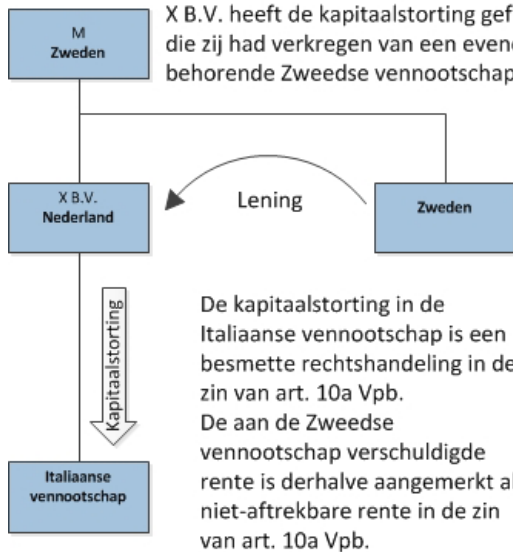
Grensoverschrijdende situaties komen niet voor dit voordeel in aanmerking, omdat de fiscale eenheid beperkt is tot binnenlandse situaties. Hierdoor is in grensoverschrijdende situaties sneller sprake van rente die beperkt aftrekbaar is. (zie voorbeeld 1)

In de tweede procedure betreffende de niet-aftrekbaarheid van valutaverliezen, heeft de A-G een voor Nederland positieve conclusie genomen. De A-G lijkt namelijk in onderhavige kwestie van mening te zijn dat er niet direct een verband bestaat tussen de regeling voor valutaverliezen en de fiscale eenheid.

Het is nog maar de vraag of het HvJ EU de conclusie van de A-G volgt. In geval het HvJ EU oordeelt dat de Nederlandse wetgeving inderdaad een inbreuk vormt op het EU-recht zal dit betekenen dat per wettelijke bepaling moet worden beoordeeld of het aangaan van een fiscale eenheid consequenties heeft voor de toepassing van die bepaling.

Voorbeeld 1

X B.V. heeft voor de aankoop van een Italiaanse vennootschap een nieuwe vennootschap in Italië opgericht, waarin zij kapitaal heeft gestort.
X B.V. heeft de kapitaalstorting gefinancierd met een lening die zij had verkregen van een eveneens tot het concern behorende Zweedse vennootschap.



Spoedreparatie-maatregelen

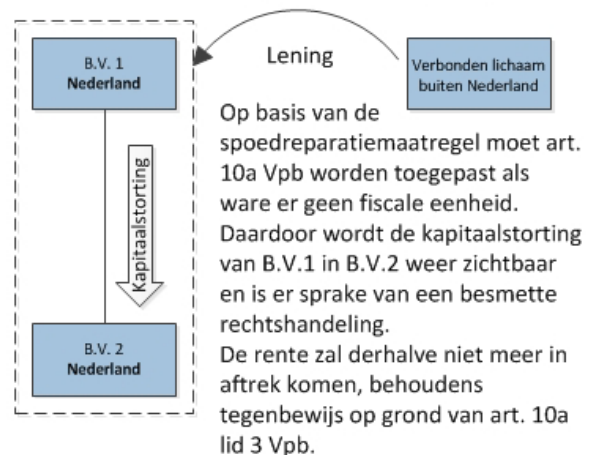
Omdat de inhoud van de conclusie van de A-G voor Nederland negatief kan uitpakken heeft de Staatssecretaris van Financiën spoedreparatiemaatregelen aangekondigd voor het geval het HvJ EU besluit om de conclusie van de A-G te volgen.

De per element benadering zou namelijk tot gevolg hebben dat bepaalde elementen van de fiscale eenheidsregelgeving resulteren in eenzelfde gunstige behandeling in vergelijkbare EU-situaties, waardoor uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag door internationaal opererende bedrijven wordt vergemakkelijkt. In OESO- en EU-verband wordt, met medewerking en instemming van Nederland, juist beoogd uitholling van de belastinggrondslag te voorkomen.

Om die reden is de Staatssecretaris voornemens, mocht het HvJ EU de voor Nederland negatieve conclusie van de A-G in deze zaak volgen, dat ook na het oordeel van het HvJ EU de voordelen in EU-situaties moeten worden onthouden. Dit is juridisch alleen mogelijk door in binnenlandse verhoudingen 'strenger' te worden. De wetgeving zal daarom, indien de per element benadering door het HvJ EU wordt geaccepteerd, door middel van de spoedreparatiemaatregelen zodanig worden aangepast dat in ieder geval de waarschijnlijk meest kwetsbare elementen van de fiscale eenheid in een binnenlandse situatie niet langer leiden tot een meer gunstige behandeling dan in een vergelijkbare EU-situatie. Meer specifiek zal dit impact hebben op, onder andere, de artikelen 10a Vpb (renteaftrekbeperving), 13 Vpb (deelnemingsvrijstelling), 13I Vpb (renteaftrekbeperving bovenmatige deelnemingsrente) en 20a Vpb (verliesverrekening bij wijziging belang). In voorbeeld 2 wordt beschreven hoe dit uitwerkt bij toepassing van art. 10a Vpb.

Voorbeeld 2

B.V.1 en B.V.2 vormen samen een fiscale eenheid. Een verbonden lichaam buiten Nederland heeft een lening verstrekt aan B.V.1, die vervolgens een kapitaalstorting in B.V.2 heeft gedaan. Deze kapitaalstorting is niet zichtbaar zodat art. 10a Vpb niet van toepassing is.



Conclusie

Indien het HvJ EU besluit om de conclusie van de A-G te volgen, zullen de nu aangekondigde maatregelen zo spoedig mogelijk in de vorm van een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer worden ingediend. In dat wetsvoorstel zal dan worden geregeld dat de maatregelen met terugwerkende kracht tot woensdag 25 oktober 2017, 11:00 uur in werking treden¹. In het licht hiervan is het raadzaam om te checken of de spoedreparatiemaatregelen nadelige impact op bestaande structuren kunnen hebben, zoals het voorbeeld hierboven. Echter, het is ook raadzaam om te verifiëren of deze per element benadering (vooral nog) tot een gunstigere behandeling zou kunnen leiden.

¹ Aangenomen mag worden dat deze spoedreparatie ook gaat gelden voor bestaande fiscale eenheden en niet alleen voor de nieuwe fiscale eenheden die sinds 25 oktober 2017 zijn aangegaan.