



Parlement en Wetenschap

FACTSHEET SPOEDMAATREGEL FISCALE EENHEID

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.mr. D.S. Smit (Tilburg University; tevens EY)

6 juli 2018

Centrale vraagstelling

- Verplicht het EU-recht tot aanpassing van de fiscale eenheidsregeling in de Wet VPB 1969?
- Wat betekent de voorgestelde “Wet spoedreparatie fiscale eenheid” voor het Nederlandse bedrijfsleven?
- Welke alternatieven zijn er en wat zijn de voor- en nadelen?

Heffing Nederlandse vennootschapsbelasting per juridische entiteit

In Nederland worden ondernemingswinsten belast op *standalone* basis. Dat betekent dat de belastingheffing plaatsvindt bij de juridische entiteit die de winst heeft gemaakt.

Grotere bedrijven oefenen hun ondernemingsactiviteiten vaak uit via afzonderlijke groepsvennootschappen. Voor deze groeps- of concernvorming bestaan allerlei bedrijfseconomische, organisatorische en juridische redenen. Ondanks het bestaan van afzonderlijke groepsvennootschappen, is er in deze gevallen economisch gezien nog steeds sprake van één onderneming.

Het juridische uitgangspunt van *standalone* belastingheffing staat haaks op deze economische realiteit. Elke afzonderlijke groepsvennootschap moet apart belastingaangifte doen. Verliezen en winsten binnen de groep zijn daarbij onderling niet te verrekenen. En voor alle transacties en rechtsverhoudingen binnen de groep moeten afzonderlijk de fiscale gevolgen worden bepaald.

Keuze voor geconsolideerde heffing bij Nederlandse concerns

De wetgever vindt dit onwenselijk. Daarom bestaat de fiscale eenheidsregeling. Het belangrijkste kenmerk van deze regeling is, dat de Nederlandse onderdelen van een concern als één geheel worden gezien. Er vindt een geconsolideerde heffing plaats bij de Nederlandse top van het concern. Op deze manier ontstaat er rechtsvormneutraliteit.

De fiscale eenheid is in principe voor elk Nederlands belastingplichtig bedrijf toegankelijk. Wel moet aan bepaalde voorwaarden worden voldaan. De belangrijkste daarvan is dat sprake is van een concern. Hiervan is, kort gezegd, sprake bij een onderlinge aandeelhoudersband van minimaal 95%. Verder dienen de groepsmaatschappijen vooraf een gezamenlijk verzoek in te dienen bij de fiscus. Buitenlandse concernonderdelen die niet onder de Nederlandse vennootschapsbelasting vallen, kunnen geen deel uitmaken van een fiscale eenheid.

Fiscale eenheidsregeling brengt veel voordelen met zich mee

De fiscale eenheidsregeling brengt allerlei voordelen met zich mee. Eén daarvan is administratieve vereenvoudiging; er is slechts één aangifte vereist. Een ander voordeel is dat verliezen en winsten binnen het concern onderling tegen elkaar kunnen worden afgezet. Verder zijn transacties verricht binnen de groep fiscaal niet langer relevant. Hierdoor hoeft er bijvoorbeeld op deze transacties geen winst te worden genomen.

Bepaalde nadelen

De fiscale eenheidsregeling kent ook nadelen. Zo kunnen tariefsvoordelen of drempelvrijstellingen binnen de groep nog maar één keer benut worden. Daarnaast ontstaat er hoofdelijke aansprakelijkheid voor belastingschulden binnen de groep. Om verder de fiscale sfeerovergang bij voeging en ontvoeging in juiste banen te leiden, gelden er specifieke toegangs- en exitbepalingen. Deze bepalingen kunnen – zowel financieel als administratief – belemmerend uitpakken.

De fiscale eenheidsregeling vormt daarom een *package deal* die zowel voor- en nadelen bevat.

Het arrest X BV: Hof van Justitie EU schiet gat in fiscale eenheidsregeling

Op 22 februari 2018 heeft het Hof van Justitie EU in de zaak X BV (C-398/16) een gat geschoten in de fiscale eenheidsregeling. Het Hof besliste dat voor elk specifiek voordeel van de fiscale eenheidsregeling bepaald moet worden of dat voordeel beperkt mag worden tot binnenlandse situaties. In de zaak X BV ging het om een specifieke renteaftrekbeperking die kunstmatige winstverlaging in Nederland wil voorkomen. Door in binnenlandse situaties een fiscale eenheid aan te gaan, is deze aftrekbeperking in veel gevallen in binnenlandse situaties niet langer meer van toepassing. Dit betekent dat men vooral in grensoverschrijdende situaties tegen de renteaftrekbeperking aanloopt. Het Hof van Justitie EU oordeelde dat dit een verboden discriminatie oplevert. De zaak ligt nu weer bij de Nederlandse Hoge Raad, die de zaak nu moet af doen.

Veel kritiek op arrest

Vanuit de fiscale wetenschap en rechtspraak is er veel kritiek gekomen op het arrest.¹ Het Hof gaat er bijvoorbeeld aan voorbij dat kunstmatige winstverlaging zich in puur binnenlandse gevallen niet of nauwelijks kan voordoen. Het is dan ook logisch dat de renteaftrekbeperking in die gevallen niet van toepassing is. Verder doorbreekt het Hof het evenwicht van de fiscale eenheidsregeling. Het grensoverschrijdend opererende bedrijfsleven kan de voordelen van de regeling inroepen, maar de nadelen aan zich voorbij laten gaan. Dit werkt *cherry picking* in de hand. Dit laatste heeft uiteindelijk tot gevolg dat het grensoverschrijdend opererende bedrijfsleven beter af is dan het binnenlandse bedrijfsleven. Voor de laatste groep blijft de regeling namelijk een *package deal* met voor- en –nadelen.

Recent A-G advies aan de Hoge Raad om niet onverkort te volgen

Op 8 juni 2018 heeft Advocaat-Generaal Wattel opnieuw conclusie genomen in de zaak X BV. Het advies aan de Hoge Raad is om de beslissing van het Hof van Justitie EU niet onverkort op te volgen. Volgens de A-G is er sprake van een verkeerd antwoord, op basis van verkeerde veronderstellingen, op een verkeerd gestelde vraag. Volgens de A-G kan de Hoge Raad de zaak beslissen door ofwel de belastingplichtige in het ongelijk stellen, ofwel de zaak terug te verwijzen naar het Gerechtshof. Het Gerechtshof zou vervolgens op basis van de feiten moeten onderzoeken of er sprake is van ongeoorloofde winstverlaging in de zin van de genoemde renteaftrekbeperking.

Daarom voorsnog veel onduidelijkheid; mogelijk storm in een glas water

Al met al roept het arrest in de zaak X BV veel vragen op. Lagere rechtspraak laat inmiddels zien dat een beroep op de benadering uit het X BV arrest in andere situaties lang niet altijd wordt geaccepteerd².

¹ Zie voor een overzicht o.a.: A-G Wattel in zijn nadere conclusie van 8 juni 2018, 15/00194 bis, punt 4.5 e.v.; < <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:PHR:2018:624&showbutton=true>>.

² Zie Rechtbank Noord-Holland 25 april 2017, nr. AWB 15/2744, r.o. 14-15; < <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBNHO:2017:4153>>; Rechtbank Noord-Holland 1 december 2017, AWB 15/3265, r.o. 76 e.v.; < <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBNHO:2017:11359>>.

Bovendien maakt het Hof van Justitie EU in de X BV zaak een mogelijke uitzondering voor voordelen die inherent zijn aan de fiscale eenheidsregeling. Potentieel is de benadering in het arrest in de zaak X BV daarom beperkt tot uitzonderingssituaties.

Gelet op alle onduidelijkheid is het op dit moment lastig te voorspellen of het Hof andere wettelijke bepalingen in combinatie met de fiscale eenheidsregeling ook als discriminerend zal aanmerken. Niet valt uit te sluiten dat de benadering in de zaak X BV een uitzonderingsgeval betreft. Mogelijk is dus sprake van een storm in een glas water. Het is daarom vooralsnog onzeker of, en zo ja, in hoeverre het EU-recht verplicht tot aanpassing van de fiscale eenheidsregeling.

Wetgever kiest niettemin voor zekerheid: versobering van de fiscale eenheidsregeling

Op 6 juni 2018 is het wetsvoorstel “Wet spoedreparatie fiscale eenheid” gepubliceerd. Het doel van deze tijdelijke wet is om de (mogelijke) nadelige gevolgen van het arrest in de zaak X BV voor de Nederlandse schatkist te beperken. Voor de toepassing van een aantal specifieke wettelijke bepalingen moet de fiscale eenheid voortaan worden weggedacht. Het voorstel komt neer op een versobering van de fiscale eenheidsregeling. Volgens de Staatssecretaris van Financiën wordt hiermee de ongelijke behandeling van het grensoverschrijdende bedrijfsleven ten opzichte van het binnenlands opererende bedrijfsleven weggenomen. De reparatiemaatregel werkt terug tot 25 oktober 2017, 11:00u en zal vanaf dat moment op alle bestaande en toekomstige concernstructuren van toepassing worden.

De Staatssecretaris erkent dat de Europese rechtspraak nog niet is uitgekristalliseerd. Niettemin kiest hij met het voorstel voor zekerheid. Hierdoor gaat de maatregel echter (potentieel veel) verder dan strikt noodzakelijk; er wordt (in ieder geval deels) iets gerepareerd dat geen reparatie behoeft.

Wijziging raakt bestaande en toekomstige concernstructuren in meerdere opzichten

Als gevolg van de spoedreparatiemaatregel zal de fiscale eenheidsregeling voor het Nederlandse bedrijfsleven (klein, medium & groot) een stuk ingewikkelder worden. Bovendien kan de maatregel vanwege de terugwerkende kracht acuut tot onvoorziene (en mogelijk grote) administratieve en financiële lasten leiden. Verder is de voorgestelde maatregel technisch uiterst complex en is de toelichting bij het voorstel uiterst summier. De verwachting is daarom dat de maatregel tot veel discussie zal leiden met de fiscus met veel onzekerheid als gevolg. Bovendien is vanuit de zijde van de belastingdienst inmiddels aangegeven dat de maatregel naar verwachting tijdelijk deels niet uitvoerbaar zal zijn.

De maatregel heeft verder ook gevolgen voor fiscale eenheden die onderdeel uitmaken van internationale structuren, zoals de zogeheten BV1-BV2 structuur. Er is onzekerheid of deze structuren nog wel het beoogde voordeel opleveren.

Draagt niet bij aan belastingontwijking

De maatregel draagt in ieder geval niet bij aan belastingontwijking. De fiscale eenheidsregeling wordt juist minder aantrekkelijk. Wel doet de Staatssecretaris van Financiën zelf in de toelichting op het wetsvoorstel een aantal suggesties voor het binnenlandse bedrijfsleven om aan de maatregel te ontsnappen. Zo kunnen groepsmaatschappijen besluiten om juridisch te fuseren. Verder zou de gedeeltelijke niet-uitvoerbaarheid door de fiscus calculerend gedrag door het bedrijfsleven in de hand kunnen werken.

Toekomst van de fiscale eenheid? Mogelijke beleidsopties

Gegeven de onzekerheid die het arrest in de zaak X BV heeft veroorzaakt, is de vraag: welke beleidsopties zijn er om aan de onzekerheid een einde te maken? In ieder geval een viertal opties zijn denkbaar. Hierna worden de contouren hiervan geschetst en beoordeeld aan de hand van de volgende *benchmarks*:

- 1 Beperkte budgettaire impact
- 2 Beperkte impact voor het binnenlands opererend bedrijfsleven
- 3 Beperkte EU-rechtelijke kwetsbaarheid
- 4 Proportionaliteit (geen overkill gezien vanuit het doel om de budgettaire gevolgen van het X BV arrest te beperken)
- 5 Rechtsvormneutraliteit (regeling blijft dicht bij het doel van de fiscale eenheid)
- 6 Geen risico op negatieve internationale uitstralingseffecten

1: Handhaving van status quo

Een optie is om de tijdelijke spoedmaatregel definitief te maken. Budgettair is dit vermoedelijk een neutrale optie. Bedrijven kunnen zich aan de nieuwe maatregel gaan aanpassen. Handhaving van de *status quo* zou daarna voor rust kunnen zorgen bij het binnenlandse bedrijfsleven. Nadeel is dat, afhankelijk van nieuwe procedures bij het Hof van Justitie EU, de fiscale eenheidsregeling op een later moment alsnog verder versoerd moet worden. Hetzelfde geldt bij nieuwe wetgeving, zoals de binnenkort in te voeren earningstripping regeling. Maar mogelijk ontmoedigt deze optie juist nieuwe procedures, zodat verdere versoering niet nodig zal zijn. Een ander nadeel is de overkill van de maatregel. Tot slot zijn de complexiteit en de extra administratieve en financiële lasten een nadeel van deze beleidsoptie, met name voor bestaande concernstructuren waar vereenvoudiging (bijvoorbeeld door te fuseren) geen reële optie is. Toekomstige Europese rechtspraak kan overigens reden zijn om deze overkill te reduceren.

2: Vervanging fiscale eenheid door nieuw groepsregime

Een andere optie is om de fiscale eenheid op termijn te vervangen voor een nieuw groepsregime. Vanuit de wetenschap is bijvoorbeeld gepleit voor de introductie van een *group relief* regeling.³ Onder deze regeling kunnen winsten en verliezen binnen concern onderling verrekend worden. Andere transacties en juridische verhoudingen binnen een concern blijven fiscaal wel zichtbaar. Ook dit is budgettair vermoedelijk een neutrale optie. Een nadeel is echter dat deze optie veel verder gaat dan nodig. Ook onderdelen van de fiscale eenheid die EU-rechtelijk niet kwetsbaar zijn, komen te vervallen. Verder kan er een complexe overgangsproblematiek ontstaan bij de overgang van het bestaande naar het nieuwe systeem.

De impact op het bedrijfsleven is daarom naar verwachting groter dan bij optie 1. Verder neemt deze optie de EU-rechtelijke onzekerheid niet per definitie weg. Op 25 oktober 2016, bijvoorbeeld, kwam de EFTA Surveillance Authority tot de conclusie dat een Noorse renteaftrekbepaling (earningstripping-bepaling) discriminerend is vanwege het effect van de *Noorse group contribution* regeling⁴.

3: Introductie grensoverschrijdende fiscale eenheid

Vanuit de wetenschap is ook gepleit voor uitbreiding van de fiscale eenheidsregeling naar grensoverschrijdende situaties⁵. Hiermee wordt de fiscale eenheid ook voor het buitenlandse bedrijfsleven een *package deal* met voor- en nadelen, zodat het risico op cherry-picking en de daarmee samenhangende budgettaire derving wordt verkleind. Voordeel is dat de fiscale eenheidsregeling in de huidige vorm

³ E.J.W. Heithuis, 'Het einde van de fiscale eenheid Vpb in zicht?', Weekblad Fiscaal Recht 2015/7114, blz. 1138-1148.

⁴ Het met redenen omkleed advies is in het Engels te raadplegen via <http://www.efasurv.int/media/esa-docs/physical/818742_Reasoned_opinion_-_Complaint_against_Norway_-_Interest_deductibility_restrictions.pdf>.

⁵ Q.W.J.C.H. Kok & R.J. de Vries, 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', Weekblad Fiscaal Recht 2018/37.

kan blijven voortbestaan, zodat de impact voor het binnenlandse bedrijfsleven minimaal is. Een ander voordeel is dat de EU-rechtelijk kwetsbaarheid waarschijnlijk wordt weggenomen.

Een nadeel is dat de regeling mogelijk niet volledig budgettair neutraal is. Complexiteit kan een ander nadeel zijn. Om heffingslekken en internationale mismatches te voorkomen, zijn flankerende maatregelen nodig. Voor zover deze flankerende maatregelen overkill bevatten, zouden zij bovendien mogelijk weer bij het Hof aangevochten kunnen worden. Voor zover sprake is van underkill (niet alle misbruiksituaties worden aangepakt), zou de regeling op bezwaren uit het buitenland kunnen stuiten.

4: Introductie grensoverschrijdende fiscale eenheid light (maatwerk)

Een laatste optie is een beperkte, lichte variant van een grensoverschrijdende fiscale eenheid⁶. Dit regime komt alleen aan de orde bij die voordelen die het Hof van Justitie EU uiteindelijk als discriminerend aanmerkt. Net als bij optie 3, leidt ook deze optie ertoe dat er niet uitsluitend voordelen worden toegekend, maar dat ook de corresponderende nadelen worden meegenomen waardoor de budgettaire derving (vermoedelijk in meerdere mate dan onder optie 3) wordt beperkt. Deze optie vormt in feite het spiegelbeeld van optie 1 en heeft eveneens het karakter van een reparatiemaatregel met een ingebakken ontmoedigingseffect. De wetgever heeft eerder bij een vergelijkbare EU-problematiek voor eenzelfde oplossing gekozen⁷. Het voordeel is dat de impact op het binnenlandse bedrijfsleven minimaal is. Vanwege het karakter van de reparatiemaatregel, zal de regeling naar verwachting verder niet snel op bezwaren uit het buitenland stuiten. Een ander voordeel is maatwerk; overkill en underkill is niet aan de orde.

Een nadeel is de mogelijke complexiteit van de regeling. Een ander nadeel is dat er voor elk specifiek fiscaal eenheidsvoordeel de gang naar het Hof van Justitie EU gemaakt zal moeten worden; dit is een tijdrovend en arbeidsintensief proces. Vanwege het ontmoedigingseffect is dit nadeel mogelijk beperkt.

Beoordeling

Alles overziende is er niet één perfect antwoord op het Europese arrest in de X BV zaak. De beleidsmatige uitkomst vormt het resultaat van de weging van het belang van de hiervoor genoemde benchmarks onder de vier besproken beleidsopties. Deze opties kunnen ten opzichte van elkaar aan de hand van de genoemde benchmarks in relatieve zin als volgt worden gewaardeerd (groen = sterk; oranje = medium; rood = zwak):

	Benchmark 1	Benchmark 2	Benchmark 3	Benchmark 4	Benchmark 5	Benchmark 6
Optie 1	Green	Orange	Orange	Orange	Orange	Green
Optie 2	Green	Red	Orange	Red	Red	Green
Optie 3	Orange	Green	Green	Green	Green	Orange
Optie 4	Orange	Green	Green	Green	Green	Green

- 1) Beperkte budgettaire impact
- 2) Beperkte impact binnenlands opererend bedrijfsleven
- 3) Beperkte EU-rechtelijke kwetsbaarheid
- 4) Proportionaliteit (geen overkill gelet op doel om gevolgen arrest in zaak X BV te beperken)
- 5) Rechtsvormneutraliteit (regeling blijft dicht bij het doel van de fiscale eenheid)
- 6) Geen risico op negatieve internationale uitstralingseffecten

⁶ Voorgesteld door D.S. Smit, 'Kwade wolk boven het fiscale-eenheidsregime: valt het tij nog te keren?', *Maandblad Belasting Beschouwingen*, 2018/1, blz. 13-19.

⁷ Het gaat om de 'Tussenregeling valutaresultaten op deelnemingen' van artikel 28b Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

Literatuuroverzicht

Heithuis, E.J.W. 'Het einde van de fiscale eenheid Vpb in zicht?', *Weekblad Fiscaal Recht* 2015/7114, blz. 1138-1148

Heithuis, E.J.W., 'De per-elementbenadering in de fiscale eenheid en de spoedreparatie', *Fiscaal Tijdschrift FED* 2018/44

Kok, Q.W.J.C.H. & De Vries, R.J., 'Blauwdruk voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *Weekblad Fiscaal Recht* 2018/7227

Smit, D.S. 'X BV, Case C-398/16: Impact of Groupe Steria Doctrine on Dutch Tax Consolidation Regime and Interest Limitation Rule', in M. Lang e.a. (eds), *CJEU – Recent Developments in Direct Taxation*, Linde Verlag, 2017, bz. 163-180

Smit, D.S., 'Kwade wolk boven het fiscale-eenheidsregime: valt het tij nog te keren?', *Maandblad Belasting Beschouwingen*, 2018/1, blz. 13-19

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.

