

Internetconsultatie nieuwe groepsregeling in VPB

Graag wijzen wij u op ons commentaar bij dit keuzedocument. Dit commentaar is ook gepubliceerd in Vakstudie Nieuws (V-N 2019/35.12).

Redactie Vakstudie Nieuws

Op 17 juni 2019 is de internetconsultatie gestart van de nieuwe groepsregeling in de VPB ter vervanging van het huidige regime voor de fiscale eenheid. Deze internetconsultatie sluit op 29 juli 2019. In de internetconsultatie legt het Ministerie van Financiën vier keuzen voor met betrekking tot het fiscale-eenhedsregime in de VPB:

1. Handhaving van het huidige fiscale-eenhedsregime inclusief de spoedreparatiemaatregelen, eventueel aangevuld met andere reparatiemaatregelen;
2. Afschaffing van het huidige fiscale-eenhedsregime en geen introductie van een nieuwe groepsregeling;
3. Vervanging van het huidige fiscale-eenhedsregime door een regeling voor verlies- en/of winstoverdrachten;
4. Uitbreiding van het huidige fiscale-eenhedsregime naar grensoverschrijdende situaties.

Teleurstelling

Na lezing van dit keuzedocument konden wij een gevoel van teleurstelling niet onderdrukken. Wij hadden gehoopt en ook wel verwacht dat het Ministerie van Financiën na de startbijeenkomst in februari 2019 al verder was in zijn denkproces met betrekking tot de nieuwe groepsregeling in de VPB en zich in dit document al duidelijker de contouren ervan zouden aftekenen. Maar feitelijk zijn we nog niet veel verder dan waar we in februari stonden. De varianten waartussen kan worden gekozen, waren toen reeds ruimschoots bekend en die keuze ligt er nog steeds. Of men moet tussen de regels doorlezen en uit het kleurenschema afleiden dat het ministerie afkoerst op een systeem van verlies- of winstoverdracht. Want opvallend in dit kleurenschema is immers dat deze (derde) variant van een verlies- of winstoverdrachtsregeling met betrekking tot de onderscheiden vier elementen geen enkele keer negatief of zelfs maar licht negatief scoort. Deze (derde) variant scoort driemaal neutraal, op de elementen ‘bijdrage aan ondernemingsklimaat’, ‘gevolgen voor administratieve lasten bedrijfsleven’ en ‘overgangsproblematiek’, en eenmaal positief, op het element ‘robuust en juridisch bestendig, waaronder EU-recht’. Dit laatste wordt uiteraard verklaard door het bekende Marks & Spencer II-arrest (HvJ EG 13 februari 2005, C-446/03, BNB 2006/72), waarin het Hof van Justitie EU duidelijk heeft geoordeeld dat de Britse regeling van het group relief niet grensoverschrijdend hoeft te worden toegepast, behalve als dit zogenoemde ‘definitief geleden verliezen’ betreft; zie met betrekking tot de ‘definitief geleden verliezen’ tevens de recente arresten-Memira en Holmen (HvJ EU 19 juni 2019, C-607/17 en C-608/17, V-N 2019/32.9-10).

Handhaving huidige fiscale-eenhedsregime, inclusief spoedreparatie (variant 1)

De andere goede kanshebber dichten wij het hierboven als eerste genoemde alternatief toe, handhaving van het huidige fiscale-eenhedsregime inclusief de met ingang van 1 januari 2018 van kracht zijnde spoedreparatiemaatregelen, eventueel uitgebreid met andere regelingen die mogelijk ook de per-elementvoordelen van de fiscale eenheid deelachtig zouden kunnen worden. Die variant kleurt geel, i.e. licht negatief, op het element ‘robuust en juridisch bestendig, waaronder EU-recht’. Deze gele kleur (in plaats van de neutrale grijze kleur) wordt vermoedelijk veroorzaakt door het feit dat de huidige spoedreparatiemaatregelen misschien nog zouden moeten worden aangevuld. Wij denken zelf dat het Ministerie van Financiën er verstandig aan doet om dit te doen met betrekking tot het arm’s length-beginsel van art. 8b Wet VPB 1969 en mogelijk ook de earningsstripping-maatregel van art. 15b Wet VPB 1969 (zoals in de literatuur is gesteld, zie P. van Mierlo en F.M. van der Zeijden, ‘Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel’, MBB 2019/2, genoemd in voetnoot 6). Beide regelingen werken met of zonder fiscale eenheid anders uit. Wij geven een voorbeeld: de

earningsstripping-maatregel wordt op fiscale-eenheidsniveau toegepast en niet per afzonderlijke fiscale-eenheidsmaatschappij. Dit betekent dat het aantrekkelijk kan zijn om een buitenlandse EU-/EER-winstdochter mee te nemen bij de bepaling van de renteaftrek, want dit vergroot de ebitda en daarmee de ruimte voor renteaftrek. Omgekeerd kan dit uiteraard ook nadelig zijn, want een verliesdochter verlaagt de ebitda en verkleint dus de ruimte voor renteaftrek. Ander nadeel van de fiscale eenheid kan zijn dat de drempel van € 1 mln. slechts één keer op fiscale-eenheids-niveau wordt toegepast. Daarom wordt in de literatuur ook betoogd dat er geen Unierechtelijk probleem hoeft te zijn (zie R. Bagci, P. Ruige en H. Vermeulen, 'De earnings-strippingbepaling en de per-elementbenadering. Een Europeesrechtelijke analyse; noodzaak of anathema voor de interne markt?', WFR 2018/153). Wat hiervan ook zij, een soortgelijk effect doet zich voor met betrekking tot het zogenoemde financieringskostensurplus. Voor het bedrag aan ontvangen rentebaten is rente altijd aftrekbaar en wordt niet getroffen door de '30% ebitda'-regel. Alleen een eventueel rentekostensurplus wordt aan deze regel getoetst en kan dus in aftrek worden beperkt bij onvoldoende ebitda. Door de fiscale eenheid kunnen rentebaten van andere gevoegde groepsmaatschappijen worden meegenomen voor de bepaling van de renteaftrek bij de schuldenaar, maar voor rentebaten van EU-/EER-maatschappijen geldt dit niet, nu die maatschappijen niet in de fiscale eenheid kunnen worden opgenomen. Aangezien de fiscale eenheid een keuzeregeling is, kan de belastingplichtige zelf bepalen, door wel of niet te verzoeken om een fiscale eenheid, of een fiscale eenheid in zijn concrete geval aantrekkelijk is met het oog op de (ruimte voor) renteaftrek of niet. Men kan beargumenteren waarom deze twee maatregelen niks hebben te vrezen van het EU-recht, maar zeker is dit pas als het Hof van Justitie EU zich hierover heeft uitgelaten. Tot die tijd is er geen eenstemmigheid in de literatuur en daarmee dus onzekerheid in de praktijk. Om die onzekerheid en eventuele voor de Nederlandse schatkist nadelige consequenties te voorkomen, doet de staatssecretaris er onzes inziens daarom verstandig aan om art. 8b en art. 15b Wet VPB 1969 alvast toe te voegen aan de spoedreparatiemaatregelen. Better safe than sorry. Wat dit betreft heeft het ons verbaasd dat de staatssecretaris in de wetsgeschiedenis van de spoedreparatie steeds hardnekkig heeft volgehouden dat zuiver interne geldleningen tussen fiscale-eenheidsmaatschappijen onderling toch deel moesten (blijven) uitmaken van de spoedreparatie met betrekking tot art. 10a Wet VPB 1969. Logisch is dit niet, want met betrekking tot zo'n zuiver interne geldlening komt geen rente in aftrek op de (fiscale-eenheids)winst en hoeft die (niet bestaande) renteaftrek ook niet door art. 10a Wet VPB 1969 te worden beperkt. De staatssecretaris erkende dit wel maar nam dit toch mee in de spoedreparatie voor de zekerheid. Je weet het immers maar nooit met dat Hof van Justitie EU, zo was de gedachte. Dan had het wat ons betreft evenzeer voor de hand gelegen zulks te doen met betrekking tot art. 8b en art. 15b Wet VPB 1969. Nu blijft die onzekerheid jarenlang 'boven de markt hangen', want die procedures met betrekking tot art. 8b en art. 15b Wet VPB 1969 zullen de komende jaren zeker worden gevoerd. Het Nederlandse mkb zal er uiteraard blij mee zijn dat (met name) art. 15b Wet VPB 1969 niet aan de spoedreparatiemaatregelen is toegevoegd, want dat zou voor hen nadelige consequenties kunnen hebben (mits de fiscale eenheid uiteraard (per saldo) meer dan € 1 mln. renteaftrek heeft). Door het keuzeregime dat de fiscale eenheid is, kan het Nederlandse mkb nu immers optimaal bepalen wat wenselijk is: wel of geen fiscale eenheid (waarbij uiteraard meer meespeelt dan alleen de renteaftrek). Die keuzevrijheid verdwijnt als art. 15b Wet VPB 1969 wordt toegevoegd aan de spoedreparatiemaatregelen.

Wat ons met betrekking tot deze eerste variant nog wel heeft verbaasd, is dat het vakje bij het element 'overgangsproblematiek' grijs, i.e. neutraal, is ingekleurd. Wij zouden verwachten dat er helemaal geen overgangsproblematiek is. Als men immers houdt wat men heeft, is er geen overgangsproblematiek lijkt ons; overgangsproblematiek ontstaat immers doordat men bestaande regelingen wijzigt. Toch is dit vakje ingekleurd, weliswaar grijs (neutraal), maar toch. Dit in tegenstelling tot hetzelfde vakje bij de eerste variant van afschaffing van de fiscale eenheid dat in het geheel niet is ingekleurd. Wij interpreteren het niet-inkleuren van dit vakje zo dat deze variant geen overgangsproblematiek kent. En dat vinden wij gek, want wij zouden menen dat bij deze variant, waarbij de huidige fiscale eenheid wordt afgeschaft, wel degelijk overgangsproblematiek ontstaat. Toch is dit vakje bij deze variant niet ingekleurd, alsof er geen overgangsproblematiek zou zijn. Of zijn deze twee vakjes misschien per ongeluk omgedraaid? Of zijn deze beide kolommen misschien omgedraaid? Want opvallend is ook dat in het document zelve de

afschaffingsvariant de tweede variant (b.) is en de handhavingsvariant de eerste variant (a.) maar in het kleurenschema is dit omgekeerd en zijn de twee varianten a. en b. omgewisseld. Hetgeen de vraag doet rijzen of die twee kolommen dan wel onder het goede kopje staan.

Afschaffing fiscale eenheid zonder nieuwe groepsregeling (variant 2)

De overige twee varianten – afschaffing fiscale eenheid zonder nieuwe groepsregeling en de grensoverschrijdendefiscale eenheid – dichten wij geen reële kans toe om de eindstreep te halen. De variant waarbij de fiscale eenheid wordt afgeschaft en er geen nieuwe groepsregeling voor in de plaats komt, werkt zeer ten nadele van het bedrijfsleven, want verliezen en winsten kunnen dan niet meer binnen de groep ‘horizontaal’ worden verrekend, terwijl voor deze beperking geen enkele grond is, nu er een regeling kan worden opgetuigd die de ‘horizontale verliesverrekening’ in stand laat en (toch) EU-proof is. Deze variant gooit dus het kind met het badwater weg en dat hoeft nu ook weer niet, lijkt ons.

Overigens verbaast het ons wel dat deze variant in het kleurenschema op het element ‘bijdrage aan het ondernemingsklimaat’ ‘slechts’ licht negatief scoort. Wij hadden hier eerder negatief (rood) verwacht. Voor bedrijven is de ‘horizontale verliesverrekening’ immers een van de belangrijk(st)e voordelen van de fiscale eenheid.

Grensoverschrijdende fiscale eenheid (variant 4)

De laatste variant van de grensoverschrijdende fiscale eenheid van Q.W.J.C.H. Kok en R.J. de Vries die dit minutieus hebben uitgewerkt in WFR 2018/37, heeft de Staatssecretaris van Financiën al eerder meerdere malen naar de prullenbak verwezen, zoals ook in het consultatiedocument wordt herhaald (zie voetnoot 16). Hoewel Kok en De Vries kan worden nagegeven dat de fiscale-eenheidsregeling wel EU-proof wordt als men hem uitbreidt tot EU/EER-dochtermaatschappijen, wordt de regeling wel ontzettend ingewikkeld, met name doordat hierdoor allerlei (nieuwe) situaties van internationale hybride mismatches gaan ontstaan die dan weer moeten worden afgedicht, terwijl de huidige fiscale-eenheidsregeling al niet de eenvoudigste regeling is in de Wet VPB 1969. En dan nog blijft de onzekerheid over wat men allemaal binnenhaalt met deze grensoverschrijdende fiscale eenheid. Kok en De Vries hebben dit dan wel zoveel mogelijk in kaart gebracht, maar weten we wel zeker dat zij alle elementen hebben onderkend, en er straks misschien niet nog andere, onvoorziene elementen blijken te zijn? Wie had verwacht dat het Hof van Justitie EU, na de arresten Marks & Spencer II (BNB 2006/72) en X Holding (HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08, BNB 2010/166, H&I 2010, 7.6), de per-elementbenadering in de fiscale eenheid zou accorderen? De Nederlandse Hoge Raad in elk geval niet, zo bleek uit HR 24 juni 2011, 09/05115, BNB 2011/244 (en herhaald in HR 21 september 2012, 10/05268, BNB 2013/15). Overigens kent Denemarken een grensoverschrijdende fiscale eenheid, zoals uit het arrest-Bevola blijkt (HvJ EU 12 juni 2018, C-650/16, V-N 2018/39.15, H&I 2018/452).

Overigens verbaast het ons wel dat deze variant dieprood kleurt op het element ‘robuust en juridisch bestendig, waaronder EU-recht’. Wij kunnen dit niet goed rijmen met de begeleidende tekst. Aldaar staat onder het kopje “Internationale vergelijking” dat deze variant niet voorkomt in andere landen en daarom kwetsbaar zou kunnen zijn voor nieuwe procedures bij de rechter, waaronder bij het Hof van Justitie EU. Waar die kwetsbaarheid uit zou kunnen bestaan, vermeldt het keuzedocument dan weer niet; bij ons dringt die kwetsbaarheid zich in elk geval niet onmiddellijk op. Even verderop staat zelfs onder het kopje “Overige voor- en nadelen” dat door deze variant volledige neutraliteit ontstaat tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties. Dan zouden wij eerder verwachten dat deze variant op genoemd element neutraal (grijs) of hooguit licht negatief (geel) zou scoren in plaats van rood. Maar misschien hebben wij dan niet goed begrepen wat het ministerie bedoelt met het element ‘robuust en juridisch bestendig, waaronder EU-recht’.

Verlies- of winstoverdracht (variant 3)

Als wij het kleurenschema goed interpreteren, koerst het Ministerie van Financiën af op de derde variant van een verlies- of winstoverdracht, want dat is de enige variant die in het kleurenschema op geen enkel element geel (licht negatief) of rood (negatief) kleurt maar enkel grijs (neutraal) of groen (positief). Dan

moet het al gek lopen, denken wij, dat het deze variant niet wordt. Overigens hadden wij wel verwacht dat deze variant met betrekking tot het element 'bijdrage aan het ondernemingsklimaat' positief (groen) had gescoord en niet neutraal (grijs), vanwege de mogelijkheid van 'horizontale' verliesverrekening, wat het bedrijfsleven als een groot voordeel ziet van de huidige fiscale-eenheidsregeling. Voor de uiteindelijke waardering van deze variant maakt dit niets uit.

Voordeel van deze variant is dat die mainstream is in de EU: 18 van de (nu nog) 28 EU-lidstaten hebben deze variant. Nederland zou zich met deze variant dus scharen bij de grootste gemene deler in de EU/EER en gaat geen Alleingang. Ook België, dat pas recentelijk een groepsregeling heeft ingevoerd in haar fiscale wetgeving, heeft voor deze variant gekozen en bijvoorbeeld niet voor de Nederlandse variant van volledige consolidatie. Interessant zou zijn te vernemen van de Belgen waarom zij dat niet hebben gedaan. Wij vermoeden vanwege de EU-rechtelijke kwetsbaarheid van ons systeem van volledige consolidatie. Want dan moeten er ook maatregelen worden getroffen om de per-elementbenadering in grensoverschrijdende situaties te repareren en dat maakt het systeem weer ingewikkeld. Van een verlies- of winstoverdracht-systeem weet men (vrij) zeker dat die zuiver nationaal kan worden begrensd en dit niet in strijd is met het EU-recht, zoals het Marks & Spencer II-arrest BNB 2006/72 heeft laten zien. Van belang is overigens dat het Verenigd Koninkrijk naast het systeem van verliesoverdracht (group relief) ook de mogelijkheid kent om binnen een groep vermogensbestanddelen tegen fiscale boekwaarden over te dragen.

Van de vier voorgelegde varianten is deze variant omgeven met de meeste onzekerheid. Want er zijn dan wel 18 (van de 28) EU-lidstaten die dit systeem hebben, maar onderling wijken die systemen nogal van elkaar af. In het Verenigd Koninkrijk bestaat bijvoorbeeld een systeem van verliesoverdracht (group relief) maar Zweden bijvoorbeeld hanteert, omgekeerd, een systeem van winstoverdracht. En eenvoudig zijn deze systemen ook niet altijd, zeker niet als men, naast zo'n verlies- of winstoverdrachtsregeling, ook nog een fiscaal geruisloze interne reorganisatieregeling in stand wil houden. Want juist de combinatie van fiscaal geruisloos herstructureren met een systeem van verlies- of winstoverdracht biedt mogelijkheden tot misbruik om de verlies- of winstoverdrachtsmogelijkheden te vergroten en dat moet dan weer worden voorkomen. Het is ook deze combinatie die het Britse regime van het group relief toch nog ingewikkeld maakt. En ons art. 15a Wet VPB 1969 dat hetzelfde doel heeft, is nu ook niet de meest eenvoudige bepaling uit ons fiscale-eenheidsregime. Laat men een fiscaal geruisloze interne reorganisatiefaciliteit achterwege, dan kan een verlies- of winstoverdrachtsysteem aanzienlijk eenvoudiger blijven. Overwogen zou kunnen worden om de nieuwe groepsregeling te beperken tot verlies- of winstoverdrachten – wij zien nog niet zo snel wat effectief het verschil is tussen deze beide systemen – en voor interne reorganisaties terug te vallen op de huidige bedrijfsfusie-, (af)splitsings- en juridische-fusieregelingen, want het valt op dat deze regelingen op het punt van de samenloop met de verliesverrekening een stuk eenvoudiger zijn opgezet. Eventueel worden deze faciliteiten verbeterd, zodat ze ruimer toepasbaar worden. Denk bijvoorbeeld aan de (materiële) ondernemingseis in de regeling van de bedrijfsfusie die onzes inziens beter kan vervallen, want die lijkt nog slechts historisch verklaarbaar. Daarbij komt dat ons ontgaat waarom een fonds voor gemene rekening, dat naar zijn aard uitsluitend belegt (zie art. 2 lid 3 Wet VPB 1969), wel gebruik kan maken van de bedrijfsfusiefaciliteit (zie art. 14 lid 6 Wet VPB 1969) maar een nv of bv die belegt, niet. Te meer daar een nv of bv blijkens art. 2 lid 5 Wet VPB 1969 (toch) geacht wordt een (materiële) onderneming te drijven (met zijn gehele vermogen), maar deze ondernemingsfictie geldt dan blijkbaar weer niet voor art. 14 Wet VPB 1969. Erg logisch en doordacht komt dit allemaal niet op ons over.

Met betrekking tot deze verlies- of winstoverdrachtvariant stelt het keuzedocument de meeste vragen, maar liefst vier (van de in totaal negen). Ter vergelijking, met betrekking tot de eerste twee varianten – handhaving huidige fiscale eenheid respectievelijk afschaffing ervan – stelt het consultatiedocument steeds maar één vraag en met betrekking tot de laatste variant – grensoverschrijdende fiscale eenheid – slechts twee vragen. En de vier vragen die het keuzedocument stelt met betrekking tot een verlies- of winstoverdrachtsregeling zijn ook nog eens fundamentele van aard dan de vragen met betrekking tot de andere drie varianten. Bijvoorbeeld: moet dit een verliesoverdrachts- dan wel, omgekeerd, een winstoverdrachtsregeling worden (vraag 3) of een optioneel systeem of een verplicht systeem (vraag 6)?

Met betrekking tot de tweede variant (afschaffing) wordt als enige, eenvoudige vraag gesteld hoe de eventuele budgettaire opbrengst moet worden aangewend, toch van een heel ander niveau naar onze mening.

Het jammere is dat het consultatiedocument deze derde variant van verlies- of winstoverdracht nauwelijks inhoudelijk toelicht en uitwerkt. Van de andere drie varianten kan een fiscalist redelijk goed inschatten wat dit betekent in de praktijk. Schaffen we de fiscale eenheid af, dan kunnen verliezen niet meer 'horizontaal' worden verrekend en kan er niet meer fiscaal geruisloos worden gereorganiseerd. Handhaven we de huidige fiscale eenheid, inclusief de spoedreparatiemaatregelen, dan verandert er eigenlijk niks en houden we wat we hebben. En de grensoverschrijdende fiscale eenheid is zeer in detail uitgewerkt in het artikel van Kok en De Vries in WFR 2018/37. De verlies- of winstoverdrachtsvariant is echter de grote onbekende. En dat brengt ons gelijk bij onze belangrijkste klacht tegen dit keuzedocument: hoe kan men een weloverwogen keuze maken voor een van de vier varianten als een (belangrijke) variant niet tot nauwelijks inhoudelijk is uitgewerkt? Dan wordt een keuze voor deze variant een blinde gok. En dan zou achteraf maar zo kunnen blijken dat deze variant uiteindelijk slechter uitpakt dan een van de andere varianten en had men, dit wetende, misschien wel voor een van de andere varianten gekozen. Dus wij zouden het Ministerie van Financiën willen oproepen om eerst deze derde variant inhoudelijk nader uit te werken en dan de keuze voor een van de vier varianten nog eens voor te leggen. Dan weet men in grote lijnen waarvoor men kiest. Nu is dat alleen het geval met betrekking tot de eerste, tweede en laatste variant maar niet met betrekking tot de derde variant. Dit klemt te meer als onze eerdere veronderstelling juist is dat het ministerie afkoerst op deze derde variant. Dan mag die variant toch eerst wel wat meer richting krijgen, zouden wij zeggen.

Voortgang

Dit is, zoals de titel van het document aangeeft, de eerste internetconsultatie van de nieuwe groepsregeling in de VPB. Er zal dus zeker nog een tweede internetconsultatie volgen en misschien ook nog wel een derde. In elk geval zal komend najaar 2019 een zogenoemde 'hoofdlijnenbrief' naar de Tweede Kamer worden gestuurd met daarin een schets van de beoogde fiscale groepsregeling, zo is te lezen in dit consultatiedocument. Wij vermoeden dat deze brief niet via internet zal worden geconsulteerd. Daarna volgen dan misschien de eerste conceptwetteksten met concepttoelichtingen die wel weer via internet zullen worden geconsulteerd. De nieuwe groepsregeling zal er dus in elk geval niet per 1 januari 2020 zijn en zelfs 1 januari 2021 is discutabel. Daarna zijn wij toe aan een nieuw kabinet, want in het voorjaar van 2021 gaan we weer naar de stembus voor een nieuwe Tweede Kamer (als het huidige kabinet de rit uitzit uiteraard). En bij zo'n nieuwe kabinetsformatie ligt eigenlijk alles altijd weer helemaal open. Wij sluiten daarom helemaal niet uit dat de status quo straks sterker blijkt te zijn dan de wens tot verandering. En zal de huidige fiscale eenheid met haar spoedreparatie misschien ook wel de toekomstige groepsregeling (blijken te) zijn. Belangrijk hiervoor zal naar onze inschatting zijn hoe in de praktijk de spoedreparatiemaatregelen de komende jaren zullen worden toegepast. Als dat niet op grote schaal blijkt te gebeuren en op proportionele wijze, zou de conclusie na een paar jaar maar zo kunnen zijn dat het huidige regime, inclusief de spoedreparatie, best lijkt te werken. En dan handhaven we het huidige regime. Voordeel hiervan is dat Nederland dan haar unieke positie in de EU/EER op het gebied van de groepsregelingen in de winstbelasting handhaaft en dat kan weer aantrekkelijk zijn voor het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat.