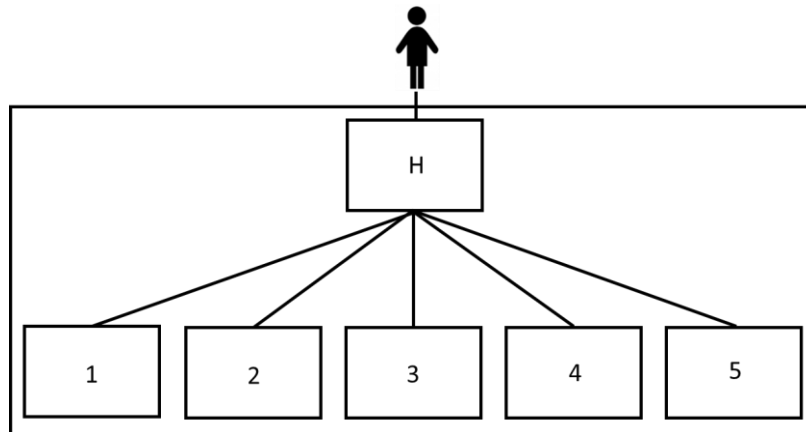


## Position paper prof. dr. J.L. van de Streek (Universiteit van Amsterdam) t.b.v. startbijeenkomst 'Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting' op 14 februari 2019

### Het mkb vlucht uit de fiscale eenheid

1. Van de 100.000 fiscale eenheden met circa 200.000 gevoegde dochtermaatschappijen, is volgens het kabinet 87% actief in het mkb-segment.<sup>1</sup> Ik vermoed dat dit vooral fiscale eenheden zijn bestaande uit een holdingvennootschap en één werkmaatschappij. Want intussen is een praktijk in zwang geraakt waarbij het mkb juist uit de fiscale eenheid vlucht om meermaals te profiteren van het tariefopstapje in de bv. Het feit dat het kabinet het fiscale-eenheidsregime wil vervangen door een alternatieve concernregeling, raakt het mkb dan ook waarschijnlijk niet zo hard. Ik geef een voorbeeld ter verduidelijking.

#### Voorbeeld



In dit voorbeeld heeft een mkb-ondernemer zijn vijf *franchise hamburgerrestaurants* ondergebracht in vijf afzonderlijke bv's. Samen met de holdingvennootschap vormen de vijf bv's een fiscale eenheid. Elk hamburgerrestaurant levert jaarlijks een winst op van € 200.000. De winst van de fiscale eenheid is derhalve € 1 miljoen per jaar (5 restaurants x € 200.000). De fiscale eenheid heeft slechts één keer recht op het mkb-tarief van 20%, namelijk voor de eerste winst tot € 200.000. Daarboven moet 25% worden betaald. Door de fiscale eenheid te verbreken, waardoor elke bv zelfstandig belastingplichtig wordt, wordt een belastingvoordeel gerealiseerd van € 40.000 per jaar (!).<sup>2</sup>

### Verliesverrekening binnen de groep is deels voorwaardelijk

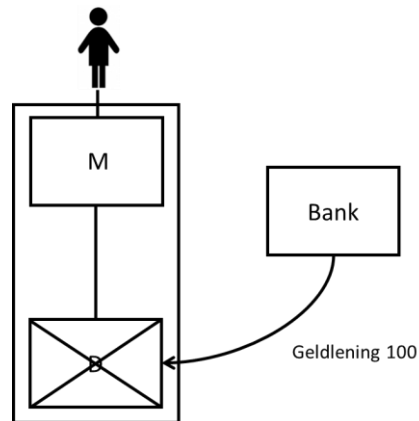
2. Het belangrijkste voordeel van de fiscale eenheid is de mogelijkheid om het in een jaar geleden verlies door een maatschappij te verrekenen met de door andere maatschappij gemaakte winst. Deze verliesverrekening is evenwel voor een deel voorwaardelijk. Indien de dochtermaatschappij zo verliesgevend is dat een faillissement onafwendbaar is, wordt het

<sup>1</sup> Kamerstukken II, 2018-2019, 34 959, nr. 7, blz. 3.

<sup>2</sup> Vanaf 2021 bedraagt belastingvoordeel € 44.000 per jaar omdat het verschil tussen het mkb-tarief (15%) en het toptarief (20,5%) dan 5,5%-punt bedraagt. Mijn verwachting is dat ook door het grootbedrijf vanaf 2019 fiscale eenheden zullen worden verbroken, of simpelweg niet langer zullen worden aangegaan, om meermaals te profiteren van de franchise van € 1 miljoen van de generieke renteaftrekbeperving.

verlies teruggenomen voor zover het verlies door de schuldeisers van de dochtermaatschappij wordt gedragen. Op deze wijze wordt dubbele verliesverrekening voorkomen. Ik geef een voorbeeld ter verduidelijking.

#### Voorbeeld



In dit voorbeeld gaat dochtermaatschappij D failliet binnen de fiscale eenheid. De verliezen van D zijn – in het verleden - verrekend met winsten van M. Door het faillissement van D komen de verliezen van D ook voor rekening van de bank, en wel voor het bedrag van de onbetaald gebleven schuld van 100. Op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad moet die onbetaalde schuld belast vrijvallen bij de fiscale eenheid.<sup>3</sup> Het heeft géén zin om de dochtermaatschappij – als een vorm van *tax planning* - in het zicht van het faillissement uit de fiscale eenheid te halen. In een dergelijk geval moet de fiscale eenheidswinst eveneens worden verhoogd met het bedrag van de onbetaald gebleven schulden.<sup>4</sup>

#### Economisch onderzoek (ondernemingsklimaat)

3. Economische literatuur en empirisch onderzoek suggereren dat de mogelijkheid om verliezen binnen een groep van vennootschappen te verrekenen, van belang is voor:

- De continuïteit van het mkb; én
- Het vestigingsklimaat voor het multinationale grootbedrijf.

Volgens economische studies is het mkb in het algemeen gevoeliger voor fiscale asymmetrie tussen winsten en verliezen dan het grootbedrijf.<sup>5</sup> Een concernregeling die verliesoverdracht binnen een groep van vennootschappen mogelijk maakt, neemt voor het mkb dan ook een belangrijk asymmetrisch element van ons Vpb-stelsel weg. Hierdoor kan het mkb bijvoorbeeld risicovolle start-ups onderbrengen in een afzonderlijke bv, terwijl operationele (aanloop)verliezen meteen verrekend kunnen worden met overige binnen het concern aanwezige winsten.

<sup>3</sup> HR 14 november 1992, nr. 28 064, BNB 1992/392 en HR 9 oktober 2010, nr. 8/03498, BNB 2010/308.

<sup>4</sup> Zie art. 15aj, lid 3, onderdeel a, Wet Vpb. 1969.

<sup>5</sup> Ik baseer mij op Claire Crawford and Judith Freedman, Small Business Taxation, in: Dimensions of tax design (The Mirrlees Review), Oxford University Press, 2011, Chapter 11, blz. 1076-1086. In deze voorstudie van de Engelse 'Mirrlees Review' – een onderzoek naar hoe een goed belastingstelsel er zou moeten uitzien in de 21e eeuw – worden diverse economische studies samengevat.

