

Fiscaal

Spoedreparatie fiscale eenheid Wet VPB 1969

Frank van Merrienboer

Drs. F.M.A.M. van Merrienboer RB is belastingadviseur bij ESJ Financial Engineering en bestuurslid Register Belastingadviseurs.

Leerdoelen

Na het lezen van dit artikel bent u op de hoogte van:

- de per-elementbenadering in het fiscale-eenheidsregime;
- de hoofdlijnen van de spoedreparatie;
- de spoedreparatie met betrekking tot art.10a Wet VPB 1969;
- bijzondere aspecten van de spoedreparatie voor het mkb.

Trefwoorden:

Spoedreparatie, per-elementbenadering, interne leningen, concernregeling.

Samenvatting

Het wetsvoorstel spoedreparatie fiscale eenheid is een reactie op de ontwikkelingen in de rechtspraak met betrekking tot de per-elementbenadering. Eerst worden deze ontwikkelingen in de rechtspraak beschreven en vervolgens wordt de spoedreparatie op hoofdlijnen toegelicht. De spoedreparatie met betrekking tot art. 10a Wet VPB 1969 wordt nader toegelicht. De auteur wijst op een aantal bijzondere aspecten van de spoedreparatie voor het mkb.

1 Inleiding

Ruim een jaar geleden kondigde de staatssecretaris van Financiën spoedreparatiemaatregelen aan, omdat het fiscale-eenheidsregime in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969) op onderdelen mogelijk niet EU-proof zou zijn.¹ Op 19 oktober 2018 oordeelde de Hoge Raad dat het beroep op de per-elementbenadering werd gehonoreerd en als gevolg daarvan is het fiscale-eenheidsregime op dit punt inderdaad niet EU-proof.² Voor de uitvoeringspraktijk is het positief dat er duidelijkheid is. Voor de staatssecretaris is het een bevestiging om de ingeslagen weg van de spoedreparatie voort te zetten. Dat blijkt ook duidelijk uit de Nota naar aanleiding van het verslag die op 5 november 2018 werd gepubliceerd.³ De staatssecretaris handhaaft daarin de uitgezette koers.

In dit artikel zal ik met name wijzen op een aantal bijzondere aspecten van de spoedreparatie voor het mkb. Eerst worden de ontwikkelingen in de rechtspraak beschreven die ten grondslag liggen aan de spoedreparatie (paragraaf 2 en 3). Het zijn deze ontwikkelingen geweest die aanleiding hebben gegeven tot acties van de staatssecretaris met betrekking tot de spoedreparatie.

Daarna wordt de spoedreparatie in het algemeen toegelicht (paragraaf 4) en in het bijzonder de spoedreparatie met betrekking tot art. 10a Wet VPB 1969 (paragraaf 5 en 6), omdat deze bepaling de meeste impact heeft voor het mkb. Tot slot bespreek ik enkele aspecten van een nieuwe toekomstbestendige concernregeling (paragraaf 7) en sluit ik af met enkele conclusies (paragraaf 8).

2 De rechtspraak inzake de per-elementbenadering

2.1 Het voortraject: de zaak X-Holding

Het Hof van Justitie EU oordeelde in de zaak X-Holding, dat een belastingplichtige geen fiscale eenheid kan aangaan met een – in een andere EU-lidstaat gevestigde – dochtervennootschap en dat een

moedervenootschap niet gehouden is om de verliezen van een dergelijke vennootschap in aanmerking te nemen.⁴

Het Nederlandse fiscale-eenheidsregime hoefde op basis van het EU-recht geen 'fiscale eenheid over de grens' toe te staan. Toch werd er na de zaak X-Holding door vennootschappen met een grensoverschrijdende structuur opnieuw een beroep gedaan op de fiscale eenheid. Dit beroep was gebaseerd op de per-elementbenadering.

2.2 De per-elementbenadering

Bij de per-elementbenadering is de volgende kwestie aan de orde: 'kunnen belastingplichtigen ondanks dat zij geen fiscale eenheid kunnen aangaan met hun buitenlandse dochtervennootschap, wel in aanmerking komen voor de voordelen van afzonderlijke elementen van het fiscale-eenheidsregime alsof wel een fiscale eenheid met die buitenlandse vennootschap is aangegaan'.⁵ Bij de per-elementbenadering wordt dus in grensoverschrijdende situaties een beroep gedaan op voordelen die gelden in binnenlandse situaties. Hoe werkt dat precies? Dat zal ik toelichten aan de hand van de zaak X BV, die uiteindelijk heeft geleid tot het eerdergenoemde arrest van 19 oktober 2018.

2.3 De zaak X BV

De feiten en het geschil

Een Nederlandse vennootschap had een bedrag van ruim € 237 miljoen geleend van een Zweedse groepsmaatschappij en die Nederlandse vennootschap had dit bedrag aangewend voor een kapitaalstorting in een Italiaanse dochtervennootschap. De renteaftrek bij de Nederlandse vennootschap, ten bedrage van ruim € 6,5 miljoen over het jaar 2004, werd door de inspecteur geweigerd op grond van art. 10a lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969. Het beroep van belanghebbende was op het volgende gebaseerd: als de buitenlandse dochtervennootschap in Nederland gevestigd zou zijn geweest en als die vennootschap dan gevoegd zou zijn geweest in een fiscale eenheid dan zou de kapitaalstorting niet zichtbaar zijn geweest, zodat toepassing van art. 10a lid 2 onderdeel b Wet VPB 1969 in dat geval niet aan de orde zou kunnen zijn.

Belanghebbende beriep zich erop, dat het in strijd is met het EU-recht, dat haar dit voordelige element van de fiscale-eenheidsregeling werd onthouden.

Het oordeel van de rechters

In het arrest Groupe Steria van 2 september 2015 oordeelde het Hof van Justitie EU dat op grond van de per-elementbenadering het Franse fiscale-eenheidsregime op een bepaald onderdeel niet verenigbaar was met het EU-recht.⁶ Kort daarna volgde het arrest Finanzamt Linz van het Hof van Justitie EU over de per-elementbenadering.⁷

Dit vormde aanleiding voor de Hoge Raad om op 8 juli 2016 prejudiciële vragen te stellen aan Hof van Justitie EU over de per-elementbenadering in de bovengenoemde zaak.⁸ Deze vragen werden tegelijkertijd gesteld met de gevoegde zaak van X BV⁹ Ik laat deze zaak in dit kader buiten beschouwing.

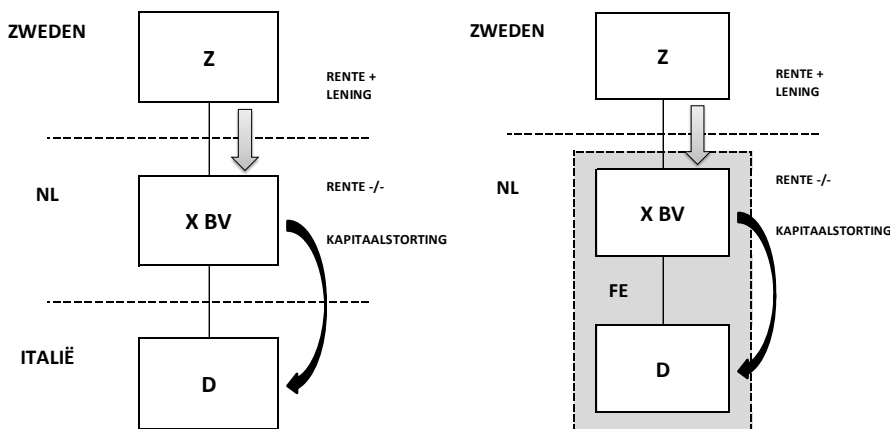
Naar aanleiding van de prejudiciële vragen van de Hoge Raad werd op 25 oktober 2017 de conclusie van A-G HvJ EU Campos Sánchez-Bordona gepubliceerd. De advocaat-generaal oordeelde dat belanghebbende terecht een beroep deed op de per-elementbenadering. Voor de staatssecretaris vormde dit de aanleiding om spoedmaatregelen aan te kondigen met terugwerkende kracht tot de datum van aankondiging. Op 22 februari 2018 besliste het Hof van Justitie EU conform de advocaat-generaal¹⁰ en op 19 oktober 2018 besliste de Hoge Raad conform het Hof van Justitie EU.¹¹

De motivering van de beslissing

Bij de beantwoording van de vraag of een beroep op de per-elementbenadering terecht is, moet volgens de Hoge Raad 'een vergelijking worden gemaakt tussen enerzijds een ingezeten moedervenootschap met een ingezeten dochtervennootschap, die een fiscale eenheid kunnen vormen, en anderzijds een ingezeten moedervenootschap met een niet-ingezeten dochtervennootschap, die deze mogelijkheid niet hebben' (rechtsoverweging 2.3).

De vergelijking kan aan de hand van de volgende afbeelding worden verduidelijkt.¹²

Figuur 1



Bij belanghebbende was de situatie zoals in het linkerdeel van de afbeelding. De Hoge Raad vergelijkt dat met een situatie zoals afgebeeld in het rechterdeel van de afbeelding, waarbij sprake is van een fiscale eenheid.

De Hoge Raad stelt vast, dat er op het punt van de renteaftrek sprake is van een verschil in behandeling, dat niet kan worden gerechtvaardigd. Dit leidt tot het oordeel dat art. 10a Wet VPB 1969 (in het vervolg uitsluitend aangeduid als art. 10a) buiten toepassing moet blijven bij X BV en dat het rente-bedrag van ruim € 6,5 miljoen alsnog in aftrek kan worden gebracht.

De Hoge Raad vermeldt expliciet dat dit oordeel afwijkt van eerdere arresten in de jaren 2011 en 2012 waarbij de per-elementbenadering ten onrechte werd verworpen.¹³

3 De nadere conclusie van A-G Wattel¹⁴

De Hoge Raad heeft in de zaak X BV de nadere conclusie van A-G Wattel d.d. 8 juni 2018 niet gevolgd. Dit is geen reden om de nadere conclusie onbesproken te laten, omdat A-G Wattel een belangwekkende zaak voor binnenlandse bedrijven naar voren brengt.

Hij was van mening dat de oplossing in de zaak van X BV niet was gelegen in de toepassing van de per-elementbenadering met betrekking tot art. 15 Wet VPB 1969, maar was gelegen in de toepassing van art. 10a.

Hierbij is een onderscheid te maken tussen leningen die worden aangegaan bij verbonden lichamen met het oog op de financiering van kapitaalstortingen in binnenlandse vennootschappen respectievelijk buitenlandse vennootschappen. Bij kapitaalstortingen in binnenlandse deelnemingen staat er tegenover de renteaftrek van de lening bij de verbonden maatschappij de rentabiliteit bij de binnenlandse deelneming. Uitholling van de Nederlandse grondslag is dan in feite niet aan de orde. De beperking van de renteaftrek op grond van art. 10a zou zich dienen te beperken tot de rente van leningen van verbonden lichamen die dienen ter financiering van kapitaalstortingen in buitenlandse deelnemingen.

Nu de wetgever dat onderscheid niet heeft gemaakt – om EU-rechtelijk geen risico te lopen – wordt het binnenlands bedrijfsleven opgezaagd met binnenlandse zinloze aftrekbepalingen, aldus A-G Wattel in onderdeel 1.11 van de nadere conclusie. Hij geeft in onderdeel 1.12 van zijn nadere conclusie aan dat het EU-rechtelijk mogelijk is dat ‘lidstaten antigronslag uithollingsmaatregelen alleen op grensoverschrijdende gevallen toepassen, omdat de uitholling zich daar nu eenmaal voordoet, en niet zozeer binnenlands. Wel moet de maatregel uiteraard proportioneel zijn.’

Ook Bellingwout bepleit – met verwijzing naar A-G Wattel – een dergelijke wetswijziging.

‘Dan ligt het onderscheid binnenlandse/grensoverschrijdende kapitaalstorting voor iedereen kenbaar vast in de wet, en kan ook het HvJ EU daar niet overheen stappen.’¹⁵

In de Nota naar aanleiding van het verslag geeft de staatssecretaris aan dat hij met belangstelling kennis heeft genomen van de conclusie van A-G Wattel. Vervolgens merkt hij op dat hij het niet zinvol acht om daar nader op in te gaan, aangezien de Hoge Raad op 19 oktober 2018 zijn eindoordeel heeft gegeven.¹⁶ Dat is jammer.

Een wetswijziging van art. 10a zoals in bovenstaande voorgesteld zou een welkome aanpassing zijn voor het binnenlandse bedrijfsleven, dat in het spanningsveld van het Europese en het Nederlandse belastingrecht vaak opgezadeld wordt – conform de terminologie van A-G Wattel – met allerlei regelingen die bedoeld zijn om grondslaguitholling door internationale concerns tegen te gaan.¹⁷ Ook het wetsvoorstel spoedreparatie fiscale eenheid is een regeling die tot stand is gekomen naar aanleiding van grondslaguitholling door internationale concerns. Het wetsvoorstel heeft echter tevens ingrijpende gevolgen voor binnenlandse bedrijven.

4 De spoedreparatie

4.1 De acties van de staatssecretaris

De staatssecretaris volgde met zijn acties de ontwikkelingen in de rechtspraak inzake de per-elementbenadering op de voet. De spoedreparatiemaatregelen werden aangekondigd op het moment dat de conclusie van de advocaat-generaal verscheen inzake de per-elementbenadering. Dat was op 25 oktober 2017. Op de datum van de publicatie van het arrest van HvJ EU op 22 februari 2018 werd aangekondigd dat het wetsvoorstel inzake de spoedreparatie zou worden ingediend in de loop van het tweede kwartaal 2018. Op 6 juni 2018 werd het wetsvoorstel gepubliceerd.

Door het geslaagde beroep op de per-elementbenadering zou uitholling van de belastinggrondslag voor internationaal opererende bedrijven een relatief eenvoudige zaak worden. De structurele belastingderving zou kunnen oplopen tot enkele honderden miljoenen per jaar als er niet zou worden gerepareerd.¹⁸ Deze budgettaire consequenties noodzaakten de staatssecretaris tot actie en reparatie.

