



# Parlement en Wetenschap

## FACTSHEET SPOEDREPARATIE FISCALE EENHEID (WV. 34.959)

Deze factsheet is tot stand gekomen in het kader van de samenwerking tussen de Tweede Kamer, de KNAW, NWO, VSNU en de Jonge Akademie.

Auteurs: Prof. dr. J.W. Bellingwout, Vrije Universiteit

5 juli 2018

### Inleidend

Graag ga ik hieronder in op de door de Kamercommissie voor Financiën van de Tweede Kamer gestelde vragen, zoals verwoord in de van NWO ontvangen e-mail van 18 juni 2018 en welke vragen aan mij gesteld zijn als hoogleraar Vennootschapsbelasting aan de Vrije Universiteit, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Afdeling Notarieel en Fiscaal Recht. Voor de goede orde herhaal ik kort de gestelde vragen. De meer algemene vragen betreffen de juridisch-fiscale en fiscaal-technische aspecten en haken en ogen van het wetsvoorstel, de uitvoerbaarheid en de gevolgen. De meer bijzondere vragen zien op mogelijk andere EU-rechtelijke kwetsbaarheden in de vennootschapsbelasting die aanleiding kunnen geven tot belastingderving, de gevolgen van het wetsvoorstel voor mogelijk andere gebruikte belastingconstructies en vormen van belastingontwijking, alsmede de vraag naar alternatieve oplossingen en naar de toekomst van de fiscale eenheid.

Hieronder ga ik eerst in op de algemene vragen (par. 1 t/m 4). De meer bijzondere vragen komen daarna aan bod (par 5).

### 1. Haastige spoed

Op zijn laatste dag in functie als staatssecretaris van Financiën heeft dhr. Wiebes, op 25 oktober 2017, met terugwerkende kracht tot deze datum, 11.00u, in kennelijke paniek een spoedreparatiemaatregel aangekondigd ter voorkoming van een vermeend lek in de vennootschapsbelasting. Het is niet eerder vertoond in de fiscaliteit dat zo'n ingrijpende maatregel met terugwerkende is afgekondigd op basis van een conclusie van een Advocaat-Generaal, derhalve zonder de einduitspraak af te wachten. Dit betekende vanaf dat moment dat alle 300.000 in fiscale eenheid gevoegde entiteiten rekening moesten houden met twee vennootschapsbelastingregimes: het huidige regime, voor het geval de einduitspraak niet in het voordeel van de belastingplichtige zou zijn, en het aangekondigde regime, waarvan de contouren wel waren geschetst maar de details op dat moment (en in zekere mate ook op dit moment) nog niet. Een dergelijke voorwaardelijke terugwerkende kracht acht ik onacceptabel uit een oogpunt van rechtszekerheid, van vereiste kenbaarheid van wetgeving en uit een oogpunt van een betrouwbare overheid. Partijen die tijdens fiscale eenheid (vóór 25 oktober, 11.00u, 2017) transacties zijn aangegaan, worden achteraf (indien de voorgestelde wetgeving doorgang vindt) geconfronteerd met - in sommige gevallen zeer nadelige financiële - gevolgen die zij bij het aangaan van die transactie niet voor mogelijk hadden gehouden en die zij zelf niet met terugwerkende kracht ongedaan kunnen maken.

Het uiteindelijke wetsvoorstel is ingediend op 6 juni 2018, onder verwijzing naar de uitspraak van het HvJ EU van 22 februari 2018 in de betreffende kwestie, waarin het Hof, zoals door de staatssecretaris was verwacht, besliste in het voordeel van de belastingplichtige. Kennelijk zag de staatssecretaris van Financiën de uitspraak van het HvJ EU als definitieve vaststelling van de aanwezigheid van een lek. Daarbij is echter geen rekening gehouden met het feit dat de Nederlandse Hoge Raad de uitspraak van het Hof nog moet vertalen naar en toepassen op de concrete casus die voorligt en in het kader waarvan de Hoge Raad abstracte fiscaal juridische prejudiciële (rechts)vragen had voorgelegd aan het Hof.