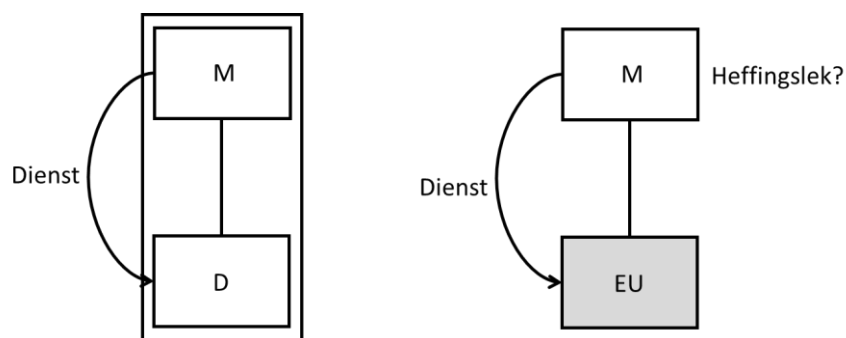
Empirisch onderzoek laat zien dat het multinationale grootbedrijf in een land meer lokale dochtermaatschappijen opricht indien het desbetreffende land voorziet in een concernregeling met intra-groepverliesverrekening.<sup>6</sup> Met andere woorden: de wijze waarop een investering wordt vormgegeven wordt significant beïnvloed door de aanwezigheid van een dergelijke concernregeling. Belangrijker is dat uit empirisch onderzoek een significant positief effect blijkt op lokale investeringen door buitenlandse multinationale ondernemingen indien een concernregeling aanwezig is.<sup>7</sup> Dit positieve effect is nog sterker voor investeringen door multinationals met een hoog risico op verlies.

Omdat de meeste landen intussen een concernregeling hebben die (ten minste) verliesverrekening binnen de groep mogelijk maakt, heeft een dergelijke concernregeling mijns inziens het karakter van *dissatisfier*. Een land kan zich eigenlijk niet veroorloven geen concernregeling te hebben vanwege de concurrentie met andere landen.<sup>8</sup> Dit geldt ook voor Nederland.

### Gebrek aan verrekenprijscorrecties is intussen ook een kwetsbaar element van de fiscale eenheid

4. Het wetvoorstel ‘Wet spoedreparatie fiscale eenheid’ repareert – als tijdelijke oplossing – vijf acute heffingslekken die dreigen als gevolg van de jurisprudentie van het HvJ EU.<sup>9</sup> De heffingslekken betreffen het omzeilen van anti-misbruikbepalingen. Volgens het kabinet zijn er op dit moment nog géén concrete aanwijzingen voor het bestaan van andere acute heffingslekken.<sup>10</sup> Uit recente jurisprudentie van het HvJ EU blijkt evenwel dat de afwezigheid van verrekenprijscorrecties voor transacties binnen de fiscale eenheid een Europeesrechtelijk risico vormt.<sup>11</sup> Daardoor dreigt een heffingslek bij grensoverschrijdende transacties. Ik geef een voorbeeld ter verduidelijking.

#### Voorbeeld



In het geval waarin M en D beide in Nederland zijn gevestigd en een fiscale eenheid vormen (linker figuur), is de transactie tussen M aan D niet onderworpen aan een

<sup>6</sup> D. Dressler en M. Overersch, Investment Impact of Tax Loss Treatment – Empirical Insights from a Panel of Multinationals, ZEW Discussion Paper 10-097, 2010, par. 4.2.

<sup>7</sup> Zie par. 4.1 van de in de vorige noot genoemde studie. Investerings zijn 20% hoger in landen met een concernregeling dan in landen zónder concernregeling.

<sup>8</sup> Dit probleem is in wezen ook aan de orde bij de innovatiebox in de vennootschapsbelasting.

<sup>9</sup> Zie het voorgestelde art. 15 lid 16 en lid 17 Wet Vpb. 1969.

<sup>10</sup> Kamerstukken II, 2018-2019, 34 959, nr. 7, blz. 12.

<sup>11</sup> HvJ EU 31 mei 2018, C-382/16 (Hornback-Baumarkt).

verrekenprijscorrectie. Zo kan M zonder fiscale consequenties nalaten een vergoeding te bedingen voor de aan D verleende dienst. Indien D in een andere EU-lidstaat is gevestigd, is het verrekenprijsleerstuk echter van cruciaal belang om in Nederland de heffing van vennootschapsbelasting te verzekeren (in het voorbeeld bij M over een zakelijke dienstverleningsvergoeding). Het HvJ EU staat mogelijk Nederland niet toe in alle gevallen een verrekenprijscorrectie te maken, waaronder bij uitstek de gevallen waarin een Nederlandse moedervennootschap uit (niet-fiscale) aandeelhoudersoverwegingen onzakelijk handelt met haar Europese dochtervennootschappen.

### **Mijn nieuwe concernregeling**

5. De toetsingskaders voor het ontwerp van de nieuwe concernregeling zouden mijns inziens moeten zijn:

- het ondernemingsklimaat;
- de uitvoerbaarheid;
- de EU-rechtelijke bestendigheid; en
- de internationaal-politieke acceptatie (OESO/EU).

Gelet op deze toetsingskaders verdient het mijns inziens aanbeveling om de nieuwe concernregeling te beperken tot de mogelijkheid om binnen een groep van vennootschappen verliezen over te dragen. Zoals uiteengezet in par. 3, is verliesoverdracht binnen concern van cruciaal belang voor het ondernemingsklimaat.

Ik vermoed dat een verliesoverdrachtregeling uitvoerbaar zal zijn, maar ik heb niet de illusie dat een verliesoverdrachtregeling tot een vereenvoudiging van ons Vpb-stelsel zal leiden.

Eén complex - maar mijns inziens noodzakelijk - onderdeel van de regeling zal een correctiemechanisme moeten zijn voor het geval een concernvennootschap failliet gaat en schuldeisers opdraaien voor het verlies (zie par. 2). In zoverre verdient het aanbeveling om de overdracht van een verlies terug te draaien.<sup>12</sup>

EU-rechtelijk kan een verliesoverdrachtregeling door de beugel, mits eveneens de aftrek wordt toegestaan van *definitieve* verliezen van EU-dochtervennootschappen die lokaal niet kunnen worden verrekend.<sup>13</sup> Het te importeren finale buitenlandse verlies zal mijns inziens, net als een overdragen binnenlands verlies, moeten worden gekort met het bedrag waarvoor de schuldeisers opdraaien.

Een verliesoverdrachtregeling<sup>14</sup> (en daarmee vergelijkbare regelingen zoals een winstoverdrachtregeling<sup>15</sup> of een poolingsysteem<sup>16</sup>) is alom internationaal geaccepteerd. In het kader van de introductie van een verliesoverdrachtregeling verdient het mijns inziens

---

<sup>12</sup> Indien de overdracht van een verlies niet wordt teruggedraaid in het geval waarin een dochtervennootschap failliet, kan de moedervennootschap verliezen aftrekken die niet voor haar rekening komen. Dit lijkt mij onevenwichtig en daarmee onwenselijk. Het volstaan met vrijvalwinst bij de gefailleerde dochtervennootschap lijkt mij geen optie vanwege een invorderingsprobleem.

<sup>13</sup> HvJ EU van 13 december 2015, C-446/03 (Marks & Spencer).

<sup>14</sup> Onder andere de volgende landen hebben verliesoverdrachtregeling: Het Verenigd Koninkrijk, Ierland, Malta, Maleisië, Nieuw-Zeeland en Singapore.

<sup>15</sup> Onder andere de volgende landen hebben een winstoverdrachtsysteem: Finland, Noorwegen en Zweden.

<sup>16</sup> Onder andere de volgende landen hebben een poolingsysteem: Italië, Luxemburg en Portugal. Bij deze systemen zijn intra-groepstransacties belast.

aanbeveling om de liquidatieverliesregeling in de vennootschapsbelasting te schrappen. Deze regeling ligt bovendien internationaal-politiek gevoelig.<sup>17</sup>

### **En die andere voordelen van de fiscale eenheid?**

6. Door de nieuwe concernregeling te beperken tot de mogelijkheid om binnen een groep van vennootschappen verliezen over te dragen, zullen intra-groepstransacties tussen Nederlandse groepsvennootschappen voortaan belast zijn. Dit betekent onder omstandigheden vooral een cashflow-nadeel ten opzichte van de fiscale-eenheidsregeling.<sup>18</sup> Mijns inziens is dit cashflow-nadeel acceptabel wisselgeld om te verzekeren dat de Belastingdienst in grensoverschrijdende situaties verrekenprijscorrecties kan blijven opleggen (zie par. 4). Bovendien biedt het bestaande arsenaal aan reorganisatiefaciliteiten<sup>19</sup> flexibiliteit voor groepen van vennootschappen om activiteiten en vermogensbestanddelen fiscaal geruisloos te reorganiseren.

Ik maak mij, ten slotte, geen zorgen om het feit dat elke groepsvennootschap afzonderlijk in het aangifte- en aanslagproces zal moeten worden betrokken. Hiervoor kan een praktische oplossing worden gevonden.<sup>20</sup>

### **Ten slotte, grensoverschrijdende consolidatie**

7. Grensoverschrijdende consolidatie is mijns inziens een veelbelovende stip aan de horizon en is opgenomen in het voorstel van de Europese Commissie voor een geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB). Indien dit voorstel realiteit wordt, zijn grensoverschrijdende transacties in het Europese deel van een concern niet langer belast en is grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk. Het voorstel dateert uit 2016. Recent is door de EU-lidstaten een voorlopig compromisvoorstel gepubliceerd. Tevens is een basistekst overeengekomen die dient om de gevolgen voor de nationale belastingopbrengsten in kaart te brengen.<sup>21</sup> Totdat de CCCTB het licht ziet, kan Nederland mijns inziens het beste volstaan met een concernregeling die de overdracht van verliezen mogelijk maakt.<sup>22</sup> Unilateraal voorzien in een grensoverschrijdende eenheid, zoals door de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB) wordt bepleit, is mijns inziens juridisch niet bestendig,<sup>23</sup> staat haaks op de OESO/BEPS-aanbevelingen<sup>24</sup> en lijkt allesbehalve robuust en uitvoerbaar.

---

<sup>17</sup> Ik doel op de Europese gedragscode inzake schadelijke belastingconcurrentie op grond waarvan de liquidatieverliesregeling als een asymmetrisch, en daarmee potentieel schadelijk, element van de deelnemingsvrijstelling wordt gezien.

<sup>18</sup> Hetgeen bij de ene groepsvennootschap als opbrengst wordt aangemerkt, kan bij de andere vennootschap – al dan niet via afschrijvingen – in beginsel als kostenpost worden aangemerkt.

<sup>19</sup> Te weten de bedrijfsfusie-, de (af)splitsing- en de juridische fusie-faciliteit.

<sup>20</sup> Zie E.J.W. Heithuis, Het einde van de fiscale eenheid in zicht!, WFR 2015/1348, par. 2.

<sup>21</sup> Zie 'Specific provisions for evaluating the impact on national tax revenues', 20 april 2018, doc. 8155/18.

<sup>22</sup> Onder het voorportaal van de CCCTB, te weten de CCTB, zullen EU-lidstaten hun nationale concernregeling waarschijnlijk kunnen continueren.

<sup>23</sup> Zie ook onderdeel 5 van de noot van O.C.R. Marres in BNB 2019/17 onder het eindarrest in de per-element-zaak HR 19 oktober 2018, nr. 15/00194. Het komt erop neer dat een grensoverschrijdende fiscale eenheid een Bosal-situatie repliceert.

<sup>24</sup> Een grensoverschrijdende fiscale eenheid die (i) potentieel fiscale mismatches creëert in relatie tot de rest van de wereld en die (ii) vooral is bedoeld om de fiscale-eenheidsregeling in binnenlandse situaties in de lucht te houden, conflicteert met de uitgangspunten van de specifieke aanbevelingen in het rapport inzake OESO/BEPS-actiepunt 2.