



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
Commissie Wetsvoorstellen

Aan de Vaste commissie voor Financiën van de
Tweede Kamer der Staten-Generaal
mr. R.F. Berck
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 3 november 2017

**Betreft: Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse
Orde van Belastingadviseurs op de aangekondigde
spoedreparatiemaatregelen inzake de fiscale eenheid**

Geachte leden van de Commissie,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met verontrusting kennisgenomen van de brief van de staatssecretaris van Financiën van 25 oktober 2017 betreffende de aankondiging van enkele spoedreparatiemaatregelen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969) en de Wet op de dividendbelasting 1965 (hierna: Wet DB 1965) inzake de fiscale eenheid.¹ Aanleiding voor deze brief is de conclusie van dezelfde datum van de advocaat-generaal (A-G) Campos Sánchez-Bordona van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in twee zaken over de verenigbaarheid van het Nederlandse fiscale-eenheidsregime in de Wet Vpb 1969 met de EU-rechtelijke vrijheid van vestiging (zaken C-398/16 en C-399/16).

De brief van de staatssecretaris geeft de Orde op een aantal onderdelen aanleiding tot commentaar. Dit commentaar zal zich concentreren op de directe gevolgen voor de praktijk en daarbij niet zozeer ingaan op concrete alternatieven en (lange)termijnoplossingen die ook in genoemde brief zijn aangekondigd. Dit zal de Orde zo nodig op een later moment doen.

¹ De brief van de staatssecretaris van Financiën d.d. 25 oktober 2017 (kenmerk: 2017-0000204271) aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal betreffende de aankondiging van enkele spoedreparatiemaatregelen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb 1969) en de Wet op de dividendbelasting 1965 inzake de fiscale eenheid.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat. 1

1. Inleiding

Uit de conclusie van de A-G volgt dat de zogenoemde per-elementbenadering – door het HvJ EU geïntroduceerd in het arrest-Groupe Steria van 2 september 2015, C-386/12 – waarschijnlijk ook van toepassing is op het Nederlandse fiscale-eenheidsregime. Meer in het bijzonder gaat het in de zaak C-398/16 om de situatie waarin een Nederlandse belastingplichtige vennootschap een kapitaalstorting deed in een buitenlandse (EU-)dochtermaatschappij, welke kapitaalstorting zij had gefinancierd met een lening van een verbonden lichaam. Op de schuld is in beginsel de renteaftrekbeperking van art. 10a lid 2 onderdeel b Wet Vpb 1969 van toepassing (tekst 2004, thans bestreken door art. 10a lid 1 onderdeel b Wet Vpb 1969). Indien de dochtermaatschappij echter in Nederland gevestigd zou zijn geweest, had de dochtermaatschappij gevoegd kunnen worden in een fiscale eenheid met de kapitaalstortende vennootschap, waardoor de kapitaalstorting fiscaal ‘onzichtbaar’ zou zijn geweest en de rente op de opgenomen lening derhalve niet zou zijn getroffen door de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet Vpb 1969. Een buitenlandse dochtermaatschappij kan echter niet worden gevoegd in een fiscale eenheid, waardoor in een grensoverschrijdende situatie de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet Vpb 1969 niet kan worden vermeden. De A-G komt in zijn conclusie, wat er ook zij van zijn argumentatie, tot de slotsom dat hier sprake is van een belemmering van de grensoverschrijdende situatie (ten opzichte van de situatie waarin een kapitaalstorting zou zijn gedaan in een binnenlandse in een fiscale eenheid gevoegde dochtermaatschappij).

Hoewel de conclusie ziet op de toepassing van art. 10a Wet Vpb 1969, is het toepassingsbereik ruimer. In voornoemde brief van 25 oktober jl. heeft de staatssecretaris enkele andere elementen van de fiscale eenheid genoemd. Indien de conclusie van de A-G door het HvJ EU zou worden gevolgd, zou dit ingrijpende gevolgen hebben, in de eerste plaats – zo begrijpt de Orde uit voornoemde brief – voor de schatkist.

De Orde heeft er begrip voor dat een reactie van de wetgever niet kan uitblijven, indien de per-elementbenadering inderdaad, zoals betoogd door de A-G, ook voor het Nederlandse fiscale-eenheidsregime zal gelden. Over de wijze waarop kan echter van mening worden verschillend.

