

Hoge Raad volgt Europese Hof van Justitie in de per-elementbenadering

1. Inleiding

Op 19 oktober 2018 heeft de Hoge Raad einduitspraak gedaan in twee belangrijke zaken voor de vennootschapsbelasting waarin de Hoge Raad eerder prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Europese Hof van Justitie (HvJ EU) en waarop hij begin 2018 antwoorden heeft gekregen ([zie onze eerdere berichtgeving](#)). Beide zaken hebben een gemeenschappelijke kernvraag, namelijk of 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 wél een fiscale eenheid met die buitenlandse dochters kan worden aangegaan (de per-elementbenadering).

In een van de zaken, die gaat over een renteaftrekbeperking (winstdrainage, artikel 10a Wet Vpb) beslist de Hoge Raad nu – overeenkomstig het HvJ EU – dat deze in strijd is met de vrijheid van vestiging. Naar aanleiding van de uitspraak van het HvJ EU is op 4 juni 2018 overigens al een wetsvoorstel met spoedreparatiemaatregelen ingediend ([zie onze eerdere berichtgeving](#)). Deze komen erop neer dat enkele regelingen in de vennootschapsbelasting en dividendbelasting – ook in binnenlandse verhoudingen – zullen moeten worden toegepast alsof er *geen* fiscale eenheid is.

Voor wat betreft de andere zaak, die handelt over de aftrek van valutaverliezen op EU-deelnemingen, heeft de Hoge Raad nu in navolging van het HvJ EU beslist dat geen sprake is van strijdigheid met het EU-recht.

Wij gaan hierna in op beide zaken, alsmede op de gevolgen voor de praktijk.

2. Winstdrainage (artikel 10a Wet Vpb)

Deze zaak betreft zoals gezegd een renteaftrekbeperking. Een Nederlandse vennootschap leende in van de Zweedse topholding van het concern waartoe zij behoorde 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.

Tussenarrest Hoge Raad (juli 2016)

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

Uitspraak HvJ EU (februari 2018)

Het HvJ EU beantwoordde deze vraag uiteindelijk bevestigend. Voortbordurend op het arrest Groupe Steria overwoog het HvJ EU dat voor andere belastingvoordelen van de fiscale eenheid dan de overdracht van verliezen afzonderlijk moet worden beoordeeld of een lidstaat deze kan uitsluiten in grensoverschrijdende situaties. Naar de mening van het HvJ EU moet dus (ook) bij het Nederlands fiscale-eenheidsregime de per-elementbenadering worden toegepast.

Het HvJ EU kwam uiteindelijk tot de uitspraak dat de weigering van renteaftrek op een bij een verbonden lichaam opgenomen lening ter financiering van een kapitaalstorting in een EU-dochter, in strijd is met de vrijheid van vestiging nu dit wel zou zijn toegestaan in het geval van een kapitaalstorting in een ingezeten gevoegde dochtervennootschap.

Eindarrest Hoge Raad (oktober 2018)

De Hoge Raad oordeelt, onder verwijzing naar de overwegingen van het HvJ EU, dat sprake is van objectief vergelijkbare gevallen die, zonder dat daar een rechtvaardiging voor bestaat, verschillend worden behandeld. Artikel 10a Wet Vpb moet in deze casus dus buiten toepassing blijven. Aanvullend merkt de Hoge Raad nog op dat *niet* hoeft te worden vergeleken met de hypothetische situatie waarin sprake zou zijn van een grensoverschrijdende fiscale eenheid.

3. Valutaverliezen op een Britse deelneming

In de andere zaak is sprake van een Nederlandse moedermaatschappij van een fiscale eenheid, die direct en indirect deelnemingen hield. De deelnemingen waren onder andere in het Verenigd Koninkrijk gevestigd. Via deze Britse tak werd een belang in een Nederlandse vennootschap gehouden. In 2008 en 2009 vonden interne reorganisaties plaats, waarbij ook onderlinge schuldvorderingen waren betrokken. Na de reorganisaties werd de Nederlandse vennootschap rechtstreeks door de fiscale eenheid gehouden en de Britse tak juist indirect, via een Luxemburgse vennootschap. Als gevolg van de reorganisaties werd een valutaverlies op het in de Britse tak geïnvesteerde vermogen geleden. Vanwege de toepassing van de deelnemingsvrijstelling zijn dergelijke valutaverliezen in beginsel echter niet aftrekbaar. De vraag is of het EU-recht niettemin tot aftrek moet leiden.

Tussenarrest Hoge Raad (juli 2016)

De Hoge Raad oordeelde dat het niet buiten redelijke twijfel is dat belanghebbende zich met recht kan beroepen op het arrest Groupe Steria. Hij stelde daarom onder meer de prejudiciële vraag of op grond van de vrijheid van vestiging een aftrek van valutaverlies op het in een EU-dochtervennootschap geïnvesteerde vermogen moet worden toegestaan als dit in binnenlandse situaties ook zou kunnen.

Uitspraak HvJ EU (februari 2018)

Volgens het HvJ EU zijn interne en grensoverschrijdende situaties in dit kader niet objectief vergelijkbaar. Een Nederlandse vennootschap kan namelijk geen koersverliezen op haar Nederlandse deelneming lijden, behalve in het zeer bijzondere geval dat die deelneming is uitgedrukt in een andere munteenheid dan die waarin het

resultaat van de moedervernootschap is uitgedrukt. Maar zelfs in dat geval kan het bestaan van een verschil in behandeling nog worden betwist. Bij een ingezeten *gevoegde* dochter is de deelnemingsrelatie namelijk niet zichtbaar, zodat ook dan geen aftrekbaar valutaverlies op de deelneming kan worden genomen. Tot slot herhaalt het HvJ EU zijn oordeel uit het arrest X dat een lidstaat verliezen niet aftrekbaar hoeft te maken als positieve resultaten niet belast zouden zijn. Dit is onder de Nederlandse deelnemingsvrijstelling het geval.

Het HvJ EU komt tot de slotsom dat het niet in aftrek toestaan van valutaverliezen op EU-deelnemingen niet in strijd is met de vrijheid van vestiging.

Eindarrest Hoge Raad (oktober 2018)

Ook in deze casus oordeelt de Hoge Raad conform de uitspraak van het HvJ EU. De valutaverliezen kunnen dus niet worden afgetrokken.

4. Het vervolg

Zoals gezegd heeft het kabinet op 4 juni 2018 al een wetsvoorstel met spoedreparatiemaatregelen ingediend. Uit een recente Kamerbrief van de staatssecretaris van Financiën blijkt dat de in het wetsvoorstel opgenomen terugwerkende kracht, tot 25 oktober 2017, 11.00 uur, gaat worden beperkt tot 1 januari 2018 ([zie onze eerdere berichtgeving](#)). Begin augustus 2018 heeft de Tweede Kamer zijn vragen over het wetsvoorstel ingediend. De beantwoording van de vragen door de staatssecretaris van Financiën wordt op korte termijn verwacht. Tot slot merken wij op dat het kabinet eerder heeft aangegeven voornemens te zijn om de spoedreparatiemaatregelen binnen afzienbare termijn te laten opvolgen door een toekomstbestendige concernregeling. De stappen om te komen tot een conceptwetsvoorstel dat ter internetconsultatie zal worden aangeboden, zijn volgens een eerdere verwachting medio 2020 afgerond.

Wij houden u uiteraard van het vervolg op de hoogte. Mocht u vragen hebben of willen overleggen over bijvoorbeeld de vraag of een bestaande fiscale eenheid, overname- of financieringsstructuur als gevolg van de huidige stand van zaken wel in stand moet worden gelaten, neemt u dan gerust contact op met uw Meijburgadviseur.

Meijburg & Co
oktober 2018

De in dit memorandum opgenomen informatie is van algemene aard en heeft geen betrekking op de specifieke omstandigheden van een bepaald individu of een bepaalde entiteit. Hoewel bij de totstandkoming van dit memorandum de grootst mogelijke zorgvuldigheid is betracht, kunnen wij niet garanderen dat de daarin opgenomen informatie op de datum van ontvangst juist en volledig is of dat in de toekomst zal blijven. Op grond van deze informatie dient geen actie ondernomen te worden zonder adequate professionele advisering na een grondig onderzoek van de specifiek van toepassing zijnde situatie.