4.2 De essentie van de reparatie

Het medicijn

Als de gecombineerde toepassing van art. 10a Wet VPB1969 en art. 15 Wet VPB 1969 in grensoverschrijdende situaties ertoe leidt dat de werking van art. 10a eenvoudig buiten werking kan worden gezet dan ligt de oplossing voor de hand.

In de zaak X BV stelde belanghebbende zich op het standpunt dat art. 10a diende te worden toegepast als ware er sprake van een fiscale eenheid. Het door de staatssecretaris gekozen medicijn om deze stelling te pareren is eenvoudig: art. 10a dient te worden toegepast als ware er geen sprake van een fiscale eenheid. Heithuis noemt dit de ‘wegdenk’-gedachte.¹⁹ Hoewel het medicijn eenvoudig is, is de uitvoering van de wegdenkgedachte in de praktijk problematisch, omdat niet duidelijk is in hoeverre de fiscale eenheid dient te worden weggedacht.

De regeling van de wegdenkgedachte is opgenomen in art. 15 lid 16 en lid 17 van het wetsvoorstel en geldt voor de – vanuit EU-risico gezien – meest kwetsbare elementen van de fiscale eenheid.²⁰ Dit betreft de volgende bepalingen in de Wet VPB 1969:

- art. 10a (antiwinstdrainagebepaling);
- art. 13 lid 9 tot en met 15 (beleggingsdeelneming);
- art 13 lid 17 (hybride lening);
- art. 13l (deelnemingsrente);
- art. 13a (herwaarderingsverplichting van beleggingsdeelnemingen);
- art. 20a (handel in verlieslichamen).

Met uitzondering van art. 13a werden deze bepalingen al op 25 oktober 2017 genoemd in de spoedmaatregelen. Art. 13a is later toegevoegd en voor deze bepaling zal geen terugwerkende kracht gelden.

De staatssecretaris merkt in de Nota naar aanleiding van het verslag het volgende op over de wegdenkgedachte: ‘Met het onderhavige wetsvoorstel wordt beoogd dat voor de toepassing van de

uitdrukkelijk in het zestiende lid van art. 15 genoemde bepalingen de situatie met een fiscale eenheid in binnenlandse verhoudingen op dezelfde wijze wordt behandeld als een vergelijkbare grensoverschrijdende situatie, uit de aard der zaak zónder fiscale eenheid (...) Daartoe moeten de spoedreparatiemaatregelen worden toegepast alsof de maatschappijen van de fiscale eenheid zelfstandig belastingplichtig zijn, zonder temporele beperking.²¹

De bijwerkingen

Het nadeel van het bovengenoemde medicijn zijn de bijwerkingen, want die zijn er legio. Het medicijn geldt ook voor puur binnenlandse situaties, want er mag geen onderscheid worden gemaakt tussen buitenlandse situaties en binnenlandse situaties. Het gevolg hiervan is dat de uitvoering van de reparatiemaatregelen uiterst gecompliceerd is. Dit leidde tot een pleidooi om bedrijven in puur binnenlandse situaties te ontzien.²²

De pijnstillers

Voorgesteld werd om een drempel op te nemen bij de toepassing van art. 10a.

Op 20 april 2018 maakte de staatssecretaris van Financiën de tijdelijke overgangsmaatregel ter verzachting van de spoedmaatregelen fiscale eenheid bekend, waarbij – voor bepaalde situaties en onder bepaalde voorwaarden – een tijdelijke en beperkte drempel van € 100.000 werd voorgesteld voor art. 10a bij toepassing van de spoedreparatie.²³

Hoewel de drempel beperkt van omvang is, is dit voor een substantieel gedeelte van het mkb een belangrijke tegemoetkoming.

De tijdelijke overgangsmaatregel houdt in dat de regeling van art. 15 lid 16 met betrekking tot art. 10a niet wordt toegepast tot en met eind 2018, indien het totaalbedrag aan renten op alle art. 10a-schulden per twaalf maanden niet meer bedraagt dan € 100.000 per fiscale eenheid, waarbij van belang is:

- dat het gaat om op 25 oktober 2017 bestaande schulden aan een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon, en
- dat het gaat om schulden die verband houden met besmette rechtshandelingen, die voor 25 oktober 2017 zijn verricht.

Register Belastingadviseurs heeft in de reactie op het wetsvoorstel verzocht om de maatregel ook te laten gelden voor de jaren na 2018.²⁴

Helaas is dit verzoek in de Nota naar aanleiding van het verslag afgewezen door de staatssecretaris.²⁵ Hij geeft hierbij aan dat art. 10a een antimisbruikmaatregel is en hij acht ook misbruik tot € 100.000 niet acceptabel. De bovenstaande maatregel geldt dus alleen voor het jaar 2018.

Een andere tegemoetkoming betreft de beperking van de terugwerkende kracht. Medio oktober 2018 werd de terugwerkende kracht beperkt tot 1 januari 2018.²⁶ De problematiek voor het jaar 2017 is hiermee van tafel. Voor de uitvoeringspraktijk is dat een belangrijke verlichting ten opzichte van het oorspronkelijke voorstel.

5 De antiwinstdrainagebepaling art. 10a Wet VPB 1969

5.1 Renteaftrekbepaling bij besmette rechtshandelingen

Voor het mkb zal met name de spoedreparatie met betrekking tot art. 10a van betekenis zijn. In het vervolg zal ik me tot deze bepaling beperken. Voordat ik dit onderdeel van de spoedreparatie nader toelicht zal ik eerst de hoofdlijnen van art. 10a bespreken. Het is namelijk belangrijk om de werking van deze bepaling goed in beeld te hebben.

De renteaftrek over concernschulden wordt beperkt indien die schulden dienen ter financiering van bepaalde besmette rechtshandelingen, zijnde winstuitdeling, kapitaalstorting of verwerving van een deelneming.

De hoofdregel is dat de rente over de betreffende concernschulden bij het bepalen van de winst niet in aftrek komt. Hierop is een uitzondering mogelijk als wordt voldaan aan één van de twee tegenbewijsregelingen.

5.2 De tegenbewijsregelingen

Art. 10a kent de volgende twee tegenbewijsregelingen: de dubbele zakelijkheidstoets en de compenserende heffingstoets.

Op grond van de dubbele zakelijkheidstoets blijft de beperking van de renteaftrek achterwege indien belastingplichtige aannemelijk maakt dat zowel aan de schuld als aan de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. De bewijslast ligt hier volledig bij belastingplichtige.

Op grond van de compenserende heffingstoets blijft de beperking van de renteaftrek achterwege indien belastingplichtige aannemelijk maakt dat over de rente bij degene aan wie de rente is verschuldigd per saldo een belasting wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is, tenzij de inspecteur het tegendeel aannemelijk maakt.

In verliessituaties dient de toets te worden uitgevoerd op het moment van het aangaan van de lening.

Als de crediteur op het moment van het verstrekken van de lening beschikt over te verrekenen verliezen wordt niet aan de compenserende heffingstoets voldaan.

6 De spoedreparatie met betrekking tot art. 10a Wet VPB 1969

Ten gevolge van de spoedreparatie dient art. 10a te worden toegepast als ware er geen sprake van een fiscale eenheid. De toepassing van art. 10a heeft betrekking op de rente van schulden aan verbonden partijen ten aanzien van besmette rechtshandelingen. Er zijn bij het wegdenken van de fiscale eenheid verschillende situaties denkbaar, afhankelijk van de vraag of schuld en/of rechtshandeling intern (binnen de fiscale eenheid) plaatsvinden.

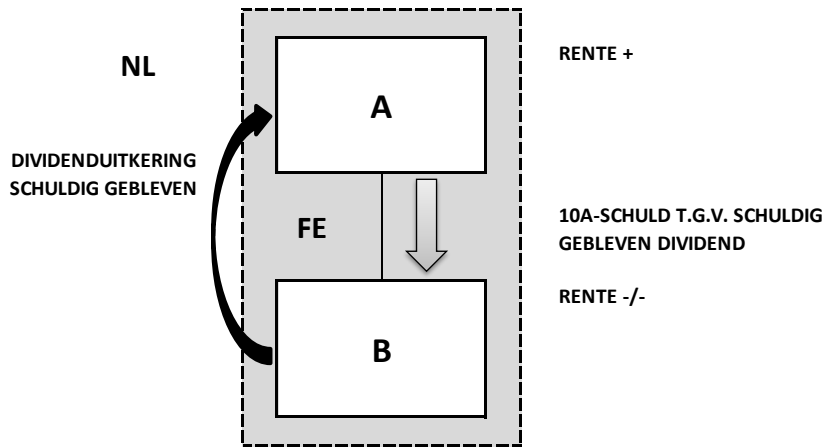
Er zijn drie situaties denkbaar:

1. Zowel de schuld als de rechtshandeling zijn intern.
2. Alleen de schuld is intern.
3. Alleen de rechtshandeling is intern.

In de memorie van toelichting worden diverse voorbeelden geschetst.²⁷ Onderstaand treft u voorbeelden aan van de drie bovengenoemde situaties, waarbij de fiscale eenheid door middel van een stippelijntje is aangegeven. Het commentaar volgt daarna.

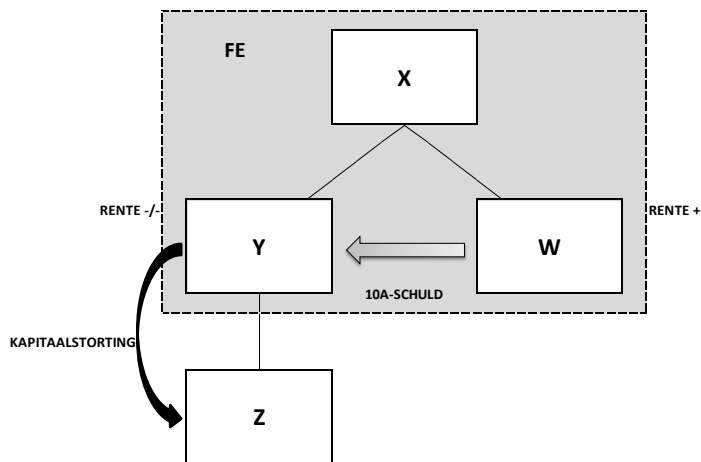
Voorbeeld 1: schuldig gebleven dividenduitkering: schuld en rechtshandeling zijn beide intern

Figuur 2



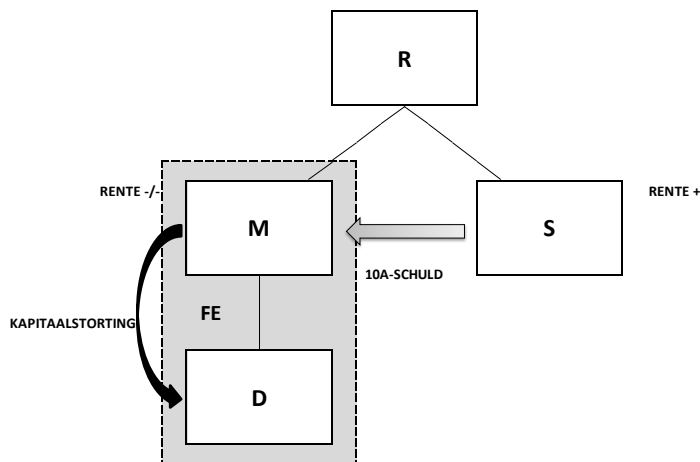
Voorbeeld 2: externe kapitaalstorting gefinancierd met een interne schuld: alleen schuld is intern

Figuur 3



Voorbeeld 3: interne kapitaalstorting gefinancierd met een externe schuld: alleen rechtshandeling is intern

Figuur 4



Commentaar

De werking van de spoedmaatregel

Op basis van het voorgestelde art. 15 lid 16 eerste volzin Wet VPB 1969 dient de fiscale eenheid te worden weggedacht voor de toepassing van art. 10a. Als gevolg daarvan wordt in de voorbeelden 1 en 2 de art. 10a-schuld zichtbaar. In voorbeeld 3 wordt de schuld getransformeerd in een art. 10a-schuld doordat de kapitaalstorting zichtbaar wordt en blijkt dat de schuld verband houdt met een besmette rechtshandeling. Op grond van art. 10a wordt de rente in beginsel van aftrek uitgesloten.

Als niet aan de tegenbewijsregeling wordt voldaan zal op grond van art. 15 lid 16 tweede volzin Wet VPB 1969 de winst van de fiscale eenheid worden verhoogd met de renteaftrek over de art. 10a-schuld. De fiscale eenheid blijft immers gewoon bestaan, want de fiscale eenheid wordt alleen weggedacht voor de toepassing van art. 10a.

Interne schulden

Voor wat betreft de interne schulden is sprake van een bijzondere situatie, omdat er bij interne schulden geen sprake kan zijn van grondslaguitholling. De Raad van State heeft daar ook op gewezen.²⁸ Van Eijk en ook vele anderen hebben gepleit om de interne schulden buiten de spoedreparatie te laten.²⁹ De staatssecretaris heeft zich daartegen verzet, omdat hij niet uitsluit dat de per-elementbenadering ook zou kunnen gelden voor interne leningen.³⁰

In de Nota naar aanleiding van het verslag handhaaft hij dit standpunt. Zelfs als er sprake is van een interne besmette rechtshandeling en een interne schuld (zoals in voorbeeld 1) moet er gedaan worden alsof er geen sprake is van een fiscale eenheid, zodat de toetsing op dezelfde wijze plaatsvindt als bij een grensoverschrijdende casus.³¹

Bewijslast

Voor wat betreft de interne schulden geldt dat in het algemeen voldaan zal zijn aan de compenserende heffingstoets. Dit is echter niet het geval als er sprake is van voorvoegingsverliezen bij de crediteur of als er sprake is van verrekenbare verliezen bij de fiscale eenheid.³² In bovenstaand voorbeeld 2 is er dus geen sprake van compenserende heffing als crediteur W beschikt over voorvoegingsverliezen, die al bestonden ten tijde van het verstrekken van de lening.

Het wegdenken van de fiscale eenheid zonder temporele beperking kan leiden tot de vraag of bepaalde oude leningen als art. 10a-lening zouden kunnen worden gekwalificeerd. Naar aanleiding van vragen hierover heeft de staatssecretaris toegezegd dat een soortgelijke toezegging kan worden gedaan als destijds bij de invoering van art 10a. Dit betekent, dat de inspecteur zich terughoudend zal opstellen

bij het opvragen van nadere gegevens in bestaande gevallen als hij geen aanwijzingen heeft dat art. 10a van toepassing zou kunnen zijn.³³

Oplossingen

Op welke wijze kan worden voorkomen dat de renteaftrek op basis van art. 10a zal worden beperkt?

De volgende mogelijkheden kunnen worden genoemd:

- aflossing van de schuld;
- omzetting van de schuld in aandelenkapitaal;
- een juridische fusie;
- kwijtschelding van de (interne) schuld.

Onder omstandigheden kan het overigens verstandig zijn om de bestaande situatie niet aan passen. Dit kan het geval zijn bij schuldig gebleven dividenduitkeringen op basis van een constante dividendpolitiek. Dergelijke dividenduitkeringen hebben vaak plaatsgevonden om het risicodragend vermogen te beperken en om aldus ook de aansprakelijkheid te beperken. Fiscale motieven spelen daarbij geen enkele rol.

7 Een nieuwe toekomstbestendige concernregeling

De spoedreparatie zal de EU-risico's vermoedelijk niet geheel uitsluiten. Gelet hierop zal de spoedreparatie binnen afzienbare tijd worden opgevolgd door een concernregeling die – uitvoeringstechnisch en juridisch – toekomstbestendig is.³⁴ Hierbij lijkt een eind te komen aan de consolidatiegedachte en dit gegeven leidt tot discussie in de doctrine. Er zijn voorstanders om de fiscale eenheid met de consolidatiegedachte te handhaven.³⁵ Anderzijds zijn er ook voorstanders van een nieuwe concernregeling.³⁶

Na het verschijnen van de onzakelijke-leningarresten heb ik een pleidooi gehouden voor een systeem van verliesoverheveling naast de fiscale eenheid.³⁷ Een dergelijke regeling van verliesoverheveling zou de problematiek van de onzakelijke leningen aanzienlijk reduceren.³⁸

Als afscheid zal worden genomen van de consolidatiegedachte van de fiscale eenheid dan zal de reorganisatiefaciliteit van de fiscale eenheid vervallen. Dat is een nadeel. Tegenover dit nadeel zouden de voordelen van een regeling van horizontale verliescompensatie wel eens groter kunnen zijn, met name als die regeling zou gelden voor een deelnemingspercentage van 50% of 75% en tegelijkertijd de liquidatieverliesregeling zou worden gemoderniseerd.

8 Conclusies

- De Hoge Raad heeft op 19 oktober 2018 de per-elementbenadering geaccepteerd, terwijl die benadering in de jaren 2011 en 2012 werd verworpen. Als gevolg daarvan is het fiscale-eenhedsregime niet EU-proof.
- Voor de staatssecretaris is dit aanleiding geweest om actie te ondernemen door middel van de spoedreparatie fiscale eenheid.
- De spoedreparatie is met name bedoeld voor internationale bedrijven om te voorkomen dat zij een beroep kunnen doen op de per-elementbenadering, maar de regeling geldt ook voor nationaal opererende bedrijven.
- De regeling is verzacht door een tijdelijke overgangsmaatregel met betrekking tot art.10a, waarbij voor bepaalde situaties onder bepaalde voorwaarden een drempel geldt van € 100.000. Het verdient aanbeveling deze regeling ook te laten gelden voor de jaren na 2018.
- De regeling is eveneens verzacht door de terugwerkende kracht te beperken tot 1 januari 2018 in plaats van het eerdergenoemde tijdstip 25 oktober 2017 11.00 uur.
- Interne leningen blijven onderdeel uitmaken van de spoedreparatie van art.10a, omdat volgens de staatssecretaris de toetsing in binnenlandse verhoudingen op dezelfde wijze dient plaats te vinden als in grensoverschrijdende situaties.
- Volgens A-G Wattel is het EU-rechtelijk mogelijk om antiwinstdrainage-bepalingen – onder bepaalde voorwaarden – alleen toe te passen op grensoverschrijdende situaties.

Het zou voor binnenlandse bedrijven een welkome aanpassing van art. 10a zijn als daarin een onderscheid zou worden gemaakt tussen binnenlandse kapitaalstortingen en grensoverschrijdende kapitaalstortingen.

- Een nieuwe toekomstbestendige concernregeling zou tot een gunstiger regime kunnen leiden dan het huidige fiscale-eenheidsregime.

Noten

- ¹ Brief staatssecretaris 25 oktober 2017, kenmerk 2017-0000204271.
- ² HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1968.
- ³ Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 7.
- ⁴ HvJ EU 25 februari 2010, nr. C-337/08.
- ⁵ Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 3, p. 2.
- ⁶ HvJ EU 2 september 2015, ECLI:EU:C:2015:524.
- ⁷ HvJ EU 6 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:661.
- ⁸ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350.
- ⁹ HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1969.
- ¹⁰ HvJ EU 22 februari 2018, ECLI:EU:C:2018:110.
- ¹¹ HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1968.
- ¹² Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 3, p. 3.
- ¹³ HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1968, rechtsoverwegingen 2.5 t/m 2.7.
- ¹⁴ A-G Wattel, Nadere conclusie 8 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:624.
- ¹⁵ J. Bellingwout, Position paper t.b.v. verslag wetsvoorstel Wet Spoedreparatie fiscale eenheid d.d. 12 juli 2018, p. 4.
- ¹⁶ Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 7, punt 2.1.
- ¹⁷ F.M.A.M van Merrienboer, 'De positie van het MKB in het spanningsveld van het Europese en het Nederlandse belastingrecht', *V-N* 2015/1.
- ¹⁸ Brief staatssecretaris 25 oktober 2017, kenmerk 2017-0000204271, p. 4.
- ¹⁹ E.J.W. Heithuis, 'Per-elementbenadering in de fiscale eenheid en de spoedreparatie', *FED* 2018/44.
- ²⁰ Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 3, p. 3.
- ²¹ Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 7, p. 29.
- ²² F.M.A.M. van Merrienboer, 'Spoedreparatie fiscale eenheid en "Vpb-light"', *WFR* 2017/7219, p. 1524-1525. Reactie Register Belastingadviseurs inzake de aangekondigde spoedmaatregelen inzake de fiscale eenheid, 17 januari 2018. Adjay Pahladsingh en Patrick van den Heuvel, 'Spoedreparatie fiscale eenheid Vpb: leg de rekening niet bij het mkb!', *Het Register* 2018/nr. 2, p. 10-14.
- ²³ *V-N* 2018/ 24.14 Tijdelijke overgangsmaatregel ter verzachting spoedreparatiemaatregelen fiscale eenheid (art. 10a Wet VPB 1969).
- ²⁴ Reactie Register Belastingadviseurs inzake wetsvoorstel 34 959, Wet spoedreparatie fiscale eenheid, 10 juli 2018.
- ²⁵ Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 7, punt 3.1.
- ²⁶ Brief staatssecretaris 15 oktober 2018, Kamerstukken 2018/19, 35 000, nr. 72 en Brief staatssecretaris 26 oktober 2018, met kenmerk 2018-0000177118, inzake nota's van wijziging naar aanleiding van heroverweging pakket vestigingsklimaat, bijlage 5: Nota van wijziging Wet spoedreparatie fiscale eenheid.
- ²⁷ Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 3, p. 11-13.
- ²⁸ Kamerstukken II 2017/18, 34 959, nr. x, par. 2.b.
- ²⁹ G.I. van Eijk, 'De spoedreparatiemaatregelen in de Wet Vpb: over 10a Wet Vpb en "interne Leningen"', *WFR* 2018/7238, p. 594 t/m 601.
- ³⁰ Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 3, p. 10.
- ³¹ Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 7, punt 3.1.
- ³² Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 3, p. 14.
- ³³ Kamerstukken II 2018/19, 34 959, nr. 7, punt 3.1.
- ³⁴ Brief van 22 februari 2018, met kenmerk 2018-0000023737.
- ³⁵ Q.W.J.C.H.Kok en R.J. de Vries, 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2018/7227 p. 240-268. Prof. dr. Bouwman, 'Geen afschaffing van de consolidatie in de fiscale eenheid', *NDFR* 41/2292.

-
- ³⁶ E.J.W. Heithuis, 'Het einde van de fiscale eenheid Vpb in zicht!', *WFR* 2015/7120, p. 1348-1352. G.J.W.M. Kampschoër, 'Een ander geluid; geen "old school"-fiscale eenheid meer', *WFR* 2018/7238 p. 592-593
- ³⁷ F.M.A.M. van Merrienboer, Onzakelijke leningen in concernverband, *WFR* 2012/6956, p. 739-746.
- ³⁸ W. Vennix, 'Nieuw besluit aanmerkelijk belang: geen abc'tje!', *Het Register* 2018/nr. 5, p. 17. Hij kwalificeerde onlangs het leerstuk van de onzakelijke lening als een 'draak van een leerstuk'. Wat mij betreft een terechte kwalificatie.