2. Reactie staatssecretaris van Financiën

De Orde wijst erop dat het gevaar dat de per-elementbenadering, ondanks het arrest X Holding (HvJ EU 5 februari 2010, zaak C-337/08), ook voor het Nederlandse fiscale-eenheidsregime zou kunnen gelden, in de fiscale vakpers reeds in 2011 is opgemerkt en naar aanleiding van de destijds lopende zaken-Groupe Steria en -Finanzamt Linz nogmaals expliciet is benoemd in het voorjaar van 2015.² Op 13 november 2015 heeft de Orde in haar commentaar op het wetsvoorstel Wet aanpassing fiscale eenheid (34.323) reeds gevraagd of het niet goed zou zijn om de eventuele strijdigheid van het fiscale-eenheidsregime met het arrest-Groupe Steria weg te nemen. Uw Kamer heeft voorts zelf reeds eerder nadrukkelijk gevraagd naar de door het

² G.M.R. Blokland en mr. M.J.A. van den Honert, X Holding vandaag de dag: kan de wetgever nu daadwerkelijk rustig ademen?, WFR 2011/782; D.M. Weber, De per element benadering onder het fiscale-eenheidsregime nader bezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak, WFR 2015/696.

kabinet ingeschatte gevolgen van het arrest-Groupe Steria (Kamerstukken II, 34323, nr. 6, p. 11/12).

De Orde is onaangenaam verrast door de wijze waarop de staatssecretaris van Financiën – zeker in het licht van deze voorgeschiedenis – op 25 oktober 2017 heeft gereageerd op de conclusie van de A-G.

Hieronder gaat de Orde inhoudelijk in op de aangekondigde spoedreparatie. Het is echter heel belangrijk om nu al op te merken dat de aangekondigde spoedreparatie niet slechts een voordeel wegneemt dat bepaalde belastingplichtigen mogelijk hadden kunnen claimen op basis van de per-elementbenadering. Dit leidt (in het beste geval) tot zeer grote onzekerheid (vanwege het conditionele karakter ervan) en (in het slechtste geval) tot zeer grote financiële nadelen voor belastingplichtigen die dit niet hebben kunnen zien aankomen en zeker niet hebben kunnen zien aankomen dat dit negatieve effect zich al zou gaan voordoen vanaf 25 oktober 2017, 11:00 uur.

Eerste schattingen indiceren dat het effectief kan gaan om een lastenverzwaring van meerdere tientallen miljoenen euro's per week voor het totale Nederlandse bedrijfsleven. De aangekondigde maatregelen treffen niet alleen multinationals, maar ook ondernemingen die alleen in Nederland opereren en hun activiteiten om bijvoorbeeld juridische of operationele redenen hebben ondergebracht in meerdere vennootschappen. Dit klemmt te meer, omdat getroffen bedrijven vanwege de 'wetgeving bij persbericht' geen enkele mogelijkheid hebben gehad zich voor te bereiden en/of te herstructureren (voor zover zulks al mogelijk is) om deze nadelen te voorkomen. De aangekondigde spoedreparatie is dan ook bij het bedrijfsleven ingeslagen als een bom en de schade voor het Nederlandse vestigingsklimaat is groot. Ook vanuit rechtsstatelijk oogpunt is 'wetgeven bij persbericht' (zonder eerbiedigende werking) problematisch, met name met het oog op het rechtszekerheidsbeginsel (honoreren van gerechtvaardigde verwachtingen bij belastingplichtigen).³ Wellicht is daar nog begrip voor op te brengen indien een (onverwacht) lek in de wetgeving wordt geconstateerd en de wetgeving zich richt tegen degenen die van dat lek misbruik zouden willen maken. In casu is echter geen sprake van een onverwachte ontwikkeling en zouden nu juist een heleboel belastingplichtigen die helemaal niets met het 'lek' te maken hebben, en ook geen beroep op de per-elementbenadering (hebben) kunnen doen, onder de aangekondigde wetgeving gaan vallen.

Voorts wordt met de aangekondigde maatregel een belangrijke grens overschreden voor de aanvaardbaarheid van invoering van fiscale wetgeving met terugwerkende kracht. Weliswaar is 'wetgeving bij persbericht' eerder in Nederland voorgekomen, maar voor zover de Orde bekend (in elk geval terug gaand tot 1964) is niet eerder vertoond dat de met terugwerkende kracht aangekondigde wetgeving voorwaardelijk is gesteld van een externe onzekere omstandigheid, zoals i.c. het verliezen van een fiscale procedure door de overheid. Daarmee is aan het meest essentiële criterium voor de aanvaardbaarheid van terugwerkende kracht niet voldaan, namelijk de voorzienbaarheid en kenbaarheid van de toekomstige wetgeving, een cruciale grens uit de in voetnoot 1 aangehaalde notitie waarin is vastgelegd wanneer

³ Zie onderdeel 4 van de Notitie terugwerkende kracht en eerbiedigende werking, Kamerstukken II 1996/97, 25212.

terugwerkende kracht in fiscalibus aanvaardbaar is. Deze grens wordt nu flagrant overschreden. Niemand weet of de procedure zal worden gewonnen of verloren, derhalve weet geen enkele belastingplichtige waar hij aan toe is sinds 25 oktober 2017, 11.00: de huidige wetgeving of de aangekondigde wetgeving.

De Orde roept de Tweede Kamer dan ook met klem op bij de staatssecretaris aan te dringen op een herbezinning op de maatregelen.

3. Impact aangekondigde spoedreparatie

De aangekondigde spoedreparatie houdt, kort gezegd, in dat een tussen belastingplichtigen gevormde binnenlandse fiscale eenheid voor tal van regelingen in de Wet Vpb 1969 (en een regeling in de Wet DB 1965) zal worden genegeerd vanaf 25 oktober 2017, 11:00 uur. De Orde merkt allereerst op dat de aangekondigde spoedreparatie in zeer algemene termen is geformuleerd, maar zeer complex kan uitwerken. Bovendien is het onzeker of de aangekondigde wetgeving wel wordt ingevoerd (vanwege het nog te wijzen arrest van het HvJ EU) en is deze sowieso van tijdelijke aard (vanwege de eveneens aangekondigde ‘definitieve oplossing’). Voorts is de mate van de terugwerkende kracht per genoemd element verre van duidelijk. Duidelijk is wel dat de impact (zeer) groot kan respectievelijk zal zijn. Er zijn diverse voorbeelden te geven van nadelen waarmee belastingplichtigen zich als gevolg van de aangekondigde spoedreparatie geconfronteerd zien. De Orde beperkt zich omwille van de omvang van deze brief in dit stadium tot een tweetal voorbeelden.

3.1 Voorbeeld 1: art. 10a Wet Vpb 1969

Het eerst voorbeeld betreft een vennootschap die van een verbonden lichaam geld heeft geleend en deze gelden binnen fiscale eenheid als eigen vermogen heeft doorgestort in een dochtermaatschappij die met deze middelen activa heeft gekocht die belast inkomen genereren (bijvoorbeeld machines in het kader van een onderneming of leningen in het kader van groepsfinancieringsactiviteiten). Vanwege de aanwezigheid van de fiscale eenheid wordt de schuld geacht te staan tegenover de aangekochte activa. Er is dan geen renteaftrekbeperking van toepassing en tegenover de rentekosten staan belaste inkomsten uit de activa. Dit is een uitkomst die wezenlijk is aan het regime fiscale eenheid, zoals dat al ruim 70 jaar onderdeel uitmaakt van de Nederlandse Wet Vpb 1969.

Als gevolg van de aangekondigde spoedreparatie kan in genoemde situatie echter ineens een tweetal renteaftrekbeperkingen van toepassing worden, te weten art. 10a en art. 13l Wet Vpb 1969. Beide bepalingen zien – elk op hun eigen manier – op het tegengaan van de erosie van de Nederlandse belastinggrondslag. Hierna wordt alleen ingegaan op art. 10a Wet Vpb 1969. In voorbeeld 2 hierna wordt separaat aandacht besteed aan art. 13l Wet Vpb 1969.

Art. 10a Wet Vpb 1969 is onder meer van toepassing indien met een schuld van een verbonden lichaam een kapitaalstorting wordt gedaan in een dochtermaatschappij. Indien er een fiscale eenheid is, is fiscaalrechtelijk geen sprake van een (zichtbare) kapitaalstorting zodat art. 10a Wet Vpb 1969 niet van toepassing is. Op basis van de aangekondigde spoedreparatie moet de fiscale eenheid echter voor de toepassing van art. 10a Wet Vpb 1969 worden weggedacht en valt de casus wel onder het toepassingsbereik van art. 10a Wet Vpb 1969. In het gegeven