Het is wederom een conclusie van een Advocaat-Generaal die de ontwikkelingen op scherp zet. Op 25 juni jl. opinieerde Advocaat-Generaal Wattel dat de Hoge Raad alsnog de belastingplichtige in het ongelijk moet stellen ten aanzien van de door de belastingplichtige veronderstelde onverenigbaarheid van het fiscale eenheid regime met het Europese vrije vestigingsrecht. Kort en bondig geformuleerd door de A-G (punt 1.15):

*“belanghebbendes beroep op EU-recht moet afgewezen worden omdat geen sprake is van discriminatie ten opzichte van het vergelijkbare binnenlandgeval”.*

Het is niet denkbeeldig dat de Hoge Raad deze conclusie volgt, gelet op de waterdichte redenering van deze A-G met indrukwekkende staat van dienst. Indien de Hoge Raad de opinie van de A-G volgt, is geen sprake van een dreigend lek in de vennootschapsbelasting en ontvalt elke grond aan invoering van het zwaar bekritiseerde onderhavige wetsvoorstel. Mijn eerste conclusie luidt derhalve dat het wetsvoorstel te vroeg is ingediend. Verdere parlementaire behandeling is slechts zinvol indien het eindoordeel van de Hoge Raad bekend is. Het wetsvoorstel dient derhalve te worden aangehouden.

## 2. Verdere druk op de terugwerkende kracht

De onduidelijkheid òf sprake is van een lek zet extra druk op de aan het wetsvoorstel klevende terugwerkende kracht. Deze was al *‘unprecedented’* vanwege het voorwaardelijke karakter van de aangekondigde wetgeving. Het is wezenlijk anders indien de wetgever meteen reageert op een voor de Staat nadelig arrest met een onvoorwaardelijke aankondiging van reparatiewetgeving ingaande per de datum van het arrest, dan de situatie die nu voorligt en waarin wetgeving met terugwerkende kracht is aangekondigd, maar waarvan de invoering afhankelijk is gesteld van een nog uit te spreken rechterlijk oordeel, met als gevolg dat - zolang die onzekere voorwaarde (de rechterlijke uitspraak) niet is vervuld - van belastingplichtigen wordt verlangd dat zij tegelijkertijd met twee verschillende regimes rekening houden.

Tevens verzwakt de onduidelijkheid ten aanzien van het bestaan van een lek de inhoudelijke rechtvaardiging voor toepassing van het omstreden middel van terugwerkende kracht. Als het zo onduidelijk is of er inderdaad een lek is, kunnen belastingplichtigen daar ook niet op voorsorteren en valt het naar mag worden aangenomen mee met de dreiging van significant te derven belastingontvangsten. Van praktische aard is tot slot de logische veronderstelling dat de aankondiging omtrent terugwerkende kracht haar afschrikwekkende effect al heeft gesorteerd en belastingplichtigen derhalve niet hebben voorgesorteerd op het benutten van een lek in deze periode van 25 oktober 2017 tot heden.

Deze aspecten roepen de vraag op of - ook bij het aanhouden van het wetsvoorstel in afwachting van de einduitspraak van de Hoge Raad (zie boven) – niet recht kan worden gedaan aan het rechtzekerheidsbeginsel en reeds nu kan worden besloten om de terugwerkende kracht tot 25 oktober 2017 uit het wetsvoorstel te verwijderen en te vervangen door een datum van inwerkingtreding die niet eerder ligt dan de datum waarop de Hoge Raad (indien hij dat zou doen in afwijking van de conclusie van A-G Wattel) de aanwezigheid van een Europeesrechtelijk ‘lek’ in de vennootschapsbelasting bevestigt.

## 3. Teveel stappen in één keer

De procedure voor de Hoge Raad (en daarmee ook het geschil waarover het HvJ EU zich heeft uitgelaten) betreft de aftrekbaarheid van rente in de context van de wisselwerking tussen artikel 10a Vpb en het fiscale eenheid regime van art. 15 Vpb. Het wetsvoorstel sorteert voor op een EU-strijdigheid van deze wisselwerking en repareert dit bij voorbaat door het bestaan van een fiscale eenheid voor toepassing van artikel 10a te negeren. Daar blijft het echter niet bij. Het wetsvoorstel trekt deze lijn (het negeren van de fiscale eenheid) door naar andere bepalingen in de vennootschapsbelasting (art. 13, 13l, 20a) waarin zich naar de mening van de staatssecretaris wellicht ook een mogelijke EU-strijdigheid kan voordoen in combinatie met het fiscale eenheid regime. Het is echter hoogst discutabel dat een uitkomst in deze 10a-procedure één op één kan worden geëxtrapoleerd naar deze andere bepalingen. A-G Wattel betoogt in zijn recente conclusie op overtuigende wijze dat de uitkomst van

deze procedure in grote mate wordt bepaald door de specifieke aspecten van art. 10a. Het nu reeds doortrekken van (de overigens nog onzekere) uitkomsten in deze procedure naar de genoemde andere wetsartikelen is voorbarig en vormt in mijn ogen 'overkill'. Over al deze bepalingen zal eerst moeten worden geprocedeerd voordat duidelijk is of inderdaad sprake is van een EU-strijdigheid van deze bepalingen in de wisselwerking met het regime van de fiscale eenheid. Daarop nu reeds een voorschot nemen met voor belastingplichtigen zeer belastende wetgeving, acht ik niet zorgvuldig en geen blijk geven van een objectieve afweging tussen de belangen van belastingplichtigen en die van de staat/schatkist.

#### 4. Babylonische spraakverwarring

Het grootste bezwaar van het onderhavige wetsvoorstel is dat de spoedreparatie plaatsvindt op het verkeerde onderdeel van de vennootschapsbelasting, nl. met een ingrijpende aanpassing en beknotting van het fiscale eenheid regime<sup>1</sup>. Deze route is gekozen op basis van het uitgangspunt dat dit regime op onderdelen ('per element') bezien strijdig is het met het EU-recht en dat dit veroorzaakt wordt door het feit dat een binnenlandse dochtermaatschappij wel kan worden gevoegd in een fiscale eenheid en een buitenlandse dochtermaatschappij (in beginsel) niet, met als gevolg dat bepalingen zoals art. 10a voordeliger uitwerken in binnenlandse dan in grensoverschrijdende situaties. A-G Wattel laat overtuigend zien dat het verschil in behandeling tussen binnen- en buitenlandse situaties niet veroorzaakt door de wisselwerking tussen art. 10a en het regime van de fiscale eenheid, maar reeds besloten ligt in art. 10a zelf.

De door de indiener van het onderhavige wetsvoorstel gevoelde druk op het regime van de fiscale eenheid is het gevolg van een Babylonische spraakverwarring, hetgeen A-G Wattel in zijn conclusie (punt 1.15) kernachtig verwoordt als

*“de onoverzichtelijkheid die thans ontstaan is als gevolg van een verkeerd antwoord, op basis van verkeerde veronderstellingen, op een verkeerde vraag”<sup>2</sup>*

en verderop in zijn conclusie (punt 1.24) in niet mis te verstane bewoordingen duidt als

*“uw onfortuinlijke gerichtheid op de (...) problematiek van de fiscale eenheid en (...) de Luxemburgse misslagen ter zake van de feiten en het recht”.*

De basis voor de redenering van de A-G zal ik hierna vereenvoudigd in eigen woorden en vanuit mijn eigen visie op deze zaak weergeven.

Art. 10a beoogt het op gekunstelde wijze omzetten van eigen in vreemd vermogen tegen te gaan in situaties waarin de aldus gecreëerde rentelast de Nederlandse belastinggrondslag uitholt. Denk aan het uitkeren van winstreserves in de vorm van dividend dat meteen weer van de aandeelhouder wordt terug geleend. De belastingplichtige had in dat geval kennelijk een financieringsbehoefte en economisch gezien ligt het dan niet voor de hand om eigen vermogen (dividend) uit te keren en over te stappen van een financiering met eigen vermogen naar een financiering met vreemd vermogen, met als gevolg dat zonder enige wijziging in activiteiten of functies de winst van die activiteiten plotseling wordt weggepoetst met een aldus ontstane rentelast. Een rentelast die er voorheen niet was en die ook niet nodig was. De rente is in dat geval niet aftrekbaar, tenzij uiteraard wel zakelijke (lees: andere dan fiscale) motieven aanwezig zijn om tot een dergelijke 'omkating' van eigen in vreemd vermogen te besluiten<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dit regime is in de vennootschapsbelasting een noodzakelijke correctie op het starre uitgangspunt dat elke vennootschap zelfstandig belastingplichtig is. Met het fiscale eenheid regime wordt recht gedaan aan het fenomeen dat vennootschappen in concernverband gezamenlijk als groep opereren. Het belasten van het groepsresultaat sluit beter aan op de economische realiteit dan het belasten van de afzonderlijke onderdelen van de groep.

<sup>2</sup> Wattel doelt hier op het antwoord van het HvJ EU en op de door de Hoge Raad aan het HvJ EU gestelde vraag.

<sup>3</sup> Ter wille van de leesbaarheid van deze bijdrage ga ik niet in op de andere mogelijkheid van tegenbewijs: compenserende heffing ten aanzien van de rente bij de crediteur.

Hetzelfde geldt voor een kapitaalstorting in een *buitenlandse* dochtermaatschappij, die de Nederlandse moedermaatschappij financiert met een lening vanuit de groep. Die kapitaalstorting resulteert (bij winstgevendheid van de buitenlandse dochter) in dividend aan de Nederlandse moeder dat onder de deelnemingsvrijstelling is vrijgesteld van Nederlandse vennootschapsbelasting. Dat betekent dat de rentelast bij de moeder andere, Nederlandse winst verlaagt, hetgeen in beginsel toepassing van art. 10a op deze situaties van 'base erosion' rechtvaardigt (wederom, met de mogelijkheid tegenbewijs, zoals voorzien in het derde lid). Bij een kapitaalstorting in een *binnenlandse* dochtermaatschappij - die de belastingplichtige moedermaatschappij financiert met een lening van een groepsmaatschappij - ligt dit wezenlijk anders. Met die kapitaalstorting worden door de dochtermaatschappij nieuwe ondernemingsactiviteiten opgestart, welke activiteiten nieuwe belastbare winst (in jargon: 'grondslag') in Nederland genereren.

De dochtermaatschappij had zelf ook een lening kunnen aangaan om die activiteiten op te starten. De lening valt in zo'n geval, geheel terecht, buiten de 'delictsomschrijving' van art. 10a. Het feit dat de moedermaatschappij die lening aangaat en vervolgens het geld als kapitaal aan de dochter ter beschikking stelt, maakt economisch gezien geen verschil. In deze situatie is evenmin in Nederland sprake van 'grondslaguitholling' ('base erosion'). Tegenover de renteaftrek bij de moeder staat immers belastbare winst bij de dochter. Toch valt deze laatste, binnenlandse situatie wel onder de 'delictsomschrijving' van art. 10a. Echter, er is in beginsel<sup>4</sup> geen aanleiding om art. 10a toe te passen, gelet op het uitsluitende doel van deze bepaling om 'base erosion' te bestrijden. In de huidige praktijk zal doorgaans in deze binnenlandse situaties een beroep worden gedaan op de tegenbewijsregeling (zakelijk motief, immers geen ontgaan van belasting), met als gevolg dat art. 10a *de facto* de renteaftrek niet beperkt. Het zou echter sterk de voorkeur verdienen om in de wettelijke delictsomschrijving van art. 10a zelf te verankeren, met de daarbij passende nuances<sup>5</sup>, dat geen sprake is van grondslaguitholling indien de kapitaalstorting wordt aangewend voor het genereren van in Nederland belastbare winst. Dan ligt het onderscheid binnenlandse/grensoverschrijdende kapitaalstorting voor iedereen kenbaar vast in de wet, en kan ook het HvJ EU daar niet overheen stappen. Zoals A-G Wattel in zijn conclusie aangeeft (punt 1.12), is het maken van een dergelijk onderscheid in art. 10a EU-rechtelijk geoorloofd:

*"Het HvJ EU heeft immers, in onder meer de zaken SGI, SIAT, Itelcar, en de zeer recente zaak Hornbach-Baumarkt (...) expliciet aanvaard dat lidstaten antigrondslaguithollingsmaatregelen alleen op grensoverschrijdende gevallen toepassen omdat de uitholling zich daar nu eenmaal voordoet, en niet zozeer binnenslands. Wel moet de maatregel uiteraard proportioneel zijn."*

Wattel concludeert (punt 1.23) vervolgens dat art. 10a, vanwege de mogelijkheid van tegenbewijs, aan deze proportionaliteitseis voldoet en dus als maatregel geschikt is om een dergelijk onderscheid tussen binnenlandse en grensoverschrijdende gevallen te maken.

Mijn conclusie luidt dat het onderhavige wetsvoorstel voortborduurde op een Babylonische spraakverwarring, geen fiscaal-technische grond heeft en een oplossing aan de verkeerde kant van de vennootschapsbelasting zoekt voor een niet-bestaand probleem. Het wetsvoorstel dient te worden vervangen door een wetsvoorstel waarmee art. 10a (eerste lid, onderdeel b) in die zin wordt aangepast dat het reeds in de tegenbewijsregeling van art. 10a impliciet besloten liggende onderscheid tussen binnenlandse en grensoverschrijdende kapitaalstortingen helder en EU-conform wordt vastgelegd, zodat daarmee ook wetssystematisch tot uitdrukking komt dat een dergelijke onderscheid geen verband houdt met de wisselwerking tussen art. 10a en het regime van de fiscale eenheid (en het in dit regime gehanteerde onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse dochtermaatschappijen), met als gevolg dat dit fiscale eenheid regime in haar huidige vorm kan worden behouden<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Zie voor een verwijzing naar de "uitzonderlijke omstandigheden" waaronder ook in binnenlandse situaties misbruik zich kan voordoen, de uitweiding van A-G Wattel in punt 1.21 van zijn conclusie.

<sup>5</sup> Welke nuances recht doen aan de in voorgaande voetnoot aangehaalde 'uitzonderlijke omstandigheden'.

<sup>6</sup> Voor diegenen die zich afvragen waarom dit voorstel wel op kapitaalstortingen in bestaande dochtermaatschappijen ziet maar niet op de verwerving van dochtermaatschappijen, wijs ik graag op de korte uiteenzetting van A-G Wattel in punt 1.9: "Bij een verwerving van een vennootschap kan het risico van grondslaguitholling inderdaad als gelijk beschouwd worden in grensoverschrijdende en interne gevallen: in beide gevallen worden vrijgestelde winsten gekocht, gefinancierd met een lening van een niet-ingezeten groepsvennootschap bij wie onvoldoende heffing tegenover de aldus in Nederland gecreëerde renteaftrek kan staan. Maar die gevallen worden ook gelijk behandeld, zodat daar geen EU-rechtelijk probleem bestaat." Deze gelijke behandeling wordt niet doorkruist door het regime van de fiscale eenheid.

## 5. Overige vragen

### *Uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel*

Gelet op het voorgaande ga ik niet in op de gestelde vragen inzake uitvoerbaarheid. Gaarne verwijs ik naar de ernstige signalen die reeds zijn afgegeven door de Belastingdienst en de Raad van State.

### *Gevolgen van het wetsvoorstel*

Indien het wetsvoorstel doorgang vindt, zijn de gevolgen ernstig. De terugwerkende kracht leidt tot onverwachte belasting ‘*exposures*’ die niemand had verwacht of had kunnen voorzien, en vormt daarmee een grote inbreuk van op de wet gebaseerde gerechtvaardigde verwachtingen van belastingplichtigen. Dit geldt a fortiori omdat het wetsvoorstel ook een inbreuk maakt op de consolidatiegedachte van de fiscale eenheid. Binnen een fiscale eenheid vallen onderlinge vorderingen en schulden en daarmee op rentebaten en –lasten ter zake van die vorderingen en schulden tegen elkaar weg. Van grondslaguitholling waar art. 10a zich tegen richt kan dan geen sprake zijn. Het wetsvoorstel doorbreekt dit, zonder dat het arrest van het HvJ EU daartoe aanleiding geeft. Voor de toekomst betekent het wetsvoorstel een aanzienlijke inbreuk op de in par. 1 hierboven aangegeven broodnodige correctie op het systeem van de vennootschapsbelasting. Tevens leidt het tot aanzienlijke lastenverzwaring in verband met de hoge mate van complexiteit waartoe het fictief wegdenken van de fiscale eenheid in de context van de door het wetsvoorstel bestreken anti-misbruikbepalingen leidt.

### *Mogelijk andere EU-rechtelijke kwetsbaarheden in de vennootschapsbelasting die aanleiding kunnen geven tot significante belastingderving*

Zoals hierboven aangegeven, mede onder verwijzing naar de recente conclusie van A-G Wattel, is reeds in het onderhavige geval aannemelijk dat geen sprake is van een EU-rechtelijk gat dat in de vennootschapsbelasting wordt geslagen.

### *De gevolgen van het wetsvoorstel voor mogelijk andere gebruikte belastingconstructies en vormen van belastingontwijking en alternatieve oplossingen*

Graag verwijs ik naar het bovenstaande (par. 4), waarin ik betoog dat (i) het onderhavige wetsvoorstel dient te worden ingetrokken en (ii) de bestrijding van ‘base erosion’ met art. 10a een helder en wettelijk afgebakend, ‘EU-proof’ onderscheid verlangt tussen binnenlandse en grensoverschrijdende kapitaalstortingen.

### *De toekomst van de fiscale eenheid*

Indien bovenstaand pleidooi wordt opgevolgd, kan het goed functionerende regime van de fiscale eenheid worden behouden en ontvalt derhalve ook de noodzaak om na de spoedreparatie met een conceptuele herziening van het fiscale eenheid regime nog dieper in te grijpen in het systeem van de vennootschapsbelasting.

*Disclaimer: De Jonge Akademie, KNAW, NWO en VSNU bemiddelen tussen parlementaire kennisvraag en wetenschappelijk kennisaanbod. De informatie in het kader van Parlement en Wetenschap is afkomstig van vooraanstaande wetenschappers, maar niet onderworpen aan peer review en niet door de wetenschapsorganisaties geverifieerd.*