

Toekomstige EU Hof van Justitie uitspraak kan nu al gevolgen hebben voor u

Op 25 oktober 2017 heeft de advocaat-generaal (A-G) bij het Europese Hof van Justitie (HvJ EU) zijn conclusie gepubliceerd met betrekking tot prejudiciële vragen van de Hoge Raad in twee belangwekkende zaken voor de vennootschapsbelasting. De kernvraag is op belastingplichtigen, ondanks dat zij geen fiscale eenheid kunnen aangaan met hun elders in de EU gevestigde dochters, wel in aanmerking kunnen komen voor de voordelen van afzonderlijke elementen van het fiscale eenheidsregime alsof wel een fiscale eenheid met die buitenlandse dochters kan worden aangegaan (de per-elementbenadering). Hierover schreven wij al in eerdere factsheets, onder andere onze factsheet over het Groupe Steria arrest. In een van de zaken, die gaat over de beperking van renteaftrek (winstdrainage, artikel 10a Wet Vpb) concludeert de A-G dat de renteaftrekbeperking in strijd is met de vrijheid van vestiging. Naar aanleiding van deze conclusie heeft het kabinet – eveneens op 25 oktober 2017 – al spoedreparatiemaatregelen aangekondigd. Hieronder gaan wij met name in op de winstdrainagecasus en de voorgenomen wetswijziging.

De winstdrainagecasus

Deze zaak betreft zoals gezegd weigering van renteaftrek. De casus is enigszins vereenvoudigd als volgt. Een Nederlandse vennootschap leende in van de Zweedse topholding en stortte het geleende bedrag op aandelen van een Italiaanse dochtervennootschap, die daarmee een andere Italiaanse concernvennootschap van de beurs haalde. In geschil is de toepassing van artikel 10a Wet Vpb, aangezien sprake was van een geldlening van een verbonden lichaam in verband met een storting in een verbonden lichaam. Daarbij speelt onder meer de vraag of artikel 10a Wet Vpb in strijd is met het EU-recht.

Volgens de Hoge Raad zou dat het geval kunnen zijn vanwege de samenloop met het regime van de fiscale eenheid (per-elementbenadering). Indien de Italiaanse dochtervennootschap in Nederland zou zijn gevestigd, dan zou zij namelijk in een fiscale eenheid met de Nederlandse vennootschap kunnen worden opgenomen, in welk geval de storting geen besmette rechtshandeling zou zijn. De Hoge Raad stelde daarom de prejudiciële vraag aan het HvJ EU of, kort gezegd, artikel 10a Wet Vpb in strijd is met de vestigingsvrijheid in gevallen waarin toepassing van die bepaling in nationale gevallen zou kunnen worden voorkomen door een fiscale eenheid aan te gaan.

Conclusie A-G

De A-G constateert allereerst dat er sprake is van een verschillende behandeling van objectief vergelijkbare gevallen. De vervolgvraag is dan of hiervoor een rechtvaardiging bestaat, dat wil zeggen een dwingende reden van algemeen belang. Het is wel zo dat een bepaling als artikel 10a Wet Vpb bepaalde beperkingen van de vrijheid van vestiging kan rechtvaardigen, maar dit punt wordt naar de mening van de A-G ontkracht door het feit dat het doel van de bepaling om belastingontwijking tegen te gaan niet speelt wanneer – in binnenlandse verhoudingen – wordt gekozen voor het aangaan van een fiscale eenheid. Kortom, de A-G komt tot de conclusie dat artikel 10a Wet Vpb in strijd is met de Europeesrechtelijke vrijheid van vestiging.

Kabinetsreactie

Hoewel het HvJ EU en de Hoge Raad nog hun (eind)uitspraak over deze zaken moeten wijzen, heeft het kabinet door middel van een brief van 25 oktober 2017 al spoedreparatiemaatregelen aangekondigd, te treffen afhankelijk van de arresten in deze zaken. Dit vooral vanwege het risico dat die jurisprudentie in het licht van de conclusie van de A-G voor wat betreft artikel 10a Wet Vpb, en de mogelijke uitstralingseffecten naar andere elementen van de fiscale eenheid, tot aanzienlijke budgettaire derving zou kunnen leiden. Immers, de gunstigere behandeling als gevolg van de consolidatie in binnenlandse verhoudingen zou dan per element kunnen resulteren in eenzelfde gunstige behandeling in vergelijkbare EU-situaties. De maatregelen die worden aangekondigd houden in dat enkele regelingen in de vennootschapsbelasting en dividendbelasting moeten worden toegepast alsof er geen fiscale eenheid is. Deze maatregelen zien op het eerder genoemde artikel 10a Wet Vpb, onderdelen van de deelnemingsvrijstelling, de verliesrekening bij wijziging van het belang en in de dividendbelasting.

Wanneer de spoedreparatiemaatregelen nodig blijken, zullen ze ingaan met terugwerkende kracht tot en met woensdag 25 oktober 2017, 11.00 uur. Wij vragen ons af of dit een houdbaar standpunt is binnen nu geldend recht en jurisprudentie. Het kabinet merkt ten slotte op dat de spoedreparatiemaatregelen binnen afzienbare termijn zullen moeten opgevolgd door een concernregeling die toekomstbestendig is.

Hoewel het lastig is te anticiperen op wetswijzigingen die misschien niet door gaan, adviseren wij om uw structuur te beoordelen in het licht van de voorgenomen wijzigingen. De adviseurs van Cervus kunnen op basis van hun ruime ervaring u hierbij van dienst zijn.

Contact Cervus Belastingadvies B.V.

Maarten Jan Brouwer Tel: +31 (0)6 – 1493 2773
Jan Pieter van Eck Tel: +31 (0)6 – 2616 4880