voorbeeld is echter geen sprake van erosie van de Nederlandse belastinggrondslag aangezien tegenover de rentekosten immers belastbare baten uit activa staan. Door de aangekondigde spoedreparatie zal de rente echter in veel gevallen niet aftrekbaar zijn, zodat wel het resultaat uit de aangekochte activa wordt belast, maar de daar feitelijk tegenover staande financieringskosten niet aftrekbaar zijn. Hoewel art. 10a Wet Vpb 1969 een tegenbewijsregeling kent, wijzen de eerste signalen uit dat het invoeren van die tegenbewijsregelingen in vele gevallen niet mogelijk is. Dat komt voor een deel vanwege het feit dat de Belastingdienst tot op heden – vanwege het antimisbruikarakter van de bepaling – een stringente uitleg aan de tegenbewijsregelingen geeft. Bovendien was er tot op heden vanwege het bestaan van de fiscale eenheid geen noodzaak om de voor een succesvol beroep op de tegenbewijsregeling benodigde analyses en documentatie op te stellen.

Het financiële nadeel zal kunnen oplopen van enkele duizenden tot vele miljoenen euro's per getroffen belastingplichtige. Herstructureringsoperaties om dit nadeel te voorkomen zijn vaak tijdsintensief, gaan met kosten en onzekerheden gepaard en kunnen achteraf onnodig blijken te zijn geweest. Een in de hiervoor besproken situatie voor de hand liggende mogelijkheid is bijvoorbeeld om de door de dochtermaatschappij aangekochte activa in de vorm van een kapitaal terugbetaling over te dragen aan de moedermaatschappij waardoor de schuld en de betreffende activa weer in één hand komen. In het Besluit van 25 maart 2013, nr. BLKB2013/110M, heeft de staatssecretaris echter het standpunt ingenomen dat een eenmaal door art. 10a Wet Vpb 1969 'besmette' schuld in beginsel niet kan worden 'ontsmet' door de rechtshandeling waardoor de schuld onder art. 10a Wet Vpb 1969 kwam te vallen (in casu de kapitaalstorting), ongedaan te maken (door in casu een terugbetaling van kapitaal door de dochtermaatschappij). Vele belastingplichtigen hebben dus het gevoel opgesloten te zitten in een situatie, waarin er geen eenvoudige uitweg is, terwijl de teller van het belastingnadeel elke dag doortikt.

3.2 Voorbeeld 2: art. 131 Wet Vpb 1969

Hierboven werd al gewezen op art. 131 Wet Vpb 1969. Hieronder een nadere toelichting op deze bepaling en de impact van de aangekondigde spoedreparatie hierop.

Art. 131 Wet Vpb 1969 beperkt de renteaftrek op schulden die samenhangen met de acquisitie van en stortingen in deelnemingen. Kort gezegd, komt het erop neer dat, voor zover het fiscale eigen vermogen van een belastingplichtige lager is dan de verkrijgingsprijs van haar deelnemingen, de deelnemingen voor dat deel worden geacht te zijn gefinancierd met schulden. De rente op die schulden (zowel bij verbonden lichamen als bij derden opgenomen schulden) is dan in beginsel niet aftrekbaar. Vanwege de nodige uitzonderingen en gedetailleerde uitvoeringsbepalingen (opgenomen in het Besluit aftrekbepaling bovenmatige deelnemingsrente) is art. 131 Wet Vpb 1969 voor de praktijk een uiterst complexe en bewerkelijke regeling en wordt reikhalzend uitgekeken naar de in het regeerakkoord (impliciet) aangekondigde afschaffing ervan met ingang van 2019 (onder gelijktijdige introductie van een op EU-niveau afgesproken earningsstrippingbepaling). Zover is het echter nog niet.

Indien de moedermaatschappij een fiscale eenheid vormt met binnenlandse deelnemingen, worden deze deelnemingen fiscaal niet langer beschouwd als deelnemingen, aangezien ze door de werking van de fiscale eenheid onzichtbaar zijn. Omdat de deelnemingen er fiscaal niet meer

zijn, is ook geen sprake van een deelnemingsschuld en is de aftrekbeperking van art. 131 Wet Vpb 1969 niet van toepassing. Vanuit de gedachte dat Nederland het heffingsrecht heeft over het inkomen op het niveau van de dochtermaatschappijen, is dit ook logisch. Op grond van de aangekondigde spoedreparatie moet dat de fiscale eenheid echter ook voor art. 131 Wet Vpb 1969 worden genegeerd. Daardoor zijn de deelnemingen dus fiscaal wel (weer) zichtbaar en is art. 131 Wet Vpb 1969 in volle omvang van toepassing. Zoals gezegd, leidt dit vanwege de gedetailleerdheid van de regeling en uitvoeringsbepalingen in het Besluit aftrekbeperking bovenmatige deelnemingsrente tot zeer grote uitvoeringslasten voor het bedrijfsleven en ook tot grote financiële nadelen. Ter illustratie: blijkens Kamerstukken II, 34323, nr. 6, p. 5 zijn er thans bijna 200.000 dochtermaatschappijen opgenomen in een fiscale eenheid. Als gevolg van de aangekondigde spoedreparatie worden al deze dochtermaatschappijen voor de toepassing van art. 131 Wet Vpb 1969 zichtbaar en zal moeten worden onderzocht wat de impact hiervan is op de toepassing van art. 131 Wet Vpb 1969.

De spoedreparatie is thans een week geleden aangekondigd. Het is niet mogelijk om op een dergelijk korte termijn een volledige inventarisatie en volledig accurate inschatting van de uitvoeringskosten en financiële nadelen te geven. Zoals gezegd, gaat het al gauw om enkele tientallen miljoenen euro's per week.

4. Alternatieven en/of aanpassingen

Hoewel de Orde begrip heeft voor de zorgen over de budgettaire impact van een eventueel (voor de schatkist) nadelig oordeel van het HvJ EU in de thans aanhangige per-elementzaken, is de Orde van mening dat de rekening daarvan niet moet worden neergelegd bij belastingplichtigen die op volstrekt legitieme wijze gebruik maakten en maken van het al meer dan 70 jaar bestaande fiscale-eenheidsregime en niet konden vermoeden dat de werking ervan van de ene op de andere dag – zonder aankondiging vooraf – op drastische wijze zou worden ingeperkt.

Hoewel andere oplossingen denkbaar waren geweest, heeft de staatssecretaris van Financiën ervoor gekozen om het verschil tussen de binnenlandse en de grensoverschrijdende situatie weg te nemen door de fiscale gevolgen voor de binnenlandse situatie te verslechteren. Gelet op deze keuze, zou de Orde ervoor willen pleiten in ieder geval bestaande situaties buiten het toepassingsbereik van de aangekondigde spoedreparatie te laten vallen.

Toegespitst op art. 10a Wet Vpb 1969 zou dat onder meer betekenen dat besmette rechtshandelingen die hebben plaatsgevonden vóór 25 oktober 11:00 uur geen toepassing van art. 10a Wet Vpb 1969 tot gevolg zouden moeten hebben. Voor art. 131 Wet Vpb 1969 en andere aan de deelnemingsvrijstelling gerelateerde aspecten van de aangekondigde spoedreparatie zou dit moeten betekenen dat ten aanzien van vóór 25 oktober 11:00 uur aangekochte deelnemingen (inclusief stortingen in die deelnemingen van vóór die datum) negatieve gevolgen van de aangekondigde spoedreparatie niet zouden moeten gelden. Voor art. 20a Wet Vpb 1969 zouden belangenwijzigingen van vóór 25 oktober 11:00 uur buiten beschouwing moeten blijven. Voor art. 11 lid 4 Wet DB 1965 zou dat moeten betekenen dat in op 25 oktober 11:00 uur bestaande situaties de vermindering van dividendbelasting bij dooruitdeling kan worden toegepast.

Hierdoor worden gerechtvaardigde verwachtingen van belastingplichtigen beschermd, maar wordt tegelijkertijd voorkomen dat nieuwe plannings worden opgezet om gebruik te maken van een eventueel (voor de schatkist) ongunstige uitkomst van de aanhangige per-elementzaken.

Slechts door het snel (bij persbericht) publiceren van bovenstaande verzachting en/of verduidelijking op de aangekondigde spoedreparatie kan als zeer onrechtvaardig gepercipieerde financiële schade voor het bedrijfsleven *en* een beschadiging van de goede naam van Nederland en het vestigingsklimaat worden voorkomen.

Indien dit om wat voor reden dan ook onmogelijk wordt geacht, pleit de Orde ervoor dat de (mogelijk in te voeren) wetgeving niet terugwerkt naar 25 oktober 11:00 uur, maar (voor bestaande gevallen) pas in werking treedt per 1 april 2018, zodat belastingplichtigen tenminste nog enige tijd hebben om zich aan te passen aan de nieuwe wetgeving zonder dat de teller van het belastingnadeel in de tussentijd al fors oploopt.

Een afschrift van deze brief is heden verzonden aan de staatssecretaris van Financiën.

Uiteraard is de Orde graag bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Hoogachtend,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

drs. R.A. van der Jagt
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen