

Faculteit der Economische Wetenschappen

5 Masterscriptie: Fiscale Economie

Grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening

10

15

Grensoverschrijdende verliesverrekening
Horizonverbreding?

20

25

30

35

40

Student:

C.J.P. Boomhouwer

300245

45

Begeleider:

Prof. dr. P. Kavelaars

Soest, 3 november 2011

50

Inhoudsopgave

	Inhoudsopgave	1
	Lijst met afkortingen.....	3
5	1 Inleiding	4
	1.1 Aanleiding	4
	1.2 Relevantie.....	6
	1.3 Probleemstelling.....	7
	1.4 Methodologie	8
10	1.4.1 Deelvragen	9
	1.4.2 Toetsingscriteria.....	10
	1.5 Hoofdstukindeling	11
	2 Horizontale verliesverrekeningsregeling	12
	2.1 Inleiding	12
15	2.2 Fiscale eenheidsregime tot 1 januari 2003	12
	2.2.1 Ontstaansgeschiedenis	13
	2.2.2 Grensoverschrijdende fiscale eenheid.....	14
	2.3 Fiscale eenheidsregime per 1 januari 2003	17
	2.3.1 Artikel 15, Wet VPB 1969.....	17
20	2.3.2 Dochtervennootschap \neq VI	19
	2.4 Aanverwante bepalingen	20
	2.4.1 Inhaalregeling	20
	2.4.2 Omzettingsregeling	22
	2.4.3 Liquidatieverliesregeling	23
25	2.5 Conclusie.....	25
	2.5.1 Beantwoording deelvraag	25
	2.5.2 Toetsing aan criteria.....	26
	3 Europees recht en groepsregelingen	29
	3.1 Inleiding	29
30	3.2 Toegang tot Verdrag betreffende werking van de EU	30
	3.3 Discriminatie of belemmering.....	31
	3.3.1 Buitenlandse versus binnenlandse dochtervennootschap	31
	3.3.2 Buitenlandse VI versus buitenlandse dochtervennootschap	36
	3.3.3 Buitenlandse VI versus binnenlandse VI.....	39
35	3.4 Rechtvaardigingsgronden.....	40
	3.4.1 Onevenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid	40
	3.4.2 Dubbele verliesverrekening	44
	3.4.3 Belastingontwijking	44
	3.5 Effectiviteit en proportionaliteit	45
40	3.5.1 Altijd-ergens-beginsel.....	45
	3.5.2 Nuancering.....	47
	3.6 Conclusie.....	50
	4 Proportionaliteit Nederlandse verliesverrekeningsregeling.....	52
	4.1 Inleiding	52
45	4.2 Inhaalregeling.....	52
	4.3 Omzettingsregeling	54
	4.4 Liquidatieverliesregeling.....	55
	4.5 Definitief teloorgegangene verliezen als gevolg van vervreemding.....	58
	4.6 Proportionaliteit fiscale eenheidsregeling	58

	4.6.1	De on- of evenredigheid van de inhaalregeling?	59
	4.6.2	Gelieerde discussiepunten.....	62
	4.7	Conclusie.....	64
5	5	Europese oplossingsrichtingen.....	66
5	5.1	Inleiding	66
	5.2	Common Consolidated Corporate Tax Base	67
	5.2.1	Systematiek	67
	5.2.2	Resultaatbepaling	69
	5.2.3	Resultaatverdeling.....	70
10	5.3	Beoordeling voorgestelde CCCTB-richtlijn.....	71
	5.3.1	Beoordeling resultaatbepaling	71
	5.3.2	Beoordeling resultaatverdeling	73
	5.3.3	Toetsing aan criteria.....	74
	5.3.4	Conclusie.....	76
15	5.4	Alternatieve oplossingsrichtingen	77
	5.4.1	European Tax Allocation System	77
	5.4.2	Home State Taxation.....	79
	5.4.3	Inhaalregeling (verliesmededeling)	80
	5.4.4	Negatieve aanslag	82
20	5.5	Herziening concept CCCTB-richtlijn.....	83
	5.5.1	Oplossingen voor kritiekpunten.....	84
	5.5.2	CCTB met grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening	85
	5.6	Conclusie.....	89
6	6	Eindconclusie.....	91
25	6.1	Verdediging probleemstelling (eerste deel)	91
	6.1.1	Nederlandse horizontale verliesverrekeningsregeling	91
	6.1.2	Europese randvoorwaarden horizontale verliesverrekening.....	92
	6.1.3	Verdediging probleemstelling.....	93
	6.2	Verdediging probleemstelling (tweede deel)	94
30	Bijlagen.....		96
	1	Voorbeeld Liquidatieverlies.....	96
	2	Voorbeeld Gestort aandelenkapitaal	97
	Literatuurlijst.....		99

Lijst met afkortingen

	A-G	Advocaat-Generaal
	art.	Artikel
5	BBP	Bruto Binnenlands Product
	BES	Bonaire, Sint Eustatius en Saba.
	BNP	Bruto Nationaal Product
	BRK	Belastingregeling voor het Koninkrijk
	BV	Besloten vennootschap
10	BvdB 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
	CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
	CCTB	Common Corporate Tax Base
	c.p.	ceteris paribus
	CPB	Centraal Plan Bureau
15	EC	Europese Commissie
	EG	Europese Gemeenschap
	ER	Europese Raad
	ETAS	European Tax Allocation System
	EU	Europese Unie
20	E&Y	Ernst & Young
	FED	Fiscaal Economische Documentatie
	FP	Fiscaal praktijkblad
	HR	Hoge Raad der Nederlanden
	HST	Home State Taxation
25	HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
	IVBPR	Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
	NSV	Nederlands standaardverdrag
	NV	Naamloze vennootschap
	OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
30	PWC	PriceWaterhouseCoopers
	SER	Sociaal Economische Raad
	TK	Tweede Kamer
	VI	Vaste inrichting
	VK	Verenigd Koninkrijk
35	VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
	V-N	Vakstudie Nieuws
	Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
	Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
	WFR	Weekblad Fiscaal Recht
40	ZEW	Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

Een structuur met een groep lichamen¹ kan om economische, juridische en organisatorische redenen voordelen bieden. Een belangrijke fiscale bepaling voor een dergelijke structuur betreft de deelnemingsvrijstelling. Door middel van deze bepaling zijn de resultaten voortvloeiend uit een deelneming volledig vrijgesteld.² Hierdoor gaat onder andere het vervreemden van een deelneming niet gepaard met de heffing van vennootschapsbelasting, terwijl bij het verkopen van een zelfstandige ondernemingsactiviteit hier geen aanspraak op kan worden gemaakt. Van Loon³ onderkende echter een belangrijk onaangenaam gevolg van het opzetten van een concernstructuur. Indien alle ondernemingsactiviteiten onder één belastingplichtige vallen, wordt het resultaat als één geheel belast en bij een concern wordt ieder bedrijfsonderdeel, indien ondergebracht in een afzonderlijke entiteit, afzonderlijk belast. Eventuele verliezen worden in dat geval niet verrekend met de winsten van de overige bedrijfsonderdelen. Met behulp van de fiscale eenheidsregeling is het echter mogelijk om onder voorwaarden deze vorm van verliesverrekening⁴ alsnog toe te kunnen passen. Echter, de regeling is beperkt tot binnenlandse belastingplichtigen.⁵ Indien een dochtervennootschap buiten Nederland gevestigd is, is het namelijk niet mogelijk om haar verlies te verrekenen met Nederlandse winst en vice versa.⁶ Daarentegen biedt art. 15, lid 4, Wet VPB 1969 de mogelijkheid om de door de buitenlandse belastingplichtige dochtervennootschap gedreven onderneming met behulp van een in Nederland aanwezige VI⁷ onderdeel van een fiscale eenheid uit te laten maken. Horizontale verliesverrekening is in die zin beperkt tot het binnenlandse deel van het concernresultaat wat strookt met het territorialiteitsbeginsel.⁸

¹ Art. 1 Wet VPB 1969.

² Art. 13, lid 2, Wet VPB 1969. Indien er sprake is van een laagbelaste beleggingsdeelneming conform art. 13, lid 10, Wet VPB 1969 dan is het voordeel uit hoofde hiervan niet vrijgesteld, maar vindt op grond van art. 13aa juncto art. 23c Wet VPB 1969 deelnemingsverrekening plaats. De voordelen uit hoofde van een belang dat kleiner is dan 5% zijn belast en eventuele ingehouden dividendbelasting is verrekenbaar.

³ Loon, J. van, *De holding-maatschappij in het wetsontwerp, De NV, 1940, nr. 11, blz. 350.*

⁴ Deze vorm wordt horizontale verliesverrekening genoemd.

⁵ Art. 15, lid 3, onderdeel c, Wet VPB 1969.

⁶ Dit wordt door de toepassing van de zogenoemde liquidatieverliesregeling enigszins genuanceerd.

⁷ Art. 2, lid 1, BvdB 2001 definieert de VI als een duurzame inrichting van een onderneming met behulp waarvan de werkzaamheden van die onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend, daaronder begrepen: a) de zetel van de leiding van de onderneming, b) landbouwgronden en c) werken waarvan de uitvoering langer dan twaalf maanden duurt. Lid 3 acht een VI niet aanwezig ingeval slechts goederen in commissie worden gehouden.

⁸ Kemmeren legt het beginsel als volgt uit: 'belasten van het inkomen dat uitsluitend binnen het territoir van die staat is geproduceerd'. Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening, WFR 2006/211, § 5.3.

In maart 2000 stelde de ER van Lissabon voor de EU een strategisch doel, de zogenoemde Lissabon-strategie, waarmee de EU in 2010 de meest concurrerende en dynamische kennis-economie van de wereld moest worden die in staat is tot duurzame economische groei met meer en betere banen, een hechtere sociale samenhang en respect voor het milieu.⁹ Vijf jaar later heeft de EU tijdens de Europese Voorjaarstop deze strategie vernieuwd en concentreert zich op groei en werkgelegenheid, waarbij onder andere investeren en werken in de EU aantrekkelijker moet worden, hetgeen tijdens de Voorjaarstop van 2010 concreter is samengevat in de EU 2020-strategie: slimme, duurzame en inclusieve groei.¹⁰ Ten aanzien van deze speerpunten onderkent de EC mede het probleem van het ontbreken van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende verliesverrekening.¹¹ In haar verliesverrekeningsmededeling stelt zij dat het de besluitvorming van bedrijven op de interne markt verstoort, bijvoorbeeld ten aanzien van het betreden van nieuwe markten waarbij doorgaans sprake is van aanloopverliezen, waardoor het concurrentievermogen van de bedrijven in de EU beperkt blijft.¹² Derhalve beschrijft zij drie theoretische oplossingsrichtingen voor grensoverschrijdende verliesverrekening en doet ze voorstellen om de economische dubbele belasting en de cashflownadelen, die ontstaan door de beperkte verliesverrekening, te voorkomen. Tevens geeft ze aan dat een beperkt aantal lidstaten¹³ een verliesverrekeningsregeling heeft die ook voor grensoverschrijdende situaties geldt. De overige lidstaten, waaronder Nederland, hanteren een beperkende regeling. Beperkingen in gevallen van grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening, in die situaties waarin dat in zuiver binnenlandse verhoudingen wel mogelijk is, hebben geleid tot een aantal procedures bij het HvJ omtrent de eventuele strijdigheid van een beperkende grensoverschrijdende verliesverrekeningsregeling met het VwEU. Belangrijke arresten zijn in dit verband onder andere *Marks & Spencer II*, *Oy AA*, *Deutsche Shell*, *Lidl Belgium en KR Wannsee*.¹⁴ Uit de uitspraken blijkt kort gezegd dat het HvJ van mening is dat er in de ter discussie staande regelingen, afgezien van het Deutsche Shell-arrest, sprake is van strijdig-

⁹ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Samen werken aan werkgelegenheid en groei, een nieuwe start voor de Lissabon-strategie, Brussel, 2 februari 2005, COM(2005) 24 definitief, blz. 3-4.

¹⁰ Ibid, blz. 4-5 en Europese Commissie, Europa 2020 Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, Brussel, 3 maart 2010, COM(2010) 2020 definitief.

¹¹ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Bijdrage van het belasting- en douanebeleid tot de Lissabon-strategie, Brussel, 25 oktober 2005, COM(2005) 532 definitief, blz. 8.

¹² Commissie van de Europese Gemeenschappen, Fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties, Brussel, 19 december 2006, COM(2006) 824 definitief, blz. 2-3.

¹³ Ibid, in § 3.1 voetnoot 15. Slechts de lidstaten Denemarken, Frankrijk, Italië en Oostenrijk.

¹⁴ HvJ, 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), HvJ, 18 juli 2007, nr. C-231/05, V-N 2007/57.13 (arrest Oy AA), HvJ, 28 februari 2008, nr. C-293/06, V-N 2008/49.2 (arrest Deutsche Shell GmbH), HvJ, 15 mei 2008, nr. C-414/06, BNB 2009/85c* (arrest Lidl Belgium) respectievelijk HvJ, 23 oktober 2008, nr. C-157/07, BNB 2009/86* (arrest KR Wannsee).

heid met de vrijheid van vestiging, maar dat dit wordt gerechtvaardigd op grond van dwingende redenen van algemeen belang. Op 25 februari 2010 is het HvJ tot dezelfde conclusie ten aanzien van de fiscale eenheidsregeling gekomen.¹⁵ Echter, de argumentatie liet volgens de literatuur te wensen over evenals dat er nog openstaande vragen ten aanzien van de mate van proportionaliteit zijn.¹⁶ Desalniettemin heeft de Hoge Raad dit arrest gevolgd.¹⁷ Allicht is nu de tijd van positieve in plaats van negatieve integratie aangebroken. Derhalve is mijns inziens het laatste woord over de grensoverschrijdende verliesverrekening nog niet gesproken.

1.2 Relevantie

Tot op heden heeft het HvJ zoals hiervoor opgemerkt enkele arresten gewezen over grensoverschrijdende verliesverrekening. Hoewel hij kort gezegd van mening is dat er rechtvaardigingsgronden voor de door hem vastgestelde strijdigheid met de vrijheid van vestiging bestaan, heeft dit mijns inziens nog niet geleid tot het ideaal waarnaar de EC streeft: het vergroten van de interne welvaart door middel van het vergroten van het concurrentievermogen van de bedrijven in de EU.¹⁸ In 2005 heeft de toenmalige staatssecretaris van Financiën in zijn nota *Werken aan winst, naar een laag tarief en een brede grondslag* wel aangegeven dat niets doen geen optie lijkt¹⁹, echter na de uitspraak van het HvJ inzake *Marks & Spencer II* heeft hij zijn oorspronkelijk voornemen tot het toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening weer ingetrokken.²⁰ Alhoewel menigeen²¹ de staatsecretaris hierin gesteund heeft, wordt zowel in de politiek²² als in de fiscale literatuur²³ hier ook anders over gedacht. Ondanks de uitspraak van het HvJ omtrent de grensoverschrijdende fiscale eenheid is mijns inziens deze discussie mede zoals hiervoor al aangegeven nog niet geheel uitgekristalliseerd.

¹⁵ HvJ, 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166c* (arrest X Holding BV).

¹⁶ Bijvoorbeeld: A-G van Wattel, nadere conclusie van 7 juli 2010 inzake: HR nr. 43484 bis, HvJ, 25 februari 2010, zaak C-337/08, V-N 2010/48.17 (arrest X Holding BV) en Weber, D.M., Weigeren van voordelen van grensoverschrijdende fiscale eenheid in strijd met recht van vestiging? (X Holding), FED 2010/95.

¹⁷ HR 7 januari 2011, nr. 43484bis, V-N 2011/3.18.

¹⁸ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Samen werken aan werkgelegenheid en groei, een nieuwe start voor de Lissabon-strategie, Brussel, 2 februari 2005, COM(2005) 24 definitief, blz. 5 en 19.

¹⁹ Brief Ministerie van Financiën, 29 april 2005, nr. AFP 2005-00386, § 7, V-N 2005/24.3.

²⁰ Kamerstukken II 2005/06, 30 107, nr 9, blz. 23.

²¹ Ibid, nr. 9, blz. 16. Crone vindt de huidige situatie gerechtvaardigd en geldbesparend. Kok stelt dat het territorialiteitsbeginsel Nederland toestaat de resultaten van buitenlandse dochtervennootschappen buiten de fiscale consolidatie te houden. Kok, Q.W.J.C.H., Grensoverschrijdende fiscale eenheid: de (on)mogelijkheid, FP (2008), nr. 1 (7 januari 2008), blz. 4.

²² Ibid, nr. 9, blz. 19. Vendrik stelt dat het arrest ook anders gelezen kan worden, dat er een beroep wordt gedaan op de Europese eenwording en het vrije verkeer van kapitaal. Dit betekent dat multinationals het recht krijgen om in elk land een verlies te verrekenen als daarvoor in het thuisland geen fiscale basis is.

²³ Volgens Nijkeuter lijkt er geen belemmering te zijn voor grensoverschrijdende verliesverrekening. Nijkeuter, E., Het belang van een beschikking (grensoverschrijdende) fiscale eenheid, FP (2008), nr. 19 (17 november 2008), blz. 12.

Tevens is de discussie actueel gelet op het voorstel van de EC om een Europees gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting, welke in een nader overeen te komen Common Consolidated Corporate Tax Base-richtlijn wordt vastgelegd, in te voeren.²⁴ Het doel van deze richtlijn is om belastingbelemmeringen bij grensoverschrijdende economische activiteiten weg te nemen. Door middel van consolidatie van de voor iedere lidstaat van toepassing zijnde uniforme grondslag voor de vennootschapsbelasting wordt onder andere het verlies van de ene lidstaat horizontaal met de winst van de andere lidstaat verrekend.²⁵ Daarnaast is het gouden tijdperk van eind 20^{ste} eeuw als gevolg van de uit elkaar gespatte internetbubbel en de boekhoudschandalen rond 2002 en de afgelopen kredietcrisis ingeruild voor een periode van economisch herstel waarbij vele bedrijven mede door de huidige onzekerheid²⁶ in de markt wisselvalliger, dan wel slechter presteren dan voorheen. Mede hierdoor is grensoverschrijdende verliesverrekening van groter belang geworden. Derhalve stimuleert de overheid om onder andere te ondernemen, investeren en innoveren, want daardoor kunnen bedrijven allicht hun rendementen op termijn weer verhogen.²⁷ Echter, het begin van een investerings- of innovatieperiode gaat doorgaans gepaard met verliezen. Daarnaast is de groei van de Nederlandse welvaart sterk afhankelijk van zijn externe omgeving.²⁸ Nu de grensoverschrijdende verliesverrekening in Nederland beperkt is²⁹, wordt investeren en innoveren binnen de EU fiscaal niet gestimuleerd. Immers de huidige situatie leidt tot cashflownadelen en wellicht tot economische dubbele belasting, hetgeen zeker in een tijd van een crisis, dan wel economische dip meer dan ongewenst is.

1.3 Probleemstelling

Uit § 1.1 blijkt dat de Nederlandse fiscale eenheidsregeling net als de Engelse en Finse groepsregeling beperkt is tot het binnenlandse deel van het concernresultaat. Echter, gelet op de bovengenoemde onduidelijkheden ten aanzien van het door het HvJ gewezen X Holding-arrest is mijns inziens niet onomstotelijk vastgesteld dat de Nederlandse regeling niet in strijd

²⁴ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Proposal for a council directive on a CCCTB, Brussel, 16 maart 2011, COM(2011) 121/3, 2011/0058 (CNS).

²⁵ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Coördinatie van de directe belastingstelsels van de lidstaten op de interne markt, Brussel, 19 december 2006, COM(2006) 823 definitief, blz. 3 en 9.

²⁶ De onrust in het Midden-Oosten en de invloed ervan op de olieprijs, de bezuinigingsplannen van de Nederlandse overheid, voedselprijzen die in 2011 hoogterecords verbreken en het verzwakkende wereldwijde economische herstel wat tevens ongunstig is voor de open Nederlandse economie. http://www.tijd.be/nieuws/ondernemingen_financien/Rabobank_waarschuwt_voor_moeilijk_2011.9028815-3095.art?ckc=1, 6 maart, 2011.

²⁷ http://www.ez.nl/Onderwerpen/Ruimte_voor_ondernemers/Kredietcrisis, 6 maart 2009.

²⁸ Nederland heeft een erg open economie en een relatief kleine thuismarkt. SER, Advies Dienstenrichtlijn, nr 2005/07, 20 mei 2005, § 2.1.

²⁹ Ten aanzien van dochtervennootschappen en niet zozeer ten aanzien van vaste inrichtingen. Zie §2.4.

is met het EU-recht, mede gelet op de fiscale behandeling van VI-resultaten. Hoewel de grensoverschrijdende verliesverrekeningsregelingen door het HvJ strijdig doch gerechtvaardigd bevonden zijn, wordt uitgaande van de meergenoemde strategie van de EU en verliesverrekeningsmededeling nog geen optimale interne marktwerking volgens de EC bewerkstelligd. Immers, zoals hiervoor aangegeven, dragen economische dubbele belasting en cash-flownadelen die ontstaan door de beperkte verliesverrekening niet bij aan het vergroten van het concurrentievermogen van de bedrijven in de EU. Mede door de verliesverrekeningsbeperking los te laten dragen de lidstaten, zo stelt de EC, wel bij aan de verwezenlijking van de strategie van de EU en zal iedereen uiteindelijk profiteren.³⁰ In dat opzicht geniet een Europese oplossingsrichting de voorkeur boven een nationale, maar de vraag is of dit realiseerbaar is. Derhalve beoordeel ik in deze scriptie de werking van de Nederlandse grensoverschrijdende horizontale verliesverrekeningsregeling ten aanzien van dochtervennootschappen en VI's en toets ik in hoeverre er sprake is van strijdigheid met het EU-recht. In het verlengde van de aangehaalde doelstelling van de EU onderzoek ik tevens welke EU oplossingrichting het beste realiseerbaar is.

Naar aanleiding van bovenstaande formuleer ik de volgende stelling die ik in dit onderzoek toets: *De Nederlandse horizontale verliesverrekeningsregeling zoals die geldt binnen de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting is in strijd met het EU-recht en dient op EU niveau te worden aangepast.*

1.4 Methodologie

In deze bijdrage ga ik in op de Nederlandse grensoverschrijdende horizontale verliesverrekeningsregeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting welke, gelet op de in § 1.1 aangegeven beperking, het bereiken van het optimale welvaartsniveau van Nederland en mede die van de EU belemmert.³¹ Vanwege de beperkt opgelegde omvang voor mijn onderzoek concentreer ik mij naast de toetsing van mijn stelling op de optimalisering van de grensoverschrijdende horizontale verliesverrekeningsregeling binnen de EU. Derhalve abstraheer ik mij van de eventuele invloed van de juridische huls van concernonderdelen, van bepalingen welke de prestaties anders dan volledig belast behandelen en van de specifieke bepalingen

³⁰ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Samen werken aan werkgelegenheid en groei, een nieuwe start voor de Lissabon-strategie, Brussel, 2 februari 2005, COM(2005) 24 definitief, blz. 13.

³¹ Nederland is voor de groei van zijn welvaart sterk afhankelijk van haar externe omgeving. (...) belang bij verdere marktintegratie, gericht op het vergemakkelijken van het grensoverschrijdende verkeer. SER, Advies Dienstenrichtlijn, nr 2005/07, 20 mei 2005, § 2.1. Ten aanzien van EU zie voetnoot 16, plus blz. 3 van die bron.

ten aanzien van verticale verliesverrekeningsregeling.³² Dergelijke onderwerpen zijn mijns inziens niet van wezenlijk belang voor de aanpassing van de grensoverschrijdende horizontale verliesverrekeningsregeling. Ter aanpassing van deze regeling en ter verdediging van mijn probleemstelling formuleer ik een drietal deelvragen. Daarnaast stel ik, om tot een aanpassingsvoorstel te komen, een aantal toetsingscriteria vast waaraan een grensoverschrijdende horizontale verliesverrekeningsregeling mijns inziens dient te voldoen. Door de antwoorden op de deelvragen aan de criteria te toetsen acht ik een eindoordeel te kunnen vellen omtrent de optimalisering van de hier ter discussie staande regeling. In het navolgende worden de geformuleerde deelvragen en de vastgestelde toetsingscriteria nader toegelicht.

10 **1.4.1 Deelvragen**

De eerste deelvraag betreft een analyse van de huidige Nederlandse horizontale verliesverrekening: *Hoe is de Nederlandse horizontale verliesverrekeningsregeling zoals die geldt binnen de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting vormgegeven?* Door middel van het bestuderen van de Nederlandse wet- en regelgeving breng ik in kaart binnen welk kader grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening mogelijk is. Hierbij sta ik mede stil bij haar ontstaansgeschiedenis om het doel van de wetgever goed voor ogen te hebben. Bovendien verklaar ik het verschil in de fiscale behandeling van een dochtervennootschap en een VI.

De tweede deelvraag luidt: *In hoeverre dient een lidstaat met een groepsregeling op grond van EU-recht grensoverschrijdende werking toe te staan?* Door middel van het bestuderen van het EU-recht en de rechtspraak van het HvJ ten aanzien van de groepsregelingen breng ik in kaart waaraan een Europese groepsregeling dient te voldoen. Allereerst beoordeel ik of en wanneer er sprake is van discriminatie, dan wel een belemmering alvorens ik onderzoek binnen welk kader dit eventueel gerechtvaardigd, dan wel proportioneel is. Aan de hand van deze bestudering toets ik of de Nederlandse horizontale verliesverrekeningsregeling in strijd is met het EU-recht.

De derde deelvraag onderzoekt de mogelijke oplossingsrichtingen: *Welke Europese oplossingsrichting maakt een grensoverschrijdende horizontale verliesverrekeningsregeling realiseerbaar?* Afgelopen voorjaar heeft de EC een concept CCCTB-richtlijn gepresenteerd.

³² Verticale verliesverrekening betreft de mogelijkheid tot achterwaartse en voorwaartse verliesverrekening welke zijn vastgelegd in Hoofdstuk IV van de Wet VPB 1969. Specifieke bepalingen waar ik hier op doel, betreffen bijvoorbeeld situaties met houdstervenootschappen (art. 20, lid 4, Wet VPB 1969) en uiteindelijke belangen welke in belangrijke mate zijn gewijzigd (art. 20a Wet VPB 1969).

Daarvoor heeft zij met een soortgelijke regeling genaamd Home State Taxation³³ voorgesteld en in een verliesmededeling heeft zij drie theoretische oplossingsrichtingen voor grensoverschrijdende verliesverrekening aangedragen. Geïnspireerd door de mededelingen van de EC heeft Hernler een ETAS³⁴ en heeft Kemmeren een negatieve aanslag³⁵ voorgesteld. Aan de hand van vier nader te noemen toetsingscriteria beantwoord ik deze deelvraag.

1.4.2 Toetsingscriteria

Aan de hand van de antwoorden op de deelvragen toets ik in hoeverre de Nederlandse horizontale verliesverrekeningsregeling en de oplossingsrichtingen aan de criteria voldoen. Na dit onderzoek beoordeel ik welke oplossingsrichting ik het meest adequaat acht. Een grensoverschrijdende horizontale verliesverrekeningsregeling dient mijns inziens te voldoen aan de volgende criteria:

- 1) effectieve en onmiddellijke éénmalige aftrek van verliezen;
- 2) geen ruimte voor misbruik;
- 3) niet in strijd met het EU-recht; en
- 15 4) oplossing dient realiseerbaar te zijn.³⁶

Het eerste criterium betreft de voorkoming van cashflownadelen en economische dubbele belasting zodat grensoverschrijdende investeringen fiscaal niet worden ontmoedigd. Door alle concernverliezen effectief en onmiddellijk éénmalig te verrekenen is hier geen sprake van.³⁷ Echter, dit is doorgaans niet mogelijk wanneer in de bronlanden winsten worden genomen en verlies in het woonland van het concern wordt geleden. Indien achter- en voorwaartse verliesverrekening geen soelaas bieden, leidt dit naast cashflownadelen tot economische dubbele belasting.³⁸ Daarentegen mag de regeling niet leiden tot dubbele aftrek.³⁹ Naast het feit dat lidstaten niet voor dit heffingslek willen opdraaien, is het ook niet te rechtvaardigen tegenover lichamen die geen toegang tot de groepsregeling hebben. Derhalve is mijn tweede

³³ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Op zoek naar oplossingen voor de obstakels op het gebied van de vennootschapsbelasting waarmee het MKB op de interne markt wordt geconfronteerd – hoofdlijnen van een mogelijke proef met belastingheffing volgens de regels van de thuisstaat, Brussel, 23 december 2005, COM(2005) 702 definitief, blz. 3.

³⁴ Hernler, M.J., European Taxation: European Tax Allocation System (ETAS): A Proposal for a Consolidated European Tax System, IBFD, Amsterdam, 2004, vol. 44, deel 5, blz. 246-251.

³⁵ Kemmeren, E.C.C.M., Maak van negatief effectief positief, WFR 2009/433, § 2.

³⁶ De eerste twee criteria zijn van de verliesverrekeningsmededeling afgeleid. Commissie van de Europese Gemeenschappen, Fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties, COM(2006) 824 definitief, blz. 9.

³⁷ Uitgaande dat er eveneens winsten zijn van concernonderdelen waarmee deze verliezen kunnen worden verrekend, anders is er immers geen sprake van cashflownadeel en economische dubbele belasting.

³⁸ Cashflownadelen en economische dubbele belasting als gevolg van een beperking in de verticale verliesverrekening hier buiten beschouwing gelaten.

³⁹ Het verlies wordt dan zowel in het bronland als in het woonland van het concern verrekend.

criterium dat de oplossingsrichting geen ruimte biedt voor misbruik. Als derde criterium stel ik dat de oplossingsrichting niet in strijd is met het EU-recht. Immers door een fiscale beperking⁴⁰ wordt geen gehoor gegeven aan de verdragsbepalingen en wordt, zoals uit het voorgaande blijkt, niet bijgedragen aan een optimale interne marktwerking. Tot slot stel ik als eis dat de oplossingrichting met het oog op de uitvoering van de strategie van de EU realiseerbaar is. Dit is een vrij subjectief criterium aangezien het moeilijk toetsbaar is of bijvoorbeeld de lidstaten met een bepaalde EU-brede oplossingsrichting instemmen. Mijns inziens spelen het behoud van een zo evenwichtig mogelijke verdeling van de heffingsbevoegdheden en de invloed op de kosten-batenanalyse daarbij een belangrijke rol. Door met behulp van deze factoren de laagdrempeligheid van de regeling in ogenschouw te nemen acht ik hierover toch een oordeel te kunnen vellen.

1.5 Hoofdstukindeling

In hoofdstuk 2 – Horizontale verliesverrekeningsregeling wordt eerst kort de ontstaansgeschiedenis van de fiscale eenheid beschreven alvorens de huidige horizontale verliesverrekeningsregeling wordt behandeld. Hierbij wordt hoofdzakelijk ingezoomd op de mogelijkheid om voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid te verzoeken. Tevens wordt het verschil in de fiscale behandeling van een dochtervennootschap en een VI verklaard. Om de gehele horizontale verliesverrekeningsregeling uit te kristalliseren worden eveneens drie aanverwante bepalingen behandeld. Tot slot beantwoord ik de deelvraag en beoordeel ik in hoeverre de Nederlandse regeling aan de toetsingscriteria voldoet. In hoofdstuk 3 – EU-recht en groepsregelingen wordt aan de hand van het EU-recht en de jurisprudentie met behulp van een stappenplan⁴¹ geanalyseerd binnen welke grenzen EU groepsregelingen dienen te zijn vormgegeven en geef daarmee inhoud aan het derde toetsingscriterium. Vervolgens beoordeel ik in hoofdstuk 4 – Proportionaliteit Nederlandse verliesverrekeningsregeling in hoeverre de Nederlandse regeling hiermee in strijd is. In hoofdstuk 5 – EU oplossingrichtingen wordt de door de EC voorgestelde CCCTB-richtlijn aan de hand van de vier toetsingscriteria beoordeeld. Met behulp van de geconcludeerde kritiekpunten en alternatieve oplossingsrichtingen stel ik een realiseerbare EU oplossingrichting voor. Met hoofdstuk 6 – Eindconclusie sluit ik dit onderzoek af.

30

⁴⁰ Een beperking in bijvoorbeeld de vestigingsplaatskeuze of de rechtsvormkeuze door grensoverschrijdende situaties fiscaal ongunstiger te behandelen dan binnenlandse situaties.

⁴¹ Kok, Q.W.J.C.H., De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/795, § 3.1, Toetsingskader.

2 Horizontale verliesverrekeningsregeling

2.1 Inleiding

Het bedrijfsresultaat van een concern⁴² is de som van alle resultaten van de concernonderdelen; daarbij vallen de verliezen weg tegen de winsten. Fiscaal gezien is ieder lichaam – ook als dat deel uitmaakt van een concern – zelfstandig belast voor de Wet VPB 1969 en vallen de individueel geleden verliezen niet weg tegen de door de andere concernonderdelen behaalde winsten met cashflownadeel en wellicht economische dubbele belasting tot gevolg. Echter, het concern kan binnen de wettelijke vereisten opteren voor de fiscale eenheidsregeling waardoor de resultaten van alle Nederlandse belastingsubjecten voor de belastingheffing worden geconsolideerd. Het verlies van een concernonderdeel kan op deze wijze alsnog horizontaal worden verrekend.

In dit hoofdstuk staat de horizontale verliesverrekeningsregeling van de Wet VPB 1969 centraal. Alvorens de huidige regeling de revue passeert, wordt eerst de ontstaansgeschiedenis van de fiscale eenheidsregeling besproken en in hoeverre er een grensoverschrijdende fiscale eenheid voor de herziening van het regime fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting van 2003 mogelijk was. Bij de behandeling van de horizontale verliesverrekening wordt niet alleen stilgestaan bij de voorwaarden van de fiscale eenheidsregeling, de consolidatiemethode, het verschil in de fiscale behandeling van een dochtervennootschap en een VI, maar ook bij drie met de verliesverrekeningsregeling aanverwante bepalingen. Tot slot wordt er antwoord gegeven op de deelvraag en wordt tevens getoetst in hoeverre de huidige regeling voldoet aan de toetsingscriteria.

2.2 Fiscale eenheidsregime tot 1 januari 2003

De fiscale eenheidsregeling is van kracht geworden ten tijde van de tweede wereldoorlog door middel van het Besluit op de winstbelasting 1940⁴³, welke twee jaren later een naamswijziging heeft ondergaan. Met de invoering Wet VPB 1969 is de regeling tot wet verheven en deze is in 2003 voor het laatst herzien. In deze paragraaf beschrijf ik aan de hand van de ontstaansgeschiedenis het beoogde doel van de fiscale eenheidsregeling en beoordeel ik in hoeverre tot 2003 een grensoverschrijdende fiscale eenheid mogelijk was.

⁴² Van Achterberg definieert het begrip concern als: ‘Een concern – of groep – is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen, met het oog op het voeren van een gemeenschappelijke strategie en het coördineren van het beleid van die rechtspersonen en vennootschappen, organisatorisch zijn verbonden.’ Achterberg, M.P. van, De juridische definitie van het economische verschijnsel concern, Kluwer, Deventer, 1989, blz. 68.

⁴³ De Duitse bezetting voorkwam dat het wetsontwerp niet meer tot wet werd verheven. Desalniettemin heeft de bezetter op 26 juli 1940 het als Besluit op de winstbelasting 1940 ingevoerd.

2.2.1 *Ontstaansgeschiedenis*

In § 1.1 is het onaangename gevolg van het opzetten van een concernstructuur zonder fiscale eenheidsregeling aangegeven. Echter, dat is ontstaan doordat de uitdelingsbelasting is vervangen door een winstbelasting. Waar voor 1940 het verlies van het concernonderdeel de uitdeling en daarmee tevens de uitdelingsbelasting drukte⁴⁴, is dit voor een concern, geconfronteerd met een winstbelasting zonder fiscale eenheidsregeling, niet mogelijk met eventuele economische dubbele belasting tot gevolg. In 1940 gaven Van Loon en Hofman derhalve aan dat *‘de moeder vennootschap (...) de mogelijkheid te verschaffen om bij toepassing der winstbelasting als één geheel met de dochterondernemingen te worden beschouwd*⁴⁵ resp. *‘fiscale consolidatie*⁴⁶ deze economische dubbele belasting opheft. Nadien heeft de Tweede Kamer het volgende betoogd: *‘Behaalt een onderneming f 50.000 winst, dan is daarover winstbelasting verschuldigd, ook al leveren andere ondernemingen f 300.000 verlies. Bij zulk een constellatie ware naar de meening der hier aan het woord zijnde leden een heffing, gebaseerd op een verzamelbalans voor de geheele onderneming, de juiste oplossing.*⁴⁷ In de memorie van antwoord heeft de regering hieraan toegevoegd: *‘voor concerns (...), de mogelijkheid te geven om te worden belast als één lichaam.*⁴⁸ Lid 1 van art. 26bis van het wetsontwerp⁴⁹ bepaalde uiteindelijk *‘dat de belasting volgens deze wet wordt geheven alsof de eerstbedoelde vennootschap (dochtervennootschap, CB) was opgegaan in het lichaam dat al hare aandelen bezit’*. Hieruit blijkt dat de belastingheffing gebaseerd op een geconsolideerde balans bij één belastingplichtig lichaam, de moedervennootschap, berust. Hierbij dient te worden opgemerkt dat ‘opgegaan in’ meer omvat dan horizontale verliesverrekening, aangezien de door Hofman voorgestelde fiscale consolidatie tevens interne transacties onbelast laat.⁵⁰ Daarnaast geldt volgens Kok⁵¹ als doelstelling voor de fiscale eenheid het ne bis in idem beginsel⁵², aangezien de fiscale eenheidsregeling de deelnemingsvrijstelling onnodig

⁴⁴ ‘(...), omdat de dividendpolitiek van de moeder niet uitsluitend werd bepaald door haar eigen winsten, maar in feite mede werd gebaseerd op het totale concernresultaat’. Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, studenteneditie 2005-2006, Kluwer, Deventer, 2005, 2.9.1.A.a3.

⁴⁵ Loon, J. van, *De holding-maatschappij in het wetsontwerp, De NV*, 1940, nr. 11, blz. 350.

⁴⁶ Boer, P. den, *De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (art. 15 Wet VPB 1969) door dr. A.J. van Soest, FED*, Deventer, 1983, boekbespreking, FED 1985/45, blz. 230-235.

⁴⁷ Kamerstukken II 1939/40, 239, nr. 4, blz. 23.

⁴⁸ Kamerstukken II 1939/40, 239, nr. 5, blz. 32.

⁴⁹ Kamerstukken II 1939/40, 239, nr. 6, blz. 35. Uiteindelijk art. 27 Besluit op de winstbelasting 1940.

⁵⁰ *‘Hieruit blijkt, dat resultaten van elke onderhorige maatschappij niet op zichzelf kunnen worden beschouwd.’* Zie voetnoot 46. Interne transacties worden voor de consolidatie geëlimineerd, zodat deze transacties in beginsel niet zijn terug te vinden.

⁵¹ Kok, Q.W.J.C.H., *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, SDU, Deventer, 2005, blz. 52-53. Sterker geformuleerd: Voor een moedervennootschap is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing op een gevoegde dochtervennootschap. De belastingheffing van de dochter vindt immers plaats bij de moeder. Als de moeder voor het gevoegde deelnemingsresultaat vrijgesteld wordt, blijft het resultaat onbelast. HR 4 juni 1986, nr. 23 381, BNB 1986/282.

⁵² Eenzelfde inkomensbestanddeel niet meer malen met dezelfde belasting mag worden getroffen. Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, studenteneditie 2005-2006, Kluwer, De-

5 maakt. Echter, de hiervoor beschreven concerngedachte sluit mijns inziens hier niet op aan, maar is in
lijn met de door Caanen in enge zin geformuleerde verlengstukgedachte.⁵³ De term ‘opgaan in’ heeft
immers ten doel dat de resultaten van alle concernonderdelen als één concernresultaat worden gezien
en belast en niet het voorkomen dat de voordelen⁵⁴ uit hoofde van de concernonderdelen meer malen
10 in de heffing worden betrokken. Naar mijn mening is het ne bis in idem beginsel de oplossing van het
probleem dat ontstaan is door de overgang van een uitdelingsbelasting naar een winstbelasting zodat
het voordeel uit hoofde van een deelneming in de vennootschapsbelasting niet nogmaals wordt belast,
maar wordt vrijgesteld. Nu de uitdeling binnen fiscale eenheid een interne transactie tussen moeder
en dochter⁵⁵ betreft, vindt er op basis van de concerngedachte te allen tijde geen heffing plaats. Im-
15 mers na afwikkeling van de uitdeling in contanten is er op de geconsolideerde balans alleen een muta-
tie tussen twee bankrekeningen zichtbaar.⁵⁶ Derhalve is het ne bis in idem beginsel mijns inziens geen
doelstelling van de fiscale eenheidsregeling, maar is die rol voor de fiscale verlengstukgedachte weg-
gelegd.

2.2.2 Grensoverschrijdende fiscale eenheid

15 Op grond van art. 27 Besluit op de winstbelasting 1940 was een fiscale eenheid met een niet in Ne-
derland gevestigde moedervennootschap die op de voet van thans art. 3 subjectief belastingplichtig is
wel bestaanbaar, omdat dat artikel ten aanzien van de rechtsvorm van de moedervennootschap gener-
lei beperking bevatte.⁵⁷ Daarentegen gold er wel een beperking ten aanzien van de rechtsvorm van de

venter, 2005, 2.4.0.B. Het ne bis in idem beginsel houdt in dat winst slechts éénmaal in een winstbelasting
wordt betrokken. Juch, D., De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting (dissertatie KUB), FED,
Deventer, 1974, blz. 9.

⁵³ Caanen stelt dat bij de verlengstukgedachte in enge zin de aandelen worden gehouden omwille van de doch-
tervennootschap, maar dient er ook een bedrijfseconomische band te bestaan tussen de activiteiten van de moe-
dervennootschap en die van de dochtervennootschap. Caanen, J. Ch., Ne-bis-in-idem, de gelijkgestelde deelne-
ming en het ondernemingsbegrip in de vennootschapsbelasting, TFO 1998/186, § 2. Dit sluit mijns inziens
naadloos aan op het betoog van de Tweede Kamer voor de fiscale eenheid: ‘welke de aandelen van haar onder-
vennootschappen voor 100 pct. bezitten en voor welke handhaving van die onder vennootschappen om redenen
van exploitatie noodzakelijk is’. Kamerstukken II 1939/40, 239, nr. 4, blz. 23. Tevens ligt dit ook in het ver-
lengde van Van Achterbergs definitie van het begrip concern: organisatorische verbondenheid (zie voetnoot 42)
en het feit dat een fiscale eenheid werd geweigerd indien de activiteiten van de moeder en dochter niet op één
lijn lagen. Soest, A.J. van, De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (art. 15 Wet VPB
1969), FED, Deventer, 1983, blz. 20. Juch voegt aan de verlengstukdefinitie van Caanen toe dat de dochterven-
nootschap als een partiële voortzetting van de moedervennootschap wordt gezien, zodat de winst van de doch-
tervennootschap in wezen eigen winst van de moedervennootschap is, waardoor winsttransfer niet als belastbare
winst van de moedervennootschap kan worden aangemerkt. Juch, D., De deelnemingsvrijstelling in de vennoot-
schapsbelasting (dissertatie KUB), FED, Deventer, 1974, blz. 14.

⁵⁴ De term voordelen is hier een algebraïsch begrip waarmee zowel positieve als negatieve voordelen worden
bedoeld.

⁵⁵ Fiscaal gezien bij een belang van ten minste 95%. Art. 15, lid 1, eerste volzin, Wet VPB 1969.

⁵⁶ Journaalpost dochter: Winstreserve, Aan/ Liquide middelen dochter. Journaalpost moeder: Liquide middelen
moeder, Aan/ (Resultaat) Deelneming. Op de geconsolideerde balans valt het eigen vermogen van dochter weg
tegen de waarde van de Deelneming en het Resultaat deelneming bij moeder. Uitgaande van een 100% belang
heeft er alleen een mutatie binnen de totale liquide middelen van het concern plaatsgevonden.

⁵⁷ Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting (oud), digitale editie,
2.18.B.a2.

dochtervennootschap dit moest een subjectief belastingplichtige NV zijn.⁵⁸ In 1969 werd de grensoverschrijdende fiscale eenheid enigszins ingeperkt, aangezien art. 14, lid 1, Wet VPB 1969⁵⁹ als aanvullende eis stelde dat alle aandelen in bezit moesten zijn van een andere zodanige vennootschap.⁶⁰ Derhalve diende de moedervernootschap tevens de rechtsvorm van NV te hebben.⁶¹ Ondanks deze aanvullende eis zijn er na de invoering van de Wet VPB 1969 nog enkele verzoeken ingediend door naar buitenlands recht opgerichte moedervernootschappen welke door de staatssecretaris wel zijn ingewilligd zo blijkt uit de Memorie van Antwoord.⁶² Hieruit blijkt tevens dat sinds 1982 verzoeken om met een naar buitenlandse recht opgerichte, doch feitelijk in Nederland gevestigde moedervernootschap een fiscale eenheid te vormen, werden geweigerd om redenen van misbruik en uitvoering. Echter, uitgaande van het toenmalige anti-discriminatiebeginsel van art. 1, lid 1, BRK⁶³ is de Hoge Raad⁶⁴ van oordeel dat de omstandigheid dat belanghebbende (een NV, CB) is opgericht naar het recht van de (voormalige) Nederlandse Antillen, onvoldoende grond biedt om haar de opnemings in een fiscale eenheid met haar moedervernootschap te ontzeggen. De BRK prevaleert volgens de Hoge Raad als *lex specialis* boven de wet, mits de buitenlandse rechtsvorm naar aard en inrichting voldoende overeenstemt met Nederlands rechtelijke lichamen die deel kunnen uitmaken van een fiscale eenheid en de buitenlandse rechtsvorm niet zodanige gevolgen meebrengt dat er sprake is van een relevant verschil in omstandigheden.⁶⁵ Naast de BRK kennen art. 26 IVBPR, art. 18 VwEU en de in de bilaterale verdragen opgenomen anti-discriminatiebepaling eveneens een non-discriminatie naar nationaliteit, mits het buitenlandsrechtelijke lichaam naar 'aard en inrichting' vergelijkbaar is met een in aanmerking komend Nederlandsrechtelijk lichaam⁶⁶, om de wet te overrulen. Derhalve acht ik het, ondanks de beperking van de BRK tot het Koninkrijk, mogelijk om toentertijd bijvoorbeeld een feitelijk

⁵⁸ 'Indien en voor zolang alle aandelen van een NV in het bezit zijn van' Art. 27, lid 1, Besluit op de winstbelasting 1940.

⁵⁹ Omgenummerd naar art. 15.

⁶⁰ Kamerstukken II 1968/69, 6000, nr. 28, blz. 4.

⁶¹ In 1971 is de BV als rechtsvorm geïntroduceerd en heeft de BV dezelfde mogelijkheden ten aanzien van de fiscale eenheidsregeling die voor een NV gelden. Wet van 3 mei 1971, Stb. 286.

⁶² Kamerstukken II 1986/87, 19 526, nr. 5, blz. 1.

⁶³ Lichamen die naar buitenlands recht zijn opgericht mogen niet onderworpen worden aan een belasting welke drukkender is dan die waaraan volgens Nederlands recht opgerichte lichamen onder overigens gelijke omstandigheden worden onderworpen.

⁶⁴ HR 16 maart 1994, nr. 27 764, BNB 1994/191.

⁶⁵ Raad, C. van, Grensoverschrijdende fiscale eenheden: Hoe ver reikt de bescherming van non-discriminatiegeboden?, WFR 1994/1717.

⁶⁶ In een mededeling heeft de staatssecretaris aangegeven aan welke voorwaarden een dergelijk lichaam moet voldoen om in een fiscale eenheid te kunnen worden opgenomen. Mededeling van 10 augustus 1994, nr. DB94/1842M, V-N 1994, blz. 2702-2704.

in Nederland gevestigde Franse S.A. of een Amerikaanse Plc in een fiscale eenheid te voegen.

5 Met de aanvullende voorwaarde dat een lichaam een van de genoemde rechtsvormen dient te hebben en daarnaast feitelijk in Nederland dient te zijn gevestigd⁶⁷ heeft de Hoge Raad⁶⁸ een met het oog op het territorialiteitsbeginsel opvallend arrest gewezen. Hij besliste dat een naar Nederlands recht opgerichte dochtervennootschap waarvan de feitelijke leiding zich in Engeland bevond en die derhalve voor verdragstoepassing in Engeland was gevestigd, toch deel kan uitmaken van een fiscale eenheid. Volgens de Hoge Raad vloeit dit voort uit de niet voor
10 tegenbewijs vatbare fictieve Nederlandse vestigingsplaatsbepaling vastgelegd in art. 2, lid 4, Wet VPB 1969 welke voor 2003 ook van toepassing was op art. 15 Wet VPB 1969.⁶⁹ Een lichaam dat naar Nederlands recht opgericht is, wordt door deze wetsbepaling geacht in Nederland te zijn gevestigd en kan derhalve in een fiscale eenheid worden opgenomen. De plaats waar de feitelijke leiding gevestigd is, is in casu - naar uitlegging van het interne
15 Nederlandse recht - niet van belang ondanks het verdrag met Engeland in geval van dubbele woonplaats de plaats van de werkelijke leiding als vestigingsplaats van het lichaam stelt. Immers het belastingverdrag tussen Nederland en Engeland wijst heffingsrecht toe, maar zet art. 2, lid 4, Wet VPB 1969 niet opzij en heeft derhalve geen invloed op de Nederlandse subjectieve belastingplicht. Aangezien deze fictiebepaling alleen voor naar Nederlands recht
20 opgerichte lichamen geldt, werd door de staatssecretaris de kans groot geacht dat het HvJ zou oordelen dat er sprake is van een verschil in behandeling tussen naar Nederlands recht en naar buitenlands recht opgerichte vennootschappen wat in strijd is met het EU-recht.⁷⁰ Derhalve heeft hij door middel van een besluit toestemming gegeven de verzoeken om toepassing van art. 15 Wet VPB 1969 tot en met kalenderjaar 2002, dan wel boekjaar 2002/2003
25 waarbij sprake is van een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap waarvan de plaats van de werkelijke leiding in een EU-lidstaat ligt, in te willigen. Hierdoor werd het mogelijk om een verzoek voor een fiscale eenheid binnen de EU in te dienen. In geval de plaats van de werkelijke leiding buiten een EU-lidstaat is gelegen en aldus buiten de werking van dit besluit valt, rijst de vraag of de anti-discriminatielijn van het eerdergenoemde arrest uit 1994
30 kan worden doorgetrokken. Mijns inziens is dit weldegelijk mogelijk en deel ik de mening

⁶⁷ Derde resp. vierde volzin van art. 15, lid 1, Wet VPB 1969 (2002).

⁶⁸ HR 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331.

⁶⁹ Deze bepaling is op het nationaliteitsbeginsel gebaseerd. Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, studenteneditie 2005-2006, Kluwer, Deventer, 2005, 1.0.2.c.

⁷⁰ Staatssecretaris van Financiën, Besluit van 12 mei 2004, nr. CPP2004/634M, V-N 2004/28.16.

van de redactie van V-N dat het besluit tevens discriminatoir is.⁷¹ Per slot van rekening is er sprake van een gelijke situatie waar het land van herkomst van de rechtsvorm doorslaggevend is voor de voeging tot de fiscale eenheid.

2.3 Fiscale eenheidsregime per 1 januari 2003

5 Uit de ontstaansgeschiedenis blijkt dat, na het vervangen van de uitdelingsbelasting in een winstbelasting, de fiscale eenheid vanuit de concerngedachte is voortgekomen en dat binnen de daaraan gestelde voorwaarden een grensoverschrijdende fiscale eenheid mogelijk was. Sinds de herziening van het regime fiscale eenheid per 2003 is er geen mogelijkheid meer van een grensoverschrijdende fiscale eenheid.⁷² In deze paragraaf wordt dit nader toegelicht door de huidige fiscale eenheidsregeling bij de horens te vatten. Tot slot wordt het onderscheid in de fiscale behandeling van een dochtervennootschap en een VI verklaard.

2.3.1 Artikel 15, Wet VPB 1969

Per 2003 is het oude ‘opgaan in’-beginsel⁷³ vervangen door de toerekeningsfictie⁷⁴ waardoor de werkzaamheden en het vermogen van de dochtervennootschap deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedervennootschap. Waar voorheen de gevoegde dochtervennootschap als een VI van de moedervennootschap gezien werd⁷⁵ en derhalve voor de heffing van vennootschapsbelasting niet als subjectief belastingplichtige beschouwd werd, bewerkstelligt de wetgever met deze alsof-formulering dit wel doordat de gevoegde dochtervennootschap haar subjectieve belastingplicht behoudt.⁷⁶ Op deze wijze behoudt de gevoegde dochtervennootschap haar verdragsrechten, aangezien een lichaam over het algemeen alleen recht heeft op verdragsvoordelen indien zij inwoner is van één van de staten en aldaar onderworpen is.⁷⁷ De toerekeningsfictie is in die zin beperkt tot de toerekening van het heffingsobject van de gevoegde dochter aan de moeder van de fiscale eenheid. Deze wijziging

⁷¹ Ibid, aantekening: “Gelet hierop is dan onontkoombaar dat dit ook geldt voor naar vreemd recht opgerichte dochtervennootschappen met feitelijke vestigingsplaats in het buitenland.”

⁷² Behoudens de mogelijkheid om op grond van art. 15, lid 4, Wet VPB 1969 de door de buitenlandse belastingplichtige gedreven onderneming met behulp van een in Nederland aanwezige VI onderdeel van een fiscale eenheid uit te laten maken.

⁷³ Opgaan in de moeder houdt in dat de bezittingen en schulden van de dochter voortaan rechtstreeks aan de moeder worden toegerekend, zodat de dochter fiscaal geen winst meer behaalt noch verlies lijdt en de uitkomsten van haar bedrijfsvoering voortaan fiscaal uitsluitend de moeder aangaan. HR 22 februari 1956, nr. 12 518, BNB 1956/132. Later heeft zij dit geherformuleerd in “alle aangelegenheden van de dochtervennootschap voor de heffing van de VPB worden aangemerkt als aangelegenheden van de moedermaatschap. Dit geldt eveneens voor de fiscale elementen van de dochter voor voeging. HR 27 april 1988, nr. 24 226, BNB 1988/220.

⁷⁴ Art. 15, lid 1, eerste volzin Wet VPB 1969 en betreft een integrale consolidatie.

⁷⁵ HR 22 februari 1956, nr. 12 518, BNB 1956/132, HR 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331, HR 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47 en HR 20 december 2002, nr. 37 073, BNB 2003/286.

⁷⁶ Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, studenteneditie 2005-2006, Kluwer, Deventer, 2005, 2.9.1.B.b3.I.

⁷⁷ Ibid.

heeft overigens geen gevolgen gehad voor de bepaling van het heffingsobject van de fiscale eenheid.⁷⁸

In navolging op het Besluit van 12 mei 2004 is het vestigingsvereiste voor te voegen subjec-
5 tief belastingplichtigen ingeperkt. Art. 15, lid 3, onderdeel c, Wet VPB 1969 stelt als voor-
waarde aan belastingplichtigen die onderdeel willen uitmaken van de fiscale eenheid dat ze
in Nederland zijn gevestigd of dat ze dit op grond van de BRK, dan wel een van toepassing
zijnd verdrag ter voorkoming van dubbele belasting worden geacht. Daarnaast is de fictieve
vestigingsplaatsbepaling art. 2, lid 4, Wet VPB 1969 niet meer van toepassing verklaard op
10 de artikelen 15 en 15a Wet VPB 1969. Door deze aanpassingen is het niet meer toegestaan
dat een in het buitenland gevestigde vennootschap opgericht naar binnenlands of buitenlands
recht in een fiscale eenheid kan worden gevoegd. Bovendien is het nu op grond van art. 15,
lid 3, onderdelen d en e, Wet VPB 1969 toegestaan om een lichaam⁷⁹ dat is opgericht naar
het recht van de BES eilanden, Curaçao, Sint-Maarten, Aruba, een EU-lidstaat of van een
15 verdragsstaat van Nederland⁸⁰ in een fiscale eenheid te voegen. Eveneens is nu wettelijk ver-
ankerd⁸¹ dat de in Nederland gedreven onderneming, voor zover het heffingsrecht over de uit
die onderneming genoten winst aan Nederland is toegewezen, met behulp van een in Neder-
land actieve VI door een niet in Nederland gevestigde belastingplichtige onder AMvB te stel-
len voorwaarden op grond van art. 15, lid 4, tweede volzin, Wet VPB 1969 onderdeel van
20 een fiscale eenheid kan uitmaken. Door deze wijzigingen is een grensoverschrijdende fiscale
eenheid met in het buitenland gevestigde dochtervennootschappen, voor zover het haar niet
in Nederland genoten inkomen betreft, niet meer mogelijk.⁸²

⁷⁸ Ibid, 2.9.1.B.b3.III. Met behulp van een verzamelbalans vindt er nog steeds consolidatie plaats en worden intercompany transacties geëlimineerd. Daarnaast blijft de jurisprudentie betreffende het 'opgaan in'-beginsel onverkort van belang voor de interpretatie van de toerekeningsfictie.

⁷⁹ Deze moet naar aard en inrichting vergelijkbaar zijn met een naar Nederlands recht opgerichte NV of BV. Art. 15, lid 3, onderdeel d en e juncto art. 15, lid 10, onderdeel a, Wet VPB 1969 juncto art. 3, lid 1, Besluit fiscale eenheid 2003.

⁸⁰ Een staat waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten waarin een bepaling is opgenomen die discriminatie naar nationaliteit of van VI's verbiedt.

⁸¹ Alhoewel enkele verdragen ook een discriminatieverbod voor VI's hebben, heeft art. 15, lid 4, onderdeel a, Wet VPB 1969 in casu geen materiële gevolgen. Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, digitale editie, 2.9.2.C.b2.III en 2.9.2.B.d2.

⁸² Immers het heffingsrecht over de uit die onderneming genoten winst is conform het territorialiteitsbeginsel toegewezen aan het land waar de ondernemingsactiviteiten worden verricht.

2.3.2 *Dochtervennootschap ≠ VI*

Uit de hieraan voorafgaande paragraaf blijkt dat een in het buitenland gevestigde dochtervennootschap⁸³ afgezien van haar in Nederland actief zijnde VI niet in een fiscale eenheid kan worden gevoegd. Dit impliceert dat grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening met haar niet Nederlandse resultaten derhalve evenmin mogelijk is. Daarentegen is het verlies van een buiten Nederland actief zijnde VI van een gevoegde vennootschap, afgezien van eventuele toekomstige inhaalheffing bij nadien genoten VI-winst,⁸⁴ wel horizontaal verrekenbaar. Overigens is het kabinet voornemens om hier per 1 januari 2012 een halt toe te roepen door middel van het invoeren van een objectvrijstelling voor vaste inrichtingen.⁸⁵ Aangezien de in Nederland gevestigde lichamen, welke genoemd zijn in art. 2, lid 1, onderdeel a tot en met d, Wet VPB 1969 waaronder mede een BV en een NV vallen, op grond van art. 2, lid 5, Wet VPB 1969 geacht worden hun onderneming te drijven met behulp van haar gehele vermogen, maakt tevens de in het buitenland actief zijnde VI onderdeel uit van deze onderneming. Het resultaat van de buitenlandse VI valt derhalve onder de Nederlandse winstbepaling en dubbele belastingheffing wordt op grond van het van toepassing zijnde verdrag, dan wel het BvdB 2001 in Nederland voorkomen. Voor het resultaat van een in het buitenland gevestigde dochtervennootschap bestaat een dergelijke verrekeningsmogelijkheid niet. Voor de moedervennootschap is alleen het door haar, op het moment van de liquidatie van de dochtervennootschap, geleden boekverlies aftrekbaar.⁸⁶ De Nederlandse wetgever maakt in die zin onderscheid tussen een VI en een dochtervennootschap. Dit onderscheid is te verklaren door het verschil in juridische zelfstandigheid. Een dochtervennootschap heeft vanwege haar rechtspersoonlijkheid op grond van boek 2 BW juridische zelfstandigheid en kan derhalve in een fiscale eenheid worden gevoegd.⁸⁷ Een VI is daarentegen een internationale benaming voor de grensoverschrijdende activiteiten van een onderneming die elders actief is.⁸⁸ Derhalve blijft een VI, ongeacht waar ze actief is, een juridisch onzelfstandig onderdeel van

⁸³ Ik spreek hier over een dochtervennootschap, aangezien een belang van minder dan 95% in een deelneming ongeacht haar vestigingsplaats niet in een fiscale eenheid kan worden gevoegd.

⁸⁴ In § 2.4.1 wordt een nadere toelichting op de inhaalregeling (art. 35 BvdB 2001) gegeven.

⁸⁵ Kamerstukken II, 2010/11, 32 740, nr. 1H en Kamerstukken II, 2011/12, 33 003 nr. 2 en 3. Conform het Belastingplan 2012 vervallen de inhaalregeling en de omzettingsregeling en zijn in de VI-staat geleden verliezen slechts in Nederland verrekenbaar indien die definitief zijn bij staking van de activiteiten of bij overdracht van de activiteiten aan een derde.

⁸⁶ In § 2.4.3 wordt een nadere toelichting op de liquidatieverliesregeling (13d Wet VPB 1969) gegeven.

⁸⁷ *‘aangezien een – civielrechtelijk – niet-bestaande entiteit geen deel kan uitmaken van een fiscale eenheid.’* Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, studenteneditie 2005-2006, Kluwer, Deventer, 2005, 2.9.1.B.b2.

⁸⁸ Art. 5, lid 1, juncto art. 7, lid 1, OESO-modelverdrag en art. 5, lid 1, juncto art. 7, lid 1, NSV.

de generale onderneming.⁸⁹ Voorts is een VI als dergelijk verlengstuk geen inwoner van de staat waarin ze actief is en kan in beginsel ook geen beroep doen op een aldaar geldend verdrag.⁹⁰ Een buitenlandse dochtervennootschap is als gevolg van haar juridische zelfstandigheid aldaar wel aan te merken als inwoner. Haar onderneming en resultaat zijn derhalve niet toe te rekenen aan de Nederlandse moedervennootschap. Immers zij houdt de aandelen van de dochtervennootschap en deze maken an sich onderdeel uit van het Nederlandse heffingsobject.

2.4 Aanverwante bepalingen

Uit de hieraan voorafgaande paragraaf is aangegeven, dat voor een in het buitenland actief zijnde vaste inrichting grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening mogelijk is en voor een buitenlandse dochtervennootschap dit pas op het moment liquidatie mogelijk is. Derhalve worden achtereenvolgens de drie met de verliesverrekeningsregeling aanverwante bepalingen genaamd de inhaalregeling, de omzettingsregeling en de liquidatieverliesregeling nader toegelicht. Gelet op het voornemen van het kabinet om een objectvrijstelling per 1 januari 2012 in te voeren, vervallen mogelijk de inhaalregeling en de omzettingsregeling.

2.4.1 Inhaalregeling

Het resultaat uit hoofde van de buitenlandse dochtervennootschap, mits niet laagbelast, is op grond van de deelnemingsvrijstelling vrijgesteld, tenzij er op grond van bepaalde voorwaarden sprake is van een liquidatieverlies (zie § 2.4.3). Het resultaat van een buitenlandse VI wordt daarentegen indirect vrijgesteld. Het wordt eerst tot de belaste wereldwinst op grond van art. 7, lid 1 en 2, juncto art. 8 Wet VPB 1969 gerekend waarna het BvdB 2001 dubbele belastingheffing voorkomt.⁹¹ Art. 31 BvdB 2001 stelt de binnenlandse belastingplichtige vrij van de vennootschapsbelasting die betrekking heeft op buitenlandse winst en art. 33 BvdB 2001 legt uit wat hieronder moet worden verstaan: ‘voor elke Mogendheid waarin de belas-

⁸⁹ Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, studenteneditie 2005-2006, Kluwer, Deventer, 2005, 3.0.5.B.b., blz. 632. Een door een in het buitenland gevestigde dochtervennootschap gedreven onderneming door middel van een VI in Nederland kan derhalve op grond van de juridische zelfstandigheid van de dochter mits voldaan aan de wettelijke voorwaarden in de fiscale eenheid van haar Nederlandse moedervennootschap worden gevoegd. Zie 2.9.2.C.b2.

⁹⁰ Een VI is immers geen natuurlijke persoon, lichaam of elk andere vereniging van personen. Art. 1, juncto 3, lid 1, onderdeel D, NSV. Op grond van het door het HvJ gewezen arrest St.Gobain (HvJ, 21 september 1999, nr. C-307/97, Jur. 1999, 6161) en de eventueel opgenomen anti-discriminatiebepaling art. 25, lid 2, NSV kan een VI wel een beroep doen op een verdrag ondanks ze geen inwoner is.

⁹¹ Gemakshalve bespreek ik in mijn onderzoek alleen het BvdB 2001, aangezien een van toepassing zijnd verdrag ten aanzien van de voorkomingstechniek verwijst naar deze eenzijdige regels ter voorkoming van dubbele belasting en bij afwezigheid van een verdrag dit besluit eveneens voor de binnenlandse belastingplichtige van toepassing is. Raad, C. van, Cursus Belastingrecht, Internationaal belastingrecht, studenteneditie 2007-2008, Kluwer, Deventer, 2007, 2.1.4, blz. 70.

*tingplichtige zodanig winst behaalt, wordt de vrijstelling voor buitenlandse winst afzonderlijk toegepast door een vermindering te verlenen op de verschuldigde vennootschapsbelasting*⁹².

5 Deze vermindering is gebaseerd op de vrijstellingsmethode waarbij dat deel van de conform de Wet VPB 1969 verschuldigde vennootschapsbelasting, berekend over de totale wereldwinst, dat betrekking heeft op het positieve resultaat van de buitenlandse VI wordt verminderd van de in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting, tenzij deze vermindering groter is dan de verschuldigde vennootschapsbelasting. Indien hiervan sprake is, schuift art.
10 34 BvdB 2001 het surplus en daarmee de resterende voorkoming dubbele belasting door naar het volgende jaar.⁹² Een verlies uit een andere Mogendheid drukt conform deze methode de wereldwinst en daarmee de verschuldigde vennootschapsbelasting. In die zin vindt er zonder fiscale eenheid alsnog direct horizontale verliesverrekening met de in dat jaar behaalde winst plaats. Echter, het verlies, welke wordt vastgesteld door de inspecteur bij voor bezwaar vatbare beschikking, wordt ingehaald indien de betreffende buitenlandse VI in een later jaar
15 winst maakt; zonder een dergelijke regeling zou een dubbel fiscaal voordeel worden genomen.⁹³ Mocht de VI na een verliesjaar worden beëindigd⁹⁴, dan vindt er in Nederland geen inhaal meer plaats. Boxel voegt hieraan toe ‘...en is het dus wel twee keer genomen’.⁹⁵ Dit is mijns inziens onjuist gesteld. Hiervan is volgens mij alleen sprake wanneer het volledige
20 verlies in het bronland door middel van carry back is verrekend. Uitgaande dat er per saldo wel een nog verrekenbaar verlies resteert, is dat VI-verlies dus niet twee keer, maar één keer in Nederland genomen. Desalniettemin merk ik ten aanzien van de inhaalregeling wel een attentiepunt op. Indien in een bepaald jaar het totale resultaat een verlies betreft, vertegenwoordigt dit bedrag een verlies dat de komende negen jaren verrekenbaar is op grond van art.
25 20, lid 2, Wet VPB 1969. Echter, als de buitenlandse VI na 10 jaar winst geniet, dan wordt het buitenlandse VI-verlies alsnog ingehaald. Immers uit art. 35 BvdB 2001 blijkt dat inhaalheffing op basis van een oneindige carry forwardregeling plaatsvindt. De behaalde winst is

⁹² Anders dient de Belastingdienst een belastingteruggave uit te betalen, terwijl de belastingplichtige deze belasting aan een andere Mogendheid heeft voldaan. Daarom wordt in het volgende jaar de buitenlandse winst met het surplus verhoogd.

⁹³ Op grond van art. 31 en art. 33, lid 1, BvdB 2001 wordt de dubbele belastingheffing over deze latere winst immers voorkomen, terwijl er in een eerder jaar verliesverrekening heeft plaatsgevonden. Overigens ga ik er hier gemakshalve van uit dat het verlies van het vorige jaar met de winst van het huidige jaar kan worden verrekend.

⁹⁴ Of er resteert per saldo een nog verrekenbaar verlies.

⁹⁵ Boxel, T.S. van, De grensoverschrijdende fiscale eenheid, verhandeling voor Topmaster Directe Belastingen van het EFS, 8 mei 2008, blz. 7, § 3.3.1.

dan belast, maar deze winst is niet verrekenbaar met het oude VI-verlies wat nu wordt ingehaald.⁹⁶ Mijns inziens – hoewel deze situatie allicht zelden in de praktijk zal voorkomen – is er dan sprake van dubbele belasting, omdat het ingehaalde verlies nooit eerder verrekend is geweest. Derhalve deel ik de mening van Bender en Vogel dat de inhaaltermijn moet aansluiten op de wettelijke verliesverrekeningstermijn,⁹⁷ alhoewel een dergelijke situatie met de aanstaande overgang naar een objectvrijstelling voor vaste inrichtingen ook wordt voorkomen.

2.4.2 Omzettingsregeling

Om misbruik van de inhaalregeling te voorkomen, is art. 13c Wet VPB 1969 in 1990 ingevoerd. Door de buitenlandse VI met inhaalverliezen aan een deelneming over te dragen, is art. 35 BvdB 2001 niet meer van toepassing op de later behaalde winsten.⁹⁸ De pas van de inhaalregeling is dan immers afgesneden⁹⁹ doordat de toekomstige resultaten, mits niet laagbelast, voordelen uit hoofde van de deelneming betreffen die op grond van de deelnemingsvrijstelling zijn vrijgesteld.¹⁰⁰ Derhalve zorgt art. 13c Wet VPB 1969 ervoor dat de inhaalregeling na de overdracht van de VI wordt voortgezet totdat de nog in te halen VI-verliezen zijn ingelopen met de voordelen uit hoofde van de deelneming. Op deze wijze voorkomt de wetgever eventuele misbruik en daarmee haar claimverlies.

De Vries en De Vries stellen een in hun ogen meer voor de hand liggende optie voor claimbehoud voor door ten tijde van overdracht de inhaalverliezen geforceerd in de belastbare winst van het in Nederland gevestigde lichaam te betrekken.¹⁰¹ Volgens hen is er sprake van een sfeerovergang van het VI-regime naar het deelnemingsregime en dergelijk situaties gaan

⁹⁶ Ervan uitgaande dat in de voorgaande 9 jaar het oude VI-verlies niet met behulp van carry forward is verrekend.

⁹⁷ Bender en Vogel stellen dat er sprake is een ongunstige onevenwichtigheid voor de belastingplichtige en stellen overeenstemmende termijnen voor. Bender, T., en Vogel, M.M., Onevenwichtigheden bij de overbrenging van buitenlandse winst en verlies naar andere jaren, WFR 2002/1248, § 3.

⁹⁸ ... een onderneming die, [...], wordt gedreven met behulp van een VI of een vaste vertegenwoordiger... Art. 32, lid 1, BvdB 2001. Een nieuwe buitenlandse ondernemingsactiviteit zal niet zelden aanloopverliezen opleveren waarna na een verloop van tijd positieve resultaten worden behaald.

⁹⁹ Ervan uitgaande dat met de overdracht gepaard gaande afrekening over de stille reserves nog inhaalverliezen resteren.

¹⁰⁰ Doorgaans gaat de aanloopfase met verliezen gepaard, waardoor een buitenlandse VI met directe verliesverrekening de voorkeur geniet boven een buitenlandse deelneming welke geldt op de deelnemingsvrijstelling pas fiscaal aantrekkelijk is op het moment dat de activiteiten winstgevend worden. Bij de keuze tussen voorzetting en overdracht VI dient overigens wel rekening te worden gehouden met de eventuele teloorgang van resterende VI-verliescompensatie.

¹⁰¹ 'Het ongewenste gebruik wordt immers niet veroorzaakt door de deelnemingsvrijstelling, maar door het ontlopen van de inhaalregeling.' Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, studenteneditie 2005-2006, Kluwer, Deventer, 2005, 2.4.11.B.a, blz. 313.

in de fiscale wetgeving normaliter gepaard met onmiddellijke afrekening van de fiscale claims. Mijns inziens heeft de wetgever het tot op een zekere hoogte bij het rechte eind, aangezien er ten tijde van de overdracht al directe afrekening tegen de waarde in het economische verkeer plaatsvindt.¹⁰² Daarnaast is van misbruik pas sprake indien er nadien daadwerkelijk winst wordt behaald¹⁰³ en de resterende VI-verliescompensatie aan de deelneming kan worden overgedragen. Immers indien deze compensatie teloor gaat, heeft de onderneming alleen cashflowvoordeel, maar geniet geen dubbele verliesverrekening. Aangezien de omzettingsregeling hiermee geen rekening houdt, behoedt de wetgever zich mijns inziens eerder voor claimverlies dan dat hij misbruik als prioriteit stelt.¹⁰⁴

10 2.4.3 Liquidatieverliesregeling

Met een belang van ten minste 95% in een in Nederland gevestigde deelneming kan op verzoek een fiscale eenheid worden gevormd.¹⁰⁵ Voor zowel de overige binnenlandse als buitenlandse deelnemingen is horizontale verliesverrekening geen optie en geldt onder voorwaarden de deelnemingsvrijstelling.¹⁰⁶ Hierdoor zijn de voordelen uit hoofde van de deelneming vrijgesteld, maar in geval van een liquidatieverlies doet dit geen recht aan het uitgangspunt dat geleden verliezen zoveel mogelijk bij de heffing van belasting moeten worden vergoeden.¹⁰⁷ Derhalve is de in art. 13d Wet VPB 1969 vastgelegde liquidatieverliesregeling van toepassing om een geleden deelnemingsverlies af te trekken. Deze bepaling stelt het aftrekbare liquidatieverlies vast op het surplus van het opgeofferde bedrag verminderd met de verkregen voordelen en niet op de beschikbare verrekenbare verliezen van de deelneming. Deze

¹⁰² Bij overdracht aan een derde, maar ook bij overdracht aan een verbonden lichaam op grond van art. 8b, lid 1, Wet VPB 1969.

¹⁰³ Ibid voetnoot 106.

¹⁰⁴ ‘... art. 35 BvdB 2001 juncto art. 13c hebben uitsluitend tot doel te verzekeren dat de resultatenbepaling van de VI voor de Nederlandse schatkist neutraal verloopt ...’. Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, digitale editie, 2.4.11.C.a. Voor de duidelijkheid art. 35 BvdB 2001 gaat mijns inziens hier niet op, aangezien er geen sprake van schatkist neutraliteit is bij het opheffen van een verlieslijdende buitenlandse VI.

¹⁰⁵ Art. 15, lid 1, Wet VPB 1969. Ten tijde van de invoering van de fiscale eenheidsregeling gold een 100%-vereiste, maar vanwege pragmatische redenen (bijv. toekennen van werknemersopties) en de mogelijkheid van de ten minste 95% aandeelhouder om m.b.v. de uitkoopregeling (artt. 2:92a (NV) en 2:201a (BV) BW) de resterende aandelen alsnog door middel van het instellen van een vordering te verkrijgen. Kamerstukken II 1999/00, 26 854, nr. 3, blz. 3 en 31.

¹⁰⁶ Op een gevoegde deelneming is de deelnemingsvrijstelling en daarmee tevens de liquidatieverliesregeling niet van toepassing. HR 4 juni 1986, nr. 23 381, BNB 1986/282. De geleden verliezen van de dochter worden immers in beginsel aan de moeder toegekend (art. 15, lid 1 juncto 15af, lid 2, Wet VPB 1969). Toepassing van de liquidatieverliesregeling zou anders kunnen leiden tot dubbele verliescompensatie.

¹⁰⁷ Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, studenteneditie 2005-2006, Kluwer, Deventer, 2005, 2.4.13.A.c, blz. 327. ‘... dat door de liquidatie van de dochter/deelneming de mogelijkheid van verliescompensatie bij de dochtervennootschap voorgoed verloren gaat, terwijl bij de aandeelhouder van het lichaam dit verlies door de deelnemingsvrijstelling evenmin in aanmerking zou worden genomen.’ Staatssecretaris, Besluit van 1 februari 2006, nr. CPP2005/2702M, BNB 2006/161, § 6.

verliezen doen voor de regeling niet ter zake, alleen hetgeen de aandeelhouder zelf door de liquidatie aan verlies op zijn investering lijdt. A-G Wattel is van mening dat slechts door toeval beide in elkaars buurt zullen liggen, gelet op de forfaitaire benadering van het liquidatieverlies van art. 13d Wet VPB 1969.¹⁰⁸ Van Sonderen en Kok stellen dat het liquidatieverlies vaak, als gevolg van het verdampen van bij de acquisitie van de dochtervennootschap betaalde goodwill, groter is dan het werkelijk door de dochtervennootschap geleden verlies.¹⁰⁹ Indien de belasting over de totaalwinst niet afwijkt van de belasting over de jaarwinsten en het opgeofferde bedrag gelijk is met het geplaatste kapitaal, is er mijns inziens geen verschil. Is de belasting over de jaarwinsten groter, dan is c.p. het liquidatieverlies lager dan de nog verrekenbare verliezen.¹¹⁰ In die zin zijn in mijn ogen de woorden ‘toeval’ en ‘vaak’ moeilijk te staven. Mijns inziens dient te worden geconcludeerd dat het liquidatieverlies kan afwijken van de nog verrekenbare verliezen van de deelneming. Uit bijlage 1 blijkt dat dit bijvoorbeeld afhankelijk kan zijn van de voor de deelneming geldende verticale verliesverrekeningsregeling en van de door de aandeelhouder betaalde goodwill. Derhalve acht ik de conclusie van Van Boxel¹¹¹ dat er geen directe relatie tussen de omvang van het liquidatieverlies en de fiscale verliezen die door de deelneming zijn gemaakt juist.¹¹²

Gelet op het door de wetgever gehanteerde territorialiteitsbeginsel en het ne bis in idem beginsel¹¹³ is mijns inziens de keuze van de wetgever voor het aftrekbaar stellen van het liquidatieverlies consistent te noemen. De verliezen van de deelneming komen het bronland toe

¹⁰⁸ ‘... nog daargelaten dat die liquidatieverliesregeling niet aansluit bij het in de dochterjurisdictie verdwijnende verrekeningspotentieel, maar bij het door de moeder opgeofferde bedrag, welke twee bedragen in het algemeen slechts door toeval in elkaars buurt zullen liggen.’ Conclusie AG-Wattel, 4 juli 2007, nr. 43 484, V-N2007/47.16, r.o. 6.26.

¹⁰⁹ Sonderen, J.C.M. van, en Kok, Q.W.J.C.H., Over verliesverrekening in de tijd, grensoverschrijdende fiscale eenheden, de liquidatie-verliesregeling en een aftrekbeperking voor aandelen en opties, MBB 2006/293, § 2.3.

¹¹⁰ In bijlage 1 wordt dit met voorbeeld nader toegelicht.

¹¹¹ Boxel, T.S. van, De grensoverschrijdende fiscale eenheid, verhandeling voor Topmaster Directe Belastingen van het EFS, 8 mei 2008, blz. 9, § 3.5.2.

¹¹² In het verlengde stellen De Vries en De Vries ‘...de omvang van dit onverrekenende verlies houdt geen verband met het bij de moeder in aanmerking te nemen liquidatieverlies.’ Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, digitale editie, 2.4.13.A.d., Voorbeeld 2 - Uitwerking. Naar ik mag aannemen gaan de auteurs ervan uit dat de in- en directe opbrengstwaarde € 650.000 resp. € 625.000 bedraagt. Echter, op het moment van liquidatie wordt mijns inziens een liquidatiebalans opgesteld en is er alsnog sprake van een fiscaal verrekenbaar verlies ad. € 25.000.

¹¹³ De Vries en De Vries spreken over strijdt met dit beginsel en motiveren de rechtvaardiging met behulp van de verlengstukgedachte. Zij gaan hierbij uit van een moeder-dochterrelatie waarbij de dochter op het moment van liquidatie in wezen als VI van de moeder wordt beschouwd. Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, digitale editie, 2.4.13.A.e3 en 4. Mijns inziens is het ne bis in idem beginsel niet in strijd, aangezien er geen verliesoverheveling plaatsvindt en de verliezen ten minste éénmaal worden genomen. Ik ben evenals Van der Geld van mening dat het op hetzelfde neerkomt. Van der Geld stelt dat beide gedachtegangen tot dezelfde conclusie leiden dat winst binnen een concern niet meermalen belast mag worden. Geld, J.A.G. van der, De deelnemingsvrijstelling, FM 20, Kluwer, Deventer, 2008, blz. 113.

en zijn binnen de aldaar geldende regels verrekenbaar welke vervallen op het moment van liquidatie. Op hetzelfde moment wordt het geïnvesteerde vermogen in de deelneming door de in Nederland gevestigde aandeelhouder afgerekend. Het door hem alhier geleden verlies¹¹⁴ bestaat op grond van art. 13d, lid 2 en 3, Wet VPB 1969 uit het geïnvesteerde vermogen minus de liquidatie-uitkering en het genoten rendement. Indien de deelnemingsvrijstelling onverminderd op de aandeelhouder van toepassing blijft, schiet de regeling haar doel voorbij. De vrijstelling werkt dan dubbele belasting immers in de hand, omdat de geleden verliezen dan zowel bij de deelneming als bij de aandeelhouder niet meer verrekenbaar respectievelijk niet aftrekbaar zijn. Daarnaast is er geen sprake van gevaar van dubbele verliesverrekening, aangezien de verliescompensatierechten van de deelneming na liquidatie voorgoed verloren gaan. Derhalve is op grond van het ne bis in idem beginsel een inbreuk op de deelnemingsvrijstelling gerechtvaardigd, zodat verliezen ten minste éénmaal worden vergolden.¹¹⁵ Mijns inziens gaat dit ook op indien de deelneming geen verrekenbare verliezen heeft. Uit het voorgaande blijkt immers dat er geen direct verband tussen het liquidatieverlies en de nog verrekenbare deelnemingsverliezen is.

2.5 Conclusie

In paragraaf 1.4 is de eerste deelvraag, *Hoe is de Nederlandse horizontale verliesverrekeningsregeling zoals die geldt binnen de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting vormgegeven?*, gesteld en is een viertal toetsingscriteria, 1) effectieve en onmiddellijke éénmalige aftrek van verliezen, 2) geen ruimte voor misbruik, 3) niet in strijd met het EU-recht en 4) oplossing dient realiseerbaar te zijn, opgesteld waaraan een grensoverschrijdende horizontale verliesverrekeningsregeling dient te voldoen. Alvorens ik de regeling aan de toetsingscriteria onderwerp, beantwoord ik eerst de deelvraag.

2.5.1 Beantwoording deelvraag

Binnen de winstbelasting is de fiscale eenheid ontstaan vanuit de concerngedachte. Horizontale verliesverrekening is daar een belangrijk onderdeel van. Het huidige fiscale eenheidsregime kent geen grensoverschrijding meer. Alleen in Nederland gevestigde binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen die door middel van een ten minste 95% aandelenbelang of

¹¹⁴ Het liquidatieverlies heeft betrekking op een Nederlandse investering en deze vermogenswinst is conform art. 13, lid 4, NSV belast in Nederland.

¹¹⁵ 'Wanneer die dubbele aftrek zich niet of niet meer kan voordoen, zou er ruimte moeten bestaan dit verlies toch bij de moedervernootschap in aanmerking te nemen. Alleen dan wordt voldaan aan het hiervoor geschetsde sluitende systeem.' Alhoewel Van Dieren en Van Lindonk hier refereren naar de verlengstukgedachte is de gedachtegang hetzelfde. Dieren, M.J. van, en Lindonk, C.L. van, Liquidatieverliesregeling; een uitzondering in de deelnemingsvrijstelling?, WFR 2005/1589, § 4.

een onderneming gedreven met behulp van een in Nederland aanwezige VI met elkaar verbonden zijn kunnen binnen de gestelde voorwaarden een fiscale eenheid vormen. Op basis van de toerekeningsfictie worden de heffingsobjecten van de gevoegde belastingplichtigen toegerekend aan de moeder van de fiscale eenheid waardoor horizontale verliesverrekening plaatsvindt; dit is alleen mogelijk in binnenlandse verhoudingen. Niettemin is op grond van art. 15, lid 4, Wet VPB 1969 grensoverschrijding bestaanbaar. Conform deze bepaling wordt een in Nederland gevestigd lichaam, welke genoemd is in art. 2, lid 1, onderdeel a tot en met d, Wet VPB 1969, geacht haar onderneming te drijven met behulp van haar gehele vermogen en daar behoort ook een in het buitenland actief zijnde VI en haar resultaat toe. Hoewel dit niet in overeenstemming met het territorialiteitsbeginsel is, zorgt doorgaans het BvdB 2001 zowel in verdrags- als in niet-verdragssituaties voor de voorkoming van dubbele belasting, tenzij de VI verlies heeft geleden. Immers het verlies leidt niet tot dubbele belasting, maar verlaagt de belastingdruk. Echter, zodra de VI in een later jaar winst geniet of uit de deelneming waaraan de VI is overgedragen positieve voordelen genoten worden, is dit op basis van de inhaalregeling belast respectievelijk de omzettingsregeling niet vrijgesteld ongeacht de aldaar geldende fiscale verliesverrekeningsregeling. De inhaalregeling en de omzettingsregeling eindigen nadat alle verliezen zijn ingehaald of eindigen abrupt op het moment dat de VI is beëindigd respectievelijk de deelneming wordt geliquideerd. Voor de in het buitenland gevestigde juridisch zelfstandige deelnemingen van ten minste 95% is verliesverrekening door middel van de fiscale eenheid op grond van het territorialiteitsbeginsel niet mogelijk. De deelneming is aangewezen op de aldaar geldende verliesregeling. De grootaandeelhouder heeft alleen de mogelijkheid om op het moment van liquidatie van de deelneming een liquidatieverlies te verrekenen. Aangezien er geen directe relatie tussen de omvang van het liquidatieverlies en de fiscale verliezen die door de deelneming zijn geleden bestaat, is de liquidatieverliesregeling beperkt tot het in Nederland geleden verlies op het in het buitenland geïnvesteerde vermogen.

2.5.2 Toetsing aan criteria

Door de horizontale verliesverrekeningsregeling aan de toetsingscriteria te onderwerpen, toon ik aan dat de regeling dient te worden aangepast. Derhalve doet het vierde criterium hier niet ter zake. Aangezien de Europese wet- en regelgeving in hoofdstuk drie wordt besproken, zal ik in hoofdstuk vier de Nederlandse regeling aan het derde criterium toetsen.

Ten aanzien van het eerste criterium constateer ik dat het buitenlandse VI-verlies effectief en onmiddellijk éénmalig wordt verrekend. Echter, de inhaalregeling neemt deze verrekening terug indien de VI in een later jaar winst maakt. Hierbij wordt er geen rekening gehouden met de eventuele verticale verliesverrekeningsrechten in het land waar de VI actief is. Dit kan uiteindelijk alsnog leiden tot een economische dubbele belasting. Immers zodra het verlies in Nederland wordt ingehaald en in het buitenland is er geen recht of geen recht meer op carry forward van het eerder geleden verlies, dan is het verlies per saldo nergens verrekend. De totale winst is in casu te hoog belast. In de omgekeerde situatie waarbij de VI na een winstjaar verlies lijdt, is het als gevolg van lokale carry back mogelijk dat er sprake is van double dip. De inhaalregeling haalt immers alleen verliezen in met winsten van een later jaar. Indien naderhand de VI wordt beëindigd is het verlies meermalig verrekend. Derhalve voldoet de regeling evenmin aan het tweede criterium. In mindere mate geldt dit eveneens voor de omzettingsregeling. Op het moment van overdracht van de VI naar de deelneming wordt de inhaalregeling voortgezet, ongeacht of de buitenlandse verticale verliesverrekeningsrechten teloorgaan. Indien hier wel sprake van is, zijn economische dubbele belasting en cashflownadelen heel aannemelijk.¹¹⁶ Misbruik daarentegen speelt mijns inziens alleen indien er geen sprake van teloorgang is. Derhalve doorstaat de omzettingsregeling in vergelijking met de inhaalregeling wel het tweede criterium. Het kabinetsvoornemen om een objectvrijstelling voor vaste inrichtingen in te voeren is niet in lijn met het eerste criterium, gezien het feit dat het VI-verlies dan in beginsel slechts afhankelijk van het in het buitenland geldende belastingwet kan worden verrekend.

Een in het buitenland gevestigde dochtervennootschap¹¹⁷ kan in tegenstelling tot de in het buitenland gedreven VI haar verliezen niet in Nederland horizontaal verrekenen. Zij is aangewezen op de aldaar geldende verliesregeling. Echter, dit kan leiden tot cashflownadelen en economische dubbele belasting indien dit geen effectieve en onmiddellijke verrekening biedt. De enige escaperoute voor de Nederlandse moedervennootschap betreft de toepassing van de liquidatieverliesregeling. Echter, er is geconstateerd dat er geen directe relatie bestaat tussen de omvang van het binnenlandse liquidatieverlies op het in het buitenland geïnvesteerde vermogen en de fiscale verliezen die door de buitenlandse deelneming zelf zijn geleden. Het cashflownadeel wordt er niet mee verholpen, maar allicht voorkomt het gedeeltelijk, geheel

¹¹⁶ Indien de belastingplichtige misbruik voor ogen heeft, zal hij niet zijn buitenlandse VI overdragen aan een deelneming op het moment dat hij verlies verwacht te lijden.

¹¹⁷ Fiscaal gezien bij een aandelenbelang van ten minste 95%.

of meer dan geheel de economische dubbele belasting. Van misbruik is gelet op de regeling mijns inziens geen sprake¹¹⁸, aangezien de regeling beoogt dat de definitief geleden verliezen zoveel mogelijk worden vergolden.

- 5 De Nederlandse grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening laat gelet op het eerste en tweede criterium mijns inziens te wensen over. Afgezien van de te voeren discussie bij welk belang er sprake is van een dochtervennootschap, dienen de inhaalregeling en de omzettingsregeling rekening te houden met de buitenlandse verticale verliesverrekeningsregeling. Daarnaast valt te overwegen om de liquidatieverliesregeling te vervangen in een soortgelijke
- 10 inhaalregeling voor verliezen van dochtervennootschappen om op die manier tegemoet te komen aan het cashflownadeel en er tevens geen sprake is van economische dubbele belasting. Later in dit onderzoek wordt gezien of er betere oplossingsrichtingen zijn. Eerst dient nog vastgesteld te worden of dat de Nederlandse horizontale verliesverrekeningsregeling in strijd is met het EU-recht.

15

¹¹⁸ Alhoewel ik wel van mening ben dat de gekozen vorm voor de liquidatieverliesregeling van de wetgever misbruik voorkomt. Indien zij als liquidatieverlies voor de nog verrekenbare verliezen gekozen had, zou er mijns inziens een handel op slecht lopende rechtspersonen komen. De huidige regeling voorkomt dit.

3 Europees recht en groepsregelingen

3.1 Inleiding

Teneinde de Europees gemeenschappelijke doelstellingen te bereiken is een interne markt ingesteld, die gekenmerkt wordt door de afschaffing van hinderpalen voor het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal tussen lidstaten.¹¹⁹ In het verdrag zijn deze vrije verkeersbepalingen als *lex specialis* vastgelegd en worden door middel van jurisprudentie nader geconcretiseerd.¹²⁰ Mocht één van deze bepalingen niet van toepassing zijn, dan kan allicht een beroep op het discriminatieverbod in art. 18 VwEU soelaas bieden. Dit artikel verbiedt als *lex generalis* immers elke discriminatie op grond van nationaliteit.¹²¹ Hoewel de directe belastingen tot de bevoegdheidssfeer van de lidstaten behoren, zijn ze niettemin verplicht hun bevoegdheden in overeenstemming met het EU-recht uit te oefenen.¹²² Daarvoor hebben de genoemde verdragsbepalingen volledige, dan wel verticale rechtstreekse werking¹²³, waardoor handhaving of naleving door de burgers via de nationale rechter ook kan worden afgedwongen.¹²⁴ Op deze wijze zijn tot op heden enkele Europese groepsregelingen welke horizontale verliesverrekening beogen ter beoordeling aan het HvJ voorgelegd. Ondanks de door het HvJ gewezen arresten blijft tot op de dag van vandaag¹²⁵ onduidelijkheid bestaan in hoeverre een groepsregeling EU-proof is.

Ter beantwoording van de tweede deelvraag, *In hoeverre dient een lidstaat met een groepsregeling op grond van EU-recht grensoverschrijdende werking toe te staan?*, stel ik, aan de hand van een analyse van de van toepassing zijnde verdragsbepalingen en de van belangzijnde jurisprudentie, de EU-rechtelijke vereisten aan grensoverschrijdende groepsregelingen vast. Na een korte toelichting op het Verdrag betreffende werking van de EU en op de toegang

¹¹⁹ Art. 3, juncto art. 4, lid 2, onderdeel a, VwEU.

¹²⁰ Vrij verkeer van goederen (art. 28 en 29), vrij verkeer van personen (art. 45 t/m 48) en vestiging (art. 49 t/m 55), vrijheid van diensten (art. 56 t/m 62) en vrij verkeer van kapitaal en betalingsverkeer (art. 63 t/m 66). Overigens geldt net als in Nederland dat ‘... voor de uitlegging van een gemeenschapsrechtelijke bepaling niet enkel rekening moet worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstellingen die de regeling waarvan zij deel uitmaakt, nastreeft ...’. HvJ, 14 juni 2001, nr. C-191/99, V-N 2001/58.23 (arrest Kvaerner), r.o. 30.

¹²¹ De woorden in art. 18 VwEU ‘... onverminderd de bijzondere bepalingen ...’ verwijzen naar de vier vrijheden als *lex specialis*. Vermeend e.a., W.A., Compendium Europees Belastingrecht, Kluwer, Deventer, 2002, § 6.2. O.a. bevestigd in HvJ, 13 april 2000, nr. C-251/98, V-N 2000/20.22 (arrest Baars), r.o. 23.

¹²² HvJ, 14 februari 1995, nr. C-279/93, Jur. 1995, 225 (arrest Schumacker), r.o. 21, HvJ, 11 augustus 1995, nr. C-80/94, V-N 1995/2908 pt. 23 (arrest Wielockx), r.o. 16 en HvJ, 14 december 2000, nr. C-141/99, V-N 2001/7.38 (arrest AMID), r.o. 19.

¹²³ <http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/l14547.htm>, 1 juni 2009.

¹²⁴ Vermeend e.a., W.A., Compendium Europees Belastingrecht, Kluwer, Deventer, 2002, § 5.2.

¹²⁵ Bijvoorbeeld: A-G van Wattel, nadere conclusie van 7 juli 2010 inzake: HR nr. 43484 bis, HvJ, 25 februari 2010, zaak C-337/08, V-N 2010/48.17 (arrest X Holding BV) en Weber, D.M., Weigeren van voordelen van grensoverschrijdende fiscale eenheid in strijd met recht van vestiging? (X Holding), FED 2010/95.

daartoe beoordeel ik waarbinnen een groepsregeling niet in strijd is met het EU-recht. Hier-
voor beoordeel ik eerst of en wanneer er sprake is van discriminatie, dan wel een belemme-
ring en vervolgens of deze te rechtvaardigen is. Tot slot analyseer ik waarbinnen een groeps-
regeling van een lidstaat conform EU-recht op een effectieve en proportionele wijze is vorm-
gegeven. Hiermee geef ik uiteindelijk invulling aan het derde criterium, hetgeen het ant-
woord op de tweede deelvraag is, waarna ik deze in hoofdstuk 5 toets aan de Nederlandse
verliesverrekeningsregeling.

3.2 Toegang tot Verdrag betreffende werking van de EU

Op grond van art. 49 VwEU zijn beperkingen in de vrijheid van vestiging voor onderdanen
van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit geldt eveneens
voor de oprichting en beheer van ondernemingen door middel van agentschappen, filialen of
dochterondernemingen. Het HvJ acht de uitoefening van het recht van vestiging van toepas-
sing: ‘... wanneer een onderdaan van een lidstaat een deelneming in het kapitaal van een in
een andere lidstaat gevestigde vennootschap houdt, die hem een zodanige invloed op de be-
sluiten van de vennootschap verleent, dat hij de activiteiten ervan kan bepalen.’¹²⁶ Een con-
cern is derhalve niet gebonden door de grenzen van de lidstaat waarin zij is gevestigd en is
vrij om grensoverschrijdende economische activiteiten door middel van VI’s en dochterven-
nootschappen in andere lidstaten uit te oefenen.¹²⁷ Op grond van art. 15, lid 3, onderdeel c,
Wet VPB dienen zowel de moedervernootschap als de dochtervernootschap in Nederland te
zijn gevestigd. Indien een moedervernootschap een dochtervernootschap in een andere lid-
staat wenst op te richten dan kan zij conform de huidige wetgeving haar dochtervernoot-
schap, afgezien van de door haar verrichte Nederlandse vaste inrichtingsactiviteiten, niet in
een fiscale eenheid voegen en ook niet van de daarmee verbonden fiscale voordelen, zoals
het cashflowvoordeel door toepassing van horizontale verliesverrekening, genieten. Daar
komt bij het feit dat de moedervernootschap bij een aandelenbelang van ten minste 95%
dusdanige invloed op de besluiten van de dochtervernootschap heeft en zelfs de economische
activiteiten van haar kan bepalen, hetgeen de moedervernootschap het recht geeft om de

¹²⁶ Ter uitleg van: ‘... de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen, in de ene lidstaat door een onderdaan van een andere lidstaat.’ HvJ, 13 april 2000, nr. C-251/98, V-N 2000/20.22 (arrest Baars), r.o. 21 en 22. Zie ook HvJ, 18 juli 2007, nr. C-231/05, V-N 2007/57.13 (arrest Oy AA), r.o. 20.

¹²⁷ De vrijheid van vestiging beoogt niet alleen het voordeel van de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst te garanderen, maar verbiedt de lidstaat van oorsprong ook de vestiging in een andere lidstaat van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationaal recht opgerichte vennootschap te bemoeilijken. HvJ, 16 juli 1998, nr. C-264/96, BNB 1998/420c* (arrest ICI), r.o. 21. Als beperkingen van de vrijheid van vestiging moet worden beschouwd alle maatregelen die de uitoefening van deze vrijheid verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken. HvJ, 5 oktober 2004, nr. C-442/02, EHvJ-RN C-2002/442 (arrest CaixaBank France), r.o. 11.

vrijheid van vestiging uit te oefenen.¹²⁸ Echter, het in de fiscale eenheidsregeling opgenomen vestigingsvereiste weerhoudt de moedervernootschap ervan dit te kunnen doen. Derhalve is er op grond van art. 49 VwEU toegang tot het VwEU.

3.3 Discriminatie of belemmering

5 Ten aanzien van de fiscale eenheidsregeling is het HvJ de mening toegedaan dat er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging doordat het verlies van een ingezeten dochtervernootschap en het verlies van een niet-ingezeten dochtervernootschap fiscaal verschillend worden behandeld, waardoor de moedervernootschap van de oprichting van dochtervernootschappen in andere lidstaten wordt afgeschrikt.¹²⁹ Echter, dit is acceptabel indien een
10 niet-ingezeten dochtervernootschap niet vergelijkbaar is met een ingezeten dochtervernootschap en/of een buitenlandse VI. Derhalve analyseer ik aan de hand van de Europese jurisprudentie en fiscale literatuur de vergelijkbaarheid van een buitenlandse dochtervernootschap met een binnenlandse dochtervernootschap en een buitenlandse VI. Ditzelfde doe ik tot slot bij de vergelijking tussen een buitenlandse VI en een “binnenlandse VI”.

15 3.3.1 Buitenlandse versus binnenlandse dochtervernootschap

A-G Wattel heeft voor deze uitgangspositie vanuit de oorsprongstaat de volgende toetsvraag geformuleerd: ‘*Wordt een deelneming in een andere EG-Lidstaat door de oorsprongstaat fiscaal hetzelfde behandeld als een binnenlandse deelneming?*’¹³⁰ Het HvJ oordeelde in het X Holding BV-arrest dat hij de situatie van een ingezeten moedervernootschap die met een
20 ingezeten dochtervernootschap een fiscale eenheid wil vormen, objectief vergelijkbaar acht met de situatie waarin de dochtervernootschap niet een ingezetene is. Hij is tevens van mening dat indien dit niet het geval zou zijn daarmee elke inhoud van art. 49 VwEU zou worden ontnomen.¹³¹ Het HvJ accepteert dat lidstaten belasting op grond van het territorialiteitsbeginsel, maar dit rechtvaardigt zijns inziens niet om in casu de fiscale eenheidsregeling te beper-

¹²⁸ HvJ, 13 april 2000, nr. C-251/98, V-N 2000/20.22 (arrest Baars), r.o. 22. Hetgeen altijd het geval is bij 100% van de aandeelhoudersrechten. HvJ, 7 september 2006, nr. C-470/04, BNB 2007/22c* (arrest N), r.o. 27.

¹²⁹ HvJ, 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166c* (arrest X Holding BV), r.o.18-19. Het cashflowvoordeel is daarnaast ook als beperking te bestempelen. Zie r.o. 32 en HvJ, 29 maart 2007, nr. C-347/04, V-N 2007/18.14 (arrest Rewe Zentralfinanz), r.o.29.

¹³⁰ Conclusie A-G Wattel, 19 oktober 2000, nr. 35 729, V-N 2000/51.15, § 3.5.3.

¹³¹ HvJ, 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166c* (arrest X Holding BV), r.o.23-24. Kemmeren merkt op dat het HvJ sinds diens M&S-arrest een nieuwe benadering toepast die weliswaar tot dezelfde uitkomst leidt. Zijn nieuwe uitgangspunt is dat er geen onderscheid mag worden gemaakt tussen ingezetenen en niet-ingezetenen, tenzij dit objectief wordt gerechtvaardigd. De oude uitgangspositie is dat er fiscaal onderscheid mag worden gemaakt tussen ingezetenen en niet-ingezetenen, tenzij dit niet gerechtvaardigd is. Door deze wijziging is zijns inziens de bewijslast voor het maken van onderscheid tussen inwoners en niet-inwoners bij het toekennen van fiscale voordelen naar de lidstaat verschoven. Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grensloze verliesverrekening, WFR 2006/211, § 5.2. Zie ook Conclusie A-G Kokott, 19 november 2009, C-337/08, r.o. 29, V-N-V2009/250.9.

ken tot concernverliezen van dochtervennootschappen die in Nederland zijn gevestigd.¹³² Net als het HvJ is A-G Maduro de mening toegedaan dat de moedervenootschap immers onbeperkt belastingplichtig is waardoor het territorialiteitsbeginsel derhalve niet aan de orde is.¹³³ Echter, Kok is een andere mening ten aanzien van de Nederlandse groepsregeling toegedaan.

5 Hij verwijst hierbij naar r.o. 22 van het Futura-arrest: ‘*Een dergelijke regeling die in overeenstemming is met het fiscale territorialiteitsbeginsel, kan niet geacht worden een door het Verdrag verboden zichtbare of verkapte discriminatie op te leveren.*’¹³⁴ Doordat er dochtervennootschappen in andere lidstaten gevestigd zijn en er van uitgaande dat ze geen activiteiten in Nederland ontplooiën, zijn ze zijns inziens dan ook niet als buitenlandse belastingplichtige door Nederland aan te merken waardoor er bezien vanuit de Nederlandse onderworpenheid geen sprake is van een vergelijkbare uitgangspositie.¹³⁵ Kok deelt derhalve de mening van Terra en Wattel dat vergelijkbaarheid alleen bestaat binnen hetzelfde gebied van onderworpenheid.¹³⁶ De A-G’s noemen daarbij de twee doelen van de verdragsvrijheden: marktgelijkheid en markttoegang.¹³⁷ Volgens hen moet er sprake zijn van gelijkheid binnen

10 de nationale belastingmacht ten aanzien van het belastingobject. Hiervan kunnen niet-ingezetenen en buitenlands broninkomen buitengesloten worden. Indien dit niet het geval is, dient wel gelijkheid te worden betracht. Teruggekoppeld op het M&S-arrest¹³⁸ stelt Kok dat

15

¹³² HvJ, 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166c* (arrest X Holding BV), r.o. 23 evenals in HvJ, 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), r.o. 39-40.

¹³³ Conclusie A-G Maduro, 7 april 2005, nr. C-446/03, V-N 2005/21.20 (arrest Marks & Spencer), r.o. 63. Hij verwijst hierbij ook naar HvJ, 7 september 2004, nr. C-319/02, Jur. 2004, 7477 (arrest Manninen), r.o. 38.

¹³⁴ Kok, Q.W.J.C.H., De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/795, § 3.3 met verwijzing naar HvJ, 15 mei 1997, nr. C-250/95, V-N 1997/4242 pt. 27 (arrest Futura), r.o. 22. Met ‘*dergelijke*’ wordt verwezen naar de berekening van de maatstaf van heffing voor de niet-ingezetenen waarbij alleen de winsten en de verliezen uit hun in casu Luxemburgse activiteiten in aanmerking worden genomen. Dit wordt ook wel bronlandbeginsel genoemd. Voor ingezetenen wordt doorgaans het woonlandbeginsel gehanteerd. Het HvJ is derhalve van mening dat verliezen een economisch verband houden met de winsten die zijn verworven in een bepaalde lidstaat en een dergelijke verliesimport is dan ook niet verplicht. HvJ stelt wel dat het hier gaat om de heffing van belasting van één belastingplichtige. HvJ, 18 september 2003, nr. C-168/01, Jur. 2003, 9409 (arrest Bosal Holding BV), r.o. 38.

¹³⁵ Het HvJ stelt hetzelfde in HvJ, 27 juni 1996, nr. C-107/94, BNB 1996/350c* (arrest Asscher), r.o. 41. Op het gebied van de directe belastingen is de situatie van ingezetenen en die van niet-ingezetenen van een bepaalde staat in het algemeen niet vergelijkbaar, omdat deze situaties objectief van elkaar verschillen. Zie een soortgelijke situatie met dito beredenering in HvJ, 13 april 2000, nr. C-251/98, V-N 2000/20.22 (arrest Baars), r.o. 30.

¹³⁶ ‘*Comparability then only exists within the area of subjection to tax.*’ Kok, Q.W.J.C.H., De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/795, § 3.3. Zie bijvoorbeeld HvJ, 14 februari 1995, nr. C-279/93, Jur. 1995, 225 (arrest Schumacker).

¹³⁷ Terra, B.J.M., en Wattel, P.J., European Tax Law, student edition, Kluwer, Deventer, 2008, vijfde druk, § 14.3.2. Dit ten aanzien van de directe belastingen.

¹³⁸ In het VK kunnen de ingezetenen vennootschappen en een in het VK gevestigde VI van een niet-ingezetenen vennootschap van een groep op grond van de groep reliefsregeling onderling de winst en het verlies verrekenen. Het belastingverlies van de overdragende vennootschap wordt in de vorm van een vermindering in de VPB aan de verzoekende vennootschap overgedragen. De groep van M&S dient het verzoek in om de naar Brits recht herberekende verliezen van haar in België, Duitsland en Frankrijk gevestigde vennootschappen te mogen aftrekken van haar in het VK belastbare winst. Echter, de Britse groep-reliefsregeling staat dit niet toe, ongeacht of

bezien vanuit de fiscale behandeling van de moedervennootschap de group relief-regeling wel in strijd is met het EU-recht, omdat het verlies van een binnenlandse en buitenlandse dochtervennootschap, vanuit de moedervennootschap als onbeperkt belastingplichtige be-
5
gaat zijns inziens niet op voor de fiscale eenheidsregeling, aangezien horizontale verliesver-
rekening dan het gevolg is van het samenvoegen van objecten. Derhalve acht hij buitenlandse
dochtervennootschappen niet vergelijkbaar, omdat ze niet in Nederland onderworpen zijn.¹³⁹
Ik deel de visie dat een fiscale eenheid verder gaat dan het overdragen van een negatieve be-
lastingsgrondslag. Echter ten aanzien van de Nederlandse horizontale verliesverrekening is er
10 mijns inziens niet sprake van een wezenlijk andere situatie waardoor er niet meer over een
vergelijkbare situatie kan worden gesproken.¹⁴⁰ Het gaat immers nog steeds om het overhe-
velen van het heffingsobject van de dochtervennootschap naar de moedervennootschap op
papier¹⁴¹ waarbij de gevoegde dochtervennootschap haar subjectieve belastingplicht niet ver-
liest en de moedervennootschap eveneens “onbeperkt” belastingplichtig is. Daarbij vind ik
15 het voorgedragen argument dat de moedervennootschap onbeperkt belastingplichtig is in
casu dubieus te noemen gelet op de subjectieve belastingplicht van de dochtervennootschap.
De onbeperkte belastingplicht van de moedervennootschap reikt mijns inziens tot haar geïn-
vesteerd vermogen in de dochtervennootschap. Desondanks acht ik het ten behoeve van de
vergelijkbaarheid een pleitbaar standpunt vanuit de verlengstukgedachte gezien het feit dat
20 de moedervennootschap een zodanige invloed op de besluiten van de dochtervennootschap
heeft dat zij de activiteiten ervan kan bepalen. Beide groepsregelingen zijn ten slotte bedoeld
om economische dubbele belasting annex cashflownadelen te elimineren gezien vanuit de
verlengstukgedachte. Indien een binnenlandse moedervennootschap op een bepaald moment
de keuze heeft tussen de oprichting van een binnenlandse en een buitenlandse dochterven-

de in de andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap nadien aan een derde is verkocht of is beëindigd. Daar-
entegen zijn de verliezen van in andere lidstaten actief zijnde VI's wel verrekenbaar. HvJ, 13 december 2005,
nr. C-466/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), r.o. 1 tot en met 17.

¹³⁹ Kok, Q.W.J.C.H., De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/795, §
3.3.

¹⁴⁰ Hetgeen ook door het Ministerie van Financiën wordt gesteld: ‘... hebben zij beide als resultaat dat winsten
en verliezen van verschillende bedrijfsonderdelen met elkaar kunnen verrekend.’ Ministerie van Finan-
ciën, VPB 2007. Nota “Werken aan winst; naar een laag tarief en een brede grondslag”, 29 april 2005, nr. AFP
2005-00386, V-N 2005/24.3, §7.

¹⁴¹ Feitelijke overdracht is niet vereist. <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/ctmanual/ctm80145.htm>, 8 december
2010.

nootschap, dan is het gelet op de verschillende fiscale behandeling van aanloopverliezen minder aantrekkelijk om voor de laatste variant te opteren.¹⁴²

5 A-G Wattel deelt evenmin de visie van het HvJ en is van mening dat de niet-ingezeten dochtervennootschap fiscaalrechtelijk niet bestaat binnen de jurisdictie van de moedervennootschap en kan daar dus ook niet fiscaal gediscrimineerd worden. Daardoor is zij niet vergelijkbaar met een ingezeten dochtervennootschap evenals de bron van inkomsten objectief verschillend is.¹⁴³ Ik deel zijn visie ten aanzien van de vergelijkbaarheid tussen een binnenlandse belastingplichtige en een buitenlandse belastingplichtige.¹⁴⁴ Echter voor de vergelijking dient de doelstelling van de belastingregeling in ogenschouw te worden genomen.¹⁴⁵ A-G Wattel stelt dat uit de voorlichting van het Hof volgt dat de doelstelling binnenjurisdictionele consolidatie is en is van mening ‘*dat iemand die subjectief een voordeel wenst dat een ander heeft, hem echter niet vergelijkbaar maakt met die ander ter zake van het objectieve en neutrale vereiste van subjectieve en objectieve onderworpenheid aan belasting op grond van woonplaats of op grond van bron.*’¹⁴⁶ In dit verlegde haalt hij het arrest Schempp inzake de aftrek van alimentatie aan waarin het HvJ zijns inziens erkende dat de onderworpenheid van de ex-eega in een andere lidstaat niet vergelijkbaar is met onderworpenheid van een gelieerde persoon in dezelfde lidstaat en dat het VwEU niet de garantie biedt dat de overbrenging van zijn werkzaamheden naar een andere lidstaat dan die waarin hij tot dan verbleef, fiscaal neutraal is.¹⁴⁷ In casu had Schempp in Duitsland geen recht op aftrek, aangezien in Oostenrijk de alimentatie-uitkering niet belastbaar is. Echter, indien het wel belastbaar zou zijn is er mijns inziens wel sprake van een vergelijkbare situatie gelet op de ter discussiestaande fiscale rege-

10
15
20

¹⁴² Afgezien van het feit of dit nu gerechtvaardigd is of niet, hetgeen de volgende stap van het Europese toetsingsproces betreft. Zie ook Weber, D.M., Weigeren van voordelen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in sommige situaties een ongerechtvaardigde belemmering van het recht van vestiging, FED 2010/3, § 2.

¹⁴³ A-G Wattel, X Holding BV. Nadere conclusie over grensoverschrijdende fiscale eenheid en EU-recht, V-N 2010/48.17, § 3.6 met verwijzing naar HvJ, 6 juli 2006, nr. C-346/04, V-N 2006/38.8 (arrest Conijn), r.o. 16. A-G Wattel vindt het ook kant noch wal raken om een persoon die niet eens subjectief belastingplichtige is, objectief volledig belastingplichtig te moeten maken in de jurisprudentie die hem nu juist niet belastingplichtig heeft gemaakt, zie § 3.12. Weber voegt hieraan toe dat er dan altijd sprake is van een vergelijkbare situatie. Weber, D.M., X Holding, Refusal of advantage of a cross-border tax consolidation a justified restriction of the freedom of establishment. Court of Justice, Highlights & Insight on European Taxation, 2010/7.6 blz. 67.

¹⁴⁴ In aanvulling hierop ben ik van mening dat het HvJ in het M&S-arrest allicht tot een andere conclusie was gekomen indien de verliesverrekening tussen een binnenlandse en buitenlandse zustervenootschap ter discussie stond, omdat er voor de binnenlandse dochtervennootschap geen keuzemoment is om de vestigingsplaats van de zustervenootschap te bepalen of zoals het HvJ het verwoordt: ‘*er vindt geen afschrikking plaats*’.

¹⁴⁵ HvJ, 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166c* (arrest X Holding BV), r.o.22.

¹⁴⁶ A-G Wattel, X Holding BV. Nadere conclusie over grensoverschrijdende fiscale eenheid en EU-recht, V-N 2010/48.17, § 3.6.

¹⁴⁷ Ibid, § 3.7 met verwijzing naar HvJ, 12 juli 2005, nr. C-403/03, V-N 2005/36.14 (arrest Schempp), r.o. 35 en 45. Ten aanzien van de afwezigheid van de door het HvJ genoemde garantie deel ik de mening van Weber dat dit voor dhr. Schempp een nadelige dispariteit is. Weber, D.M., Weigeren van voordelen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in strijd met het recht van vestiging? (X Holding), FED 2010/95, § 7.

ling. Immers de Duitse wet staat aftrekbaarheid toe zolang de uitkering ergens ter wereld wordt belast. Derhalve deel ik wel A-G Wattel's mening dat er in casu geen sprake is van een vergelijkbare situatie, tenzij er sprake is van subjectieve en objectieve onderworpenheid. Ten aanzien van de uitgangspositie van de fiscale eenheidsregeling ben ik dan ook in het verlengde van het arrest-Bosal van mening dat vanuit het perspectief van de moedervernootschap een ingezeten dochtervernootschap die objectief onderworpen is in dezelfde lidstaat vergelijkbaar is met een niet-ingezeten dochtervernootschap die objectief in een andere lidstaat is onderworpen. A-G Wattel weerlegt deze stelling door te stellen dat het HvJ onderworpenen en niet-onderworpenen niet fiscaal vergelijkbaar acht door te verwijzen naar het Commissie tegen Spanje-arrest.¹⁴⁸ Echter, hij verwijst hierbij naar een arrest waarbij discriminerende bepalingen, welke vastgelegd waren in de Wet op dividendbelasting, ten aanzien van dividenduitkeringen vanuit het bronland ter discussie stonden. Mijns inziens is dit op basis van het voorgaande niet vergelijkbaar met de onderhavige casus waarbij de dochtervernootschap ondanks haar subjectieve belastingplicht als verlengstuk van de moedervernootschap wordt gezien. Het Bosal- en Rewe Zetralfinanz-arrest zijn mijns inziens in een zekere zin ook niet van doorslaggevend belang, gelet op het feit dat in beide arresten de financiering respectievelijk het investeringsbedrag van de door de moedervernootschap verworven deelneming en niet zozeer het heffingsobject van de deelneming ter discussie stond. Wat wel uit deze arresten af te leiden is, is dat een moedervernootschap niet bepaalde voordelen mag worden onthouden vanwege het feit haar dochtervernootschap in een andere lidstaat is gevestigd.

Derhalve kom ik tot de conclusie dat voor de vergelijking tussen een binnenlandse en buitenlandse dochtervernootschap, welke zowel subjectief als objectief onderworpen zijn, de doelstelling van de groepsregeling in ogenschouw dient te worden genomen. De fiscale eenheidsregeling is vanuit de verlengstukgedachte ontstaan en biedt een onbeperkt belastingplichtige moedervernootschap de mogelijkheid om samen met haar dochtervernootschappen een fiscale eenheid te vormen. Echter, het vestigingsvereiste zorgt ervoor dat de ingezeten moedervernootschap niet met haar niet-ingezeten dochtervernootschappen, waarop zij eveneens een zodanige invloed op de besluiten heeft dat zij de activiteiten ervan kan bepalen, een beroep op de groepsregeling kan doen, waardoor haar voordelen worden onthouden. Derhalve is vanuit het perspectief van de moedervernootschap een niet-ingezeten dochtervernootschap objectief vergelijkbaar met een ingezeten dochtervernootschap.

¹⁴⁸ A-G Wattel, X Holding BV. Nadere conclusie over grensoverschrijdende fiscale eenheid en EU-recht, V-N 2010/48.17, § 3.8 met verwijzing naar HvJ, 3 juni 2010, nr. C-487/08, V-N 2010/28.20 (arrest Commissie tegen Spanje), r.o. 50-51.

3.3.2 *Buitenlandse VI versus buitenlandse dochtervennootschap*

In § 2.3.2 heb ik vastgesteld dat het verschil in de fiscale behandeling tussen de VI en de dochtervennootschap afhankelijk is van juridische zelfstandigheid. De dochtervennootschap is juridisch zelfstandig en derhalve subjectief belastingplichtig. De VI daarentegen is als juridisch onzelfstandige¹⁴⁹ een grensoverschrijdende activiteit van een onderneming die elders is gevestigd. De resultaten uit hoofde van het aandelenbelang in de dochtervennootschap en het VI- resultaat worden onafhankelijk van de plaats van vestiging tot de wereldwinst van het beherende lichaam gerekend¹⁵⁰ en het verlies van een buitenlandse dochtervennootschap is niet verrekenbaar met dien verstande dat de liquidatieverliesregeling nog volledige of enige soelaas kan bieden. Derhalve dient de vraag te worden gesteld of een lidstaat terecht in haar wet- en regelgeving onderscheid mag maken in de fiscale behandeling van een buitenlandse dochtervennootschap en een buitenlandse VI alhoewel beiden een onderneming voor dezelfde moedervennootschap drijven? A-G Alber heeft bij het Bosal-arrest¹⁵¹ voor de rechtvaardiging van het onderscheid tussen beiden gepleit: *‘Het verschil dat hierdoor¹⁵² met vennootschappen met VI’s bestaat, is reeds gerechtvaardigd omdat een vennootschap ook voor haar VI’s aansprakelijk is, terwijl de moedervennootschap niet op dezelfde wijze voor de verliezen van haar dochtervennootschap dient in te staan.’* A-G Maduro voegt hieraan toe dat art. 49 en 54 VwEU niet ten doel hebben het verschil in de fiscale behandeling van verschillende rechtsvormen te uniformeren, maar om fiscale neutraliteit te bereiken.¹⁵³ In het arrest Columbus Container Services BVBA & Co. heeft het HvJ de fiscale autonomie van de lidstaten ook bevestigd.¹⁵⁴ Echter, ten aanzien van de Britse groep relief-regeling stelt Kemmeren dat het met name gaat om het voor de fiscale winstberekening neutraliseren van bepaalde effecten die ontstaan omdat een groep zijn activiteiten opbouwt met behulp van afzonderlijke ven-

¹⁴⁹ Alhoewel de VI in internationale praktijk als een autonome fiscale entiteit wordt bestempeld. HvJ, 15 mei 2008, nr. C-414/06, BNB 2009/85c* (arrest Lidl Belgium), r.o. 21-22.

¹⁵⁰ Ten aanzien van het VI-resultaat waarvan de heffingsbevoegdheid conform art. 7, lid 1, OESO-modelverdrag aan het bronland toegewezen is, leidt dit tot dubbele belastingheffing welke wordt voorkomen door middel van een voorkomingsregeling.

¹⁵¹ Conclusie A-G Alber, arrest Bosal Holding BV, 18 september 2003, nr. C-168/01, BNB 2003/344c*, r.o. 64.

¹⁵² Ibid. Dat dochtervennootschappen m.b.t. de belastingheffing niet zonder meer als een geconsolideerd geheel zijn te beschouwen.

¹⁵³ Conclusie A-G Maduro, 7 april 2005, nr. C-446/03, V-N 2005/21.20 (arrest Marks & Spencer), r.o. 49.

¹⁵⁴ ‘... fiscale autonomie (...), tevens inhoudt dat de lidstaten vrij zijn om te bepalen onder welke voorwaarden en op welk niveau de verschillende vestigingsvormen van nationale vennootschappen die in het buitenland opereren, zullen worden belast, mits deze vestigingsvormen daardoor niet worden gediscrimineerd ten opzichte van vergelijkbare nationale vestigingen.’ HvJ, 6 december 2007, nr. C-298/05, V-N 2007/59.8 (arrest Columbus Container Services BVBA & Co.), r.o. 53. Zie ook HvJ, 4 juni 2009, nr. C-439/07 en C-499/07, V-N 2009/35.17 (arrest KBC Bank), r.o. 80.

nootschappen in plaats van VI's.¹⁵⁵ Nu het VK en Nederland de fiscale behandeling van groepsresultaten fiscaal gelijk wensen te behandelen, is mijns inziens een verschil in de juridische zelfstandigheid voor hen niet van belang voor horizontale verliesverrekening.¹⁵⁶

5 A-G Wattel stelt dat door toepassing van de fiscale eenheidsregeling de binnenlandse dochtervennootschappen tot filialen van de moedervernootschap worden bestempeld, waardoor buitenlandse dochtervennootschappen ook als zodanig moeten worden bestempeld.¹⁵⁷ Hij is tot deze gedachte gekomen door de andersluidende mening van A-G Maduro dat de Britse groep relief-regeling binnenlandse dochtervennootschappen niet als filialen behandelt, omdat
10 er geen sprake is van fiscale consolidatie en de dochtervennootschappen nog steeds als juridisch onzelfstandige fiscale entiteit worden behandeld. Zijns inziens dienen buitenlandse dochtervennootschappen dan evenmin als buitenlandse VI te worden behandeld.¹⁵⁸ De redactie van V-N is ten opzichte van A-G Wattel een meer genuanceerde mening toegedaan en stelt eveneens dat er geen wezenlijk verschil bestaat.¹⁵⁹ Kok weerlegt deze visies door te stellen dat de filialisering van de buitenlandse dochtervennootschap niet opgaat, aangezien de
15 gelijkstelling pas als gevolg van het aangaan van een fiscale eenheid plaatsvindt.¹⁶⁰ Tevens stelt hij dat *'een binnenlandse dochtervennootschap ook niet hetzelfde wordt behandeld als een binnenlandse "VI"'*.¹⁶¹ Daarnaast blijkt uit de wetgeschiedenis dat de wetgever juist heeft beoogd dat de gevoegde dochtervennootschap sinds de wetswijziging wel subjectief
20 belastingplichtig blijft waardoor ze niet meer als VI wordt gekenmerkt en de jurisprudentie

¹⁵⁵ Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grensloze verliesverrekening, WFR 2006/211, § 4 & 5.7.

¹⁵⁶ Dit alles is overigens anders vanuit de bronstaat bezien. In aanvulling op art. 49, tweede volzin, VwEU: *'... biedt de economische subjecten uitdrukkelijk de mogelijkheid om vrijelijk de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lidstaat past, zodat deze vrije keuze niet mag worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen.'* HvJ, 23 februari 2006, nr. C-253/03, V-N 2006/14.18 (arrest CLT-UFA), r.o. 14 en HvJ, 28 januari 1986, C 270/83, EHvJ-RN C-1983/270 (arrest Avoir fiscal), r.o. 20.

¹⁵⁷ Eerder is een in Ierland gevestigde dochtervennootschap in een fiscale eenheid gevoegd wat vanuit de moedervernootschap bezien als een Ierse VI werd bestempeld. Hij verwijst hierbij naar HR 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47. Conclusie A-G Wattel, 4 juli 2007, nr. 43 484, V-N 2007/47.16, r.o. 5.6, 5.18-19 en 6.11. Engelen en Van der Vegt delen dezelfde visie. Engelen, F.A. en Vegt, P.C. van der, Werken aan winst in de Europese Unie, WFR 2006/797, §3.2.

¹⁵⁸ Ibid, r.o. 6.9. Conclusie A-G Maduro, 7 april 2005, nr. C-446/03, V-N 2005/21.20 (arrest Marks & Spencer), r.o. 48.

¹⁵⁹ De redactie van V-N hoopt dat het HvJ inziet dat er geen wezenlijk verschil bestaat tussen de fiscale behandeling van een buitenlandse VI met een Nederlands hoofdhuis en een Nederlandse grensoverschrijdende fiscale eenheid met een buitenlandse dochtervennootschap. Redactie V-N, HR 11 juli 2008 nr. 43 484, V-N 2008/34.14, Aantekening.

¹⁶⁰ Kok, Q.W.J.C.H., De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/795, § 3.2.

¹⁶¹ Alhoewel ik hierbij wil opmerken dat een binnenlandse VI van een buitenlandse dochtervennootschap weldegelijk hetzelfde wordt behandeld als een binnenlandse dochtervennootschap.

5 waarop A-G Wattel¹⁶² zich beroept haar belang heeft verloren.¹⁶³ Het feit dat de werkzaamheden en het vermogen nu fiscaal aan de moedervernootschap toegerekend worden, dient immers alleen om de vermogenvergelijking voor de fiscale resultaatbepaling tot stand te laten brengen waarmee hetzelfde doel van de Britse verliesoverdracht wordt bereikt.¹⁶⁴ In aanvulling hierop stelt de Hoge Raad niet dat wanneer een grensoverschrijdende fiscale eenheid zou worden toegestaan dat de buitenlandse dochtervernootschap bestempeld dient te worden als VI, maar alleen dat Nederland verplicht is haar resultaat van belastingheffing vrij te stellen.¹⁶⁵ Hoewel ik deze argumenten onderschrijf, deel ik de mening vanuit de verlengstukgedachte bezien niet en dient idealiter de buitenlandse winst door de oorsprongstaat fiscaal gelijk te worden behandeld ongeacht de vestigingsvorm, hetgeen in een zekere zin ook wordt beoogd. Echter, volgens het HvJ is het, vanuit de oorsprongstaat bezien en gelet op de uiteenlopende juridische zelfstandigheid en de daarbij behorende aansprakelijkheid, niet bezwaarlijk om een buitenlandse VI fiscaal anders te behandelen dan een buitenlandse dochtervernootschap ongeacht de gehanteerde voorkomingsmethodiek, hetgeen eveneens in de belastingverdragen tot een verschil in de verdeling van de heffingsbevoegdheid heeft geleid.¹⁶⁶

20 Derhalve kom ik tot de conclusie dat de dochtervernootschap en de VI als gevolg van de uiteenlopende juridische zelfstandigheid, hetgeen voor de moedervernootschap ook bepalend is voor haar aansprakelijkheid met bijbehorende risico's, niet gelijkwaardig zijn. De doelstelling annex werking van de fiscale eenheidsregeling ten aanzien van de binnenlandse dochtervernootschap doen daar niets aan af, aangezien hier voorafgaand aan voeging geen sprake van is en nadien haar subjectieve belastingplicht behoudt. Derhalve beschikken de lidstaten als oorsprongstaat over fiscale autonomie ten aanzien van de fiscale behandeling van een

¹⁶² Overigens heeft A-G Wattel zijn standpunt wel genuanceerd: 'De vestigingsvrijheid houdt niet in dat een oorsprongstaat geen enkel verschil zou mogen erkennen tussen buitenlandse VI's en buitenlandse dochters, mogelijk tenzij die oorsprongstaat ook in puur binnenlandse verhoudingen dochtervernootschappen volkomen zou vereenzelvigen met haar aandeelhouders.' Conclusie A-G Wattel, 19 oktober 2000, nr. 35 729, V-N 2000/51.15, § 5.4.

¹⁶³ Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1999/00, 26 854, nr. 3, blz. 4-5. Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, studenteneditie 2005-2006, Kluwer, Deventer, 2005, 2.9.1.B.b3.I en III. '... BNB 1998/47* en BNB 2003/286c* hun betekenis hebben verloren.' Engelen en Van der Vegt delen deze mening echter niet en stellen dat deze rechtspraak hun belang juist niet hebben verloren. Engelen, F.A. en Vegt, P.C. van der, Werken aan winst in de Europese Unie, WFR 2006/797, §3.2, voetnoot 42.

¹⁶⁴ Doordat de resultaten van alle concernonderdelen worden samengevoegd vindt er ook horizontale verliesverrekening plaats.

¹⁶⁵ HR 11 juli 2008, nr. 43 484, V-N 2008/34.14, r.o. 3.4.7 en 3.6.1. R.o. 3.4.8. suggereert wellicht een toepassing van een inhaalregeling, maar de HR spreekt echter over een verlies van een buitenlandse VI.

¹⁶⁶ Hoewel Weber eveneens de nalatigheid van het HvJ en A-G Kokott ten aanzien van de uitvoering een inhoudelijke discriminatietoets opmerkt, komt hij zelf niet tot een oordeel. Weber, D.M., X Holding, Refusal of advantage of a cross-border tax consolidation a justified restriction of the freedom of establishment. Court of Justice, Highlights & Insight on European Taxation, 2010/7.6 blz. 69-70.

buitenlandse dochtervennootschap en een buitenlandse VI zolang de regeling niet discriminerend is ten opzichte van hun binnenlandse equivalenten.

3.3.3 *Buitenlandse VI versus binnenlandse VI*

5 Gezien het feit dat het resultaat van zowel de buitenlandse VI als de “binnenlandse VI / filiaal” in beginsel al tot het wereldinkomen van de moedervernootschap behoren, is een vergelijking tussen beiden minder van belang voor de toepassing van een groepsregeling.¹⁶⁷ Mede gelet op de voorgaande twee beschouwingen volsta ik hier met een beknopte beschrijving van het in casu ingenomen standpunt van het HvJ. In het Lidl Belgium-arrest maakt het HvJ de vergelijking tussen een niet-ingezeten VI en een “ingezeten VI” en komt tot de conclusie
10 dat de eerste een minder gunstige fiscale behandeling heeft, omdat het verlies van de ingezetenen VI wel door de hoofdvennootschap kan worden verrekend. Volgens hem kan dit verschil in behandeling een Duitse vennootschap ervan weerhouden om in andere lidstaten activiteiten met behulp van VI’s uit te oefenen. Derhalve concludeert het HvJ dat dit een beperking van de vrijheid van vestiging inhoudt.¹⁶⁸ In het KR Wannsee-arrest wordt dit bevestigd.¹⁶⁹ In
15 het AMID-arrest betoogde België dat er geen sprake was van een vergelijkbare situatie vanwege de overeengekomen heffingsbevoegdheid tot het vermijden van dubbele belasting waardoor de tot uiteenlopende resultaten leidende regeling niet noodzakelijkerwijs discriminatie oplevert. Het HvJ achtte dit argument niet afdoende om aan te tonen dat er sprake is van een objectief verschil.¹⁷⁰ Derhalve concludeer ik dat vanuit de moedervernootschap bezien
20 de buitenlandse onderneming vergelijkbaar is met een binnenlandse onderneming ongeacht de verdeling van de heffingsbevoegdheid tot het vermijden van dubbele belasting.

¹⁶⁷ In principe kan een hoofdvennootschap gevestigd in Nederland nooit een VI hebben die eveneens in Nederland actief is. In die zin acht ik de vergelijking tussen een ondernemingsactiviteit in Nederland en bijv. België een betere vergelijking.

¹⁶⁸ Lidl Belgium is in Duitsland gevestigd en heeft een VI in Luxemburg welke in 1999 verlies heeft geleden. Dit verlies wilde Lidl Belgium van haar belastbaar inkomen van 1999 aftrekken. De Duitse Belastingdienst geweigerde de aftrek, omdat het VI-resultaat volgens haar op grond van verdrag Duitsland-Luxemburg niet in Duitsland is belast. HvJ, 15 mei 2008, nr. C-414/06, BNB 2009/85c* (arrest Lidl Belgium), r.o. 1-13 en 25-26.

¹⁶⁹ KR Wannsee is gevestigd in Duitsland en heeft een Oostenrijkse VI. De geleden VI-verliezen over de periode 1982 tot en met 1990 zijn met het belastbare inkomen van KR Wannsee verrekend. Nadien had de VI vier winstjaren welke op grond van de inhaalregeling, welke per 1 januari 1999 is afgeschaft, in Duitsland niet waren vrijgesteld voor belastingheffing. De VI kon daarentegen geen verliesverrekening toepassen, omdat de verliezen volgens Oostenrijkse Belastingdienst al met de Duitse winsten waren verrekend. Derhalve stelt KR Wannsee beroep in tegen de Duitse bijheffing, omdat de verliezen in Oostenrijk definitief niet meer verrekenbaar zijn. HvJ, 23 oktober 2008, nr. C-157/07, BNB 2009/86* (arrest KR Wannsee), r.o. 13-19 en r.o. 38-39.

¹⁷⁰ In feite een omgekeerd Lidl Belgium-arrest, waarbij de Belgische vennootschap verlies heeft geleden en haar VI in Luxemburg winst heeft genoten. De vennootschap moest op basis van het Belgische recht haar verlies met de in België vrijgestelde Luxemburgse winst verrekenen en mocht niet worden verrekend met nadien genoten Belgische winsten welke belastbaar zijn. HvJ, 14 december 2000, nr. C-141/99, V-N 2001/7.38 (arrest AMID), r.o. 9-13, 25, 28-30. Aangezien de staat waarin de VI is gevestigd haar heffingsbevoegdheid behoudt en geen rekening houdt met de geleden verliezen door de hoofdvestiging blijft er onontkoombaar verschil resteren indien alleen de hoofdvestiging verlies heeft geleden.

3.4 *Rechtvaardigingsgronden*

De geconstateerde beperking, dat voor de optatie voor de groepsregelingen de vestigingsplaats van de dochtervennootschap binnen dezelfde lidstaat als haar moedervennootschap dient te zijn gelegen, kan de moedervennootschap ervan weerhouden buiten haar lidstaat door middel van dochtervennootschappen te investeren. Dit is slechts toelaatbaar wanneer er een rechtmatig doel mee wordt nagestreefd dat zich met het EU-recht verdraagt en dat gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang. Het HvJ somt in zijn gewezen M&S-arrest drie rechtvaardigingsgronden op wat erop kan duiden dat ze afzonderlijk bezien onvoldoende rechtvaardiging bieden.¹⁷¹ De drie opgesomde rechtvaardigingsgronden zijn onevenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, belastingontwijking en dubbele verliesverrekening. Echter in het X Holding BV-arrest is zij slechts op de onevenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid ingegaan. Derhalve passeren de drie rechtvaardigingsgronden de revue.

3.4.1 *Onevenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid*

Het HvJ stelt dat winst en verlies, fiscaal gezien, binnen eenzelfde belastingregeling symmetrisch moeten worden behandeld om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de verschillende betrokken lidstaten te waarborgen.¹⁷² Echter, hij doelt hier niet op de derving van belastinginkomsten.¹⁷³ Mijns inziens is dit een juiste zienswijze, want lidstaten krijgen anders een vrijbrief om hun economische belang na te streven. Kemmeren benadrukt eveneens het standpunt van het HvJ door te stellen dat hij met de hier centraal staande rechtvaardigingsgrondslag de samenhang van het belastingstelsel beoogt te bewaren en niet de derving van belastinginkomsten.¹⁷⁴ Terra en Wattel noemen dit fiscale (territoriale) coherentie en scharen het samen met evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid onder hetzelfde concept: ‘*the need for territorial matching of corresponding base reductions and increases*’.¹⁷⁵ Echter, fiscale coherentie is door het HvJ eerder omschreven als een rechtstreeks verband tussen de toekenning van een fiscaal voordeel en de compensatie van dit voordeel

¹⁷¹ HvJ schrijft zelf in r.o. 51: ‘*samen beschouwd*’. Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grensloze verliesverrekening, WFR 2006/211, § 5.3.

¹⁷² HvJ, 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), r.o. 43 en 46.

¹⁷³ HvJ, 7 september 2004, nr. C-319/02, Jur. 2004, 7477 (arrest Manninen), r.o. 49. Zie ook Conclusie A-G Maduro, 7 april 2005, nr. C-446/03, V-N 2005/21.20 (arrest Marks & Spencer), r.o. 56 en Meussen, G.T.K., Fiscale eenheid en grensoverschrijdende verliesverrekening na Marks & Spencer, WFR 2005/752, § 2.

¹⁷⁴ Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grensloze verliesverrekening, WFR 2006/211, § 5.4. Hij vindt dat het argument ook meer de kleur van het fiscale coherentiebeginsel krijgt en valide is zolang er nog geen sprake is van een interne markt.

¹⁷⁵ Terra, B.J.M., en Wattel, P.J., European Tax Law, student edition, Kluwer, Deventer, 2008, vijfde druk, § 3.2.2.

door een fiscale heffing die beide in het kader van dezelfde belasting plaatsvonden en dezelfde belastingplichtige betrof.¹⁷⁶ Ik deel Meussens conclusie dat zich dit in casu niet voor doet.¹⁷⁷ Het betreft immers een winstgevende en een verlieslijdende onderneming, weliswaar binnen dezelfde groep, maar het betreft twee verschillende belastingplichtigen.¹⁷⁸ Daarnaast heeft het HvJ nadien wel fiscale coherentie aanwezig geacht indien de belastingregeling het te verrekenen verlies inhaalt op basis van een met door Nederland toegepaste vergelijkbare inhaalregeling of indien de belastingregeling het te verrekenen verlies neutraliseert door middel van een voorziening waardevermindering.¹⁷⁹ Echter, een dergelijke coherentie bespeur ik niet in de fiscale eenheidsregeling ten aanzien van buitenlandse dochtervennootschappen.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat lidstaten bij de uitoefening van de verdeelde heffingsbevoegdheid niet de gemeenschapsregels naast zich mogen neerleggen.¹⁸⁰ Echter, aangezien bij gebreke van communautaire unificatie- of harmonisatiemaatregelen lidstaten bevoegd blijven, teneinde onder meer dubbele belasting te vermijden, om criteria ter verdeling van de heffingsbevoegdheid in een bilaterale of unilaterale internationale overeenkomst vast te leggen, acht het HvJ de onverkorte handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten een legitiem doel.¹⁸¹ Met het M&S-arrest staat het HvJ derhalve toe dat het VK een beperking in de vrijheid van vestiging aan een ingezeten moedervernootschap oplegt teneinde de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid te respecteren, hetgeen eveneens in het X Holding BV-arrest ten aanzien van de fiscale eenheidsregeling is geconcludeerd.¹⁸² Kemmeren deelt de M&S-visie van het HvJ en concludeert dat het verlies anders definitief ten laste van de in casu verzoekende vennootschap, dan wel in het X Holding BV-

¹⁷⁶ HvJ, 6 juni 2000, nr. C-35/98, V-N 2000/28.11 (arrest Verkooijen), r.o. 57.

¹⁷⁷ Meussen, G.T.K., Fiscale eenheid en grensoverschrijdende verliesverrekening na Marks & Spencer, WFR 2005/752, § 2.

¹⁷⁸ Zie ook HvJ, 18 september 2003, nr. C-168/01, Jur. 2003, 9409 (arrest Bosal Holding BV), r.o. 29-31.

¹⁷⁹ HvJ, 23 oktober 2008, nr. C-157/07, BNB 2009/86* (arrest KR Wannsee), r.o. 42 en 54 resp. HvJ, 27 november 2008, nr. C-418/07, V-N 2008/59.20 (arrest Papillon), r.o. 47 en 51. Overigens heeft het HvJ in het Deutsche Shell-arrest bevestigd dat er geen fiscale coherentie bestaat tussen een wisselkoerswinst en wisselkoersverlies. HvJ, 28 februari 2008, nr. C-293/06, V-N 2008/49.2 (arrest Deutsche Shell GmbH), r.o. 40.

¹⁸⁰ HvJ, 15 mei 1997, nr. C-250/95, V-N 1997/4242 pt. 27 (arrest Futura), r.o. 19, HvJ, 16 juli 1998, nr. C-264/96, BNB 1998/420c* (arrest ICI), r.o. 19 en HvJ, 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), r.o. 29.

¹⁸¹ HvJ, 12 mei 1998, nr. C-336/96, Jur. 1998, 2392 (arrest Gilly), r.o. 24 en 30, HvJ, 7 september 2006, nr. C-470/04, BNB 2007/22c* (arrest N), r.o. 42 en 44 en HvJ, 15 januari 2002, nr. C-55/00, EHvJ-RN C-2000/55 (arrest Gottardo), r.o. 36.

¹⁸² HvJ, 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166c* (arrest X Holding BV), r.o. 30. Het verdrag wijst de bevoegdheid toe aan het bronland en stelt daarmee de symmetrie tussen het recht op belastingheffing over de winst en de mogelijkheid tot aftrek van de verliezen veilig. HvJ, 15 mei 2008, nr. C-414/06, BNB 2009/85c* (arrest Lidl Belgium), r.o. 33.

arrest van de moedervenootschap komt, waardoor het evenwicht in geval van grensoverschrijdende verliesverrekening eveneens definitief wordt verbroken.¹⁸³ Derhalve gaat het bronland voor ten behoeve van het behouden van de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheden alvorens verrekening plaatsvindt in het woonland van het concern. Mede vanuit
5 de continuïteitsgedachte van de dochtervenootschap beredeneert, acht ik het behouden van een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid een rechtmatig doel. Desalniettemin leidt het niet verrekenen van een grensoverschrijdend concernverlies tot een al dan niet tijdelijke onevenwichtige belastheffing op concernniveau. Echter, dit is mijns inziens een manco van de hier aangehaalde groepsregelingen zelf welke bij de proportionaliteitstoets nader aan
10 de orde komt. In het Deutsche Shell-arrest voegt het HvJ hier wel aan toe dat de vrijheid van vestiging niet verplicht om de belastingregeling af te stemmen op die van de andere lidstaat, teneinde te waarborgen dat in alle situaties belasting wordt geheven en dat alle verschillen als gevolg van de nationale belastingregelingen verdwijnen.¹⁸⁴ Mijns inziens is dit een bevestiging dat een dispariteit in voor- of nadelen kan resulteren, maar niet verplicht tot opheffing
15 van deze leemte.¹⁸⁵

In het X Holding BV-arrest wordt eveneens het vrijelijk kiezen van in welke lidstaat de winst van de dochtervenootschap wordt belast aangehaald. Ten aanzien van de group relief-regeling en de Finse groepsoverdracht kan ik mij de gedachtegang voorstellen dat een dergelijke keuze kan ontstaan wanneer grensoverschrijding wordt toegestaan mede doordat ook
20 verrekening door middel van grondslagoverheveling tussen zustervenootschappen is toegestaan. Ten aanzien van de fiscale eenheidsregeling acht A-G Wattel een dergelijke vrije keuze niet aanwezig en stelt dat grondslagoverheveling van de “winstgenietende” naar de “verlieslijdende” lidstaat überhaupt op een misverstand berust, aangezien de rechtsstelsels van
25 beide lidstaten daar doorgaans niet in voorzien en hoogstens het in de eigen lidstaat behaalde

¹⁸³ Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grensloze verliesverrekening, WFR 2006/211, § 5.4.

¹⁸⁴ HvJ, 28 februari 2008, nr. C-293/06, V-N 2008/49.2 (arrest Deutsche Shell GmbH), r.o. 42 en 43. Overigens is in casu het wisselkoersverlies van de VI toe te rekenen aan Duitsland en haar wet- en regelgeving rekent een dergelijk resultaat niet toe aan de belastbare belastinggrondslag. Uiteindelijk stelt het HvJ dat het onaanvaardbaar is indien Duitsland, welke als enige bij de vaststelling van de belastbare grondslag van het hoofdhuis rekening kan houden met een wisselkoersverlies, dit nalaat, aangezien een VI een dergelijk verlies nooit kan lijden. A-G Sharpston nuanceert wellicht het standpunt door te stellen dat totale uitsluiting van een verlies een onevenredige uitoefening van de bevoegdheid van lidstaten is. Conclusie van A-G Sharpston, 8 november 2007, nr. C-293/06, V-N 2008/2.22 (arrest Deutsche Shell), r.o. 51. Zie ook HvJ, 23 oktober 2008, nr. C-157/07, BNB 2009/86* (arrest KR Wannsee), r.o. 48.

¹⁸⁵ Zie ook Wattel, P.J., HvJ, 13 december 2005, nr. C-446/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), Noot, § 5.

groepsresultaat verrekent.¹⁸⁶ Echter, mijns inziens is er bij de fiscale eenheidsregeling, indien deze eveneens voor buitenlandse dochtervennootschappen toegankelijk zou zijn, weldegelijk sprake van een enige vorm van “vrijelijk” kiezen. Immers de moedervennootschap en de dochtervennootschap kunnen dan gezamenlijk besluiten om te voegen bij aanvang van te

5 verwachten verliesjaren, behoudens de mogelijkheid te opteren met maximaal drie maanden terugwerkende kracht, dan wel te ontvoegen bij aanvang van te verwachten winstgevende jaren. Dit bevestigt het HvJ ook in diens arrest, maar concludeert dat de moedervennootschap vrijelijk kan kiezen in welke lidstaat de verliezen van de dochtervennootschap in mindering worden gebracht.¹⁸⁷ Echter, gelet op feit dat de heffingsgrondslag alleen aan de moederven-

10 nootschap kan worden toegerekend is dit beperkt tot twee lidstaten. Ik deel dan ook de visie van menigeen dat dit onjuist door het HvJ is geconcludeerd¹⁸⁸, maar dit kan mijns inziens slechts leiden tot dubbele verliesverrekening, de rechtvaardigingsgrond die hierna wordt besproken. Immers mijns inziens is het enige wezenlijke gevaar dat de dochtervennootschap na het verliesjaar wordt ontvoegd waardoor inhaal van de eerder verrekenende buitenlandse ver-

15 liezen niet meer mogelijk is met de nadien gemaakte buitenlandse winsten.¹⁸⁹ Derhalve acht ik de aanwezigheid van gevaar van een bepaalde vorm van misbruik essentieel om op die grond een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid na te streven ter verdediging van een beperking in de vrijheid van vestiging, hetgeen in lijn is met de eerder geformuleerde visie van het HvJ.¹⁹⁰

20 Mede gelet op het feit dat het rechtstelsel van de “verliesgevende” lidstaat niet in de grondslagoverheveling voorziet en anders de coherentie door grensoverschrijdende verliesverreke-

¹⁸⁶ A-G Wattel, X Holding BV. Nadere conclusie over grensoverschrijdende fiscale eenheid en EU-recht, V-N 2010/48.17, § 3.14.

¹⁸⁷ HvJ, 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166c* (arrest X Holding BV), r.o. 31 en 32.

¹⁸⁸ Bijv. Kok, Q.W.J.C.H., De onmogelijkheid van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2010/607, § 3 en Weber, D.M., X Holding, Refusal of advantage of a cross-border tax consolidation a justified restriction of the freedom of establishment. Court of Justice, Highlights & Insight on European Taxation, 2010/7.6 blz. 68.

¹⁸⁹ Immers na voeging blijft de fiscale eenheid c.p. jaren in stand en vindt er derhalve geen eenmalige overdracht van de heffingsgrondslag plaats waardoor het gevaar van dubbele verliesverrekening in tegenstelling tot de Britse en Finse groepsregeling beperkter is. In volgende paragraaf ga ik in op eventuele anti-misbruikbepalingen, maar een belastingvrijstellingsmethode met inhaalregeling annex doorschuifregeling acht ik gelet op de internationale verdeling van de heffingsbevoegdheid noodzakelijk.

¹⁹⁰ In het Oy AA-arrest speelt het gevaar van dubbele verliesverrekening volgens het HvJ geen rol, aangezien er sprake is van winstoverdracht en daarvoor niet vereist is dat de ontvanger van de overdracht verlies heeft geleden en het feit dat het concern vrij is om een lidstaat uit te kiezen. De mogelijkheid dat een overgedragen winst onbelast of tegen een lager belastingtarief wordt belast schaaft ze onder het gevaar van belastingontwijking. HvJ, 18 juli 2007, nr. C-231/05, V-N 2007/57.13 (arrest Oy AA), r.o. 57-60. In het Lidl Belgium-arrest bevestigt hij dat twee van de drie gronden volstaan om de beperking te kunnen rechtvaardigen. HvJ, 15 mei 2008, nr. C-414/06, BNB 2009/85c* (arrest Lidl Belgium), r.o. 43. Zie ook HvJ, 29 maart 2007, nr. C-347/04, V-N 2007/18.14 (arrest Rewe Zentralfinanz), r.o. 41.

ning definitief verbroken wordt, ben ik van mening dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid van lidstaten ten dienste staat aan de voorkoming van misbruik, indien dit gevaar door grensoverschrijding van de besproken groepsregelingen ontstaat afgezien van eventueel in te voeren anti-misbruikbepalingen. Derhalve is het gerechtvaardigd dat een groepsregeling wordt beperkt tot de binnenlandse bron.

3.4.2 Dubbele verliesverrekening

Zoals hiervoor aangegeven voorziet het vestigingsvereiste van de groepsregelingen in het voorkomen van dubbele verliesverrekening. Immers, in de mogelijkheid dat de in het buitenland gevestigde dochtervennootschap naderhand met haar verlies met behulp van verticale verliesverrekening de belastinggrondslag verminderen kan, schuilt het gevaar dat vanuit het concern gezien de fiscale belastinggrondslag lager is dan de feitelijke. Door in het buitenland gevestigde dochtervennootschappen van de groepsregeling uit te sluiten, wordt dit gevaar te niet gedaan.¹⁹¹ Kemmeren voegt hieraan toe dat in een interne markt verliesverrekening fiscaal slechts eenmaal tot uitdrukking dient te kunnen komen, aangezien double dipping tot concurrentievervalsing kan leiden.¹⁹² Derhalve deel ik in casu de visie dat het voorkomen van double dipping een rechtvaardigingsgrond is. Gelet op de in de vorige paragraaf aangegeven vrijheid te opteren voor de fiscale eenheidsregeling is het bijzonder dat het HvJ niet expliciet is ingegaan op het gevaar van double dipping en slechts een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid als rechtvaardigingsgrond voldoende achtte. Mede gelet op het feit dat het vrijelijk kiezen impliciet als misbruik is te bestempelen¹⁹³ ben ik van mening dat het in de fiscale eenheidsregeling vastgelegde vestigingsvereiste gerechtvaardigd is uit hoofde van de noodzaak om dubbele verliesverrekening te voorkomen door middel van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven.

3.4.3 Belastingontwijking

Het HvJ noemt in het M&S-arrest eveneens als rechtvaardigingsgrond het gevaar dat de verliesoverdracht zo wordt georganiseerd dat het verlies wordt overgedragen aan vennootschappen waar het belastingtarief het hoogst is en waar de fiscale waarde van een verlies het grootst is¹⁹⁴, hetgeen zeer aannemelijk is indien een in het buitenland gevestigde (overdragende) dochtervennootschap de keuze heeft tussen verticale en grensoverschrijdende hori-

¹⁹¹ HvJ, 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), r.o. 48.

¹⁹² Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grensloze verliesverrekening, WFR 2006/211, § 5.5.

¹⁹³ HvJ, 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166c* (arrest X Holding BV), r.o. 31-33.

¹⁹⁴ HvJ, 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), r.o. 49.

zontale verliesverrekening.¹⁹⁵ Kemmeren stelt dat zonder echte interne markt ook dit concurrentieverstorend werkt op de productiemarkt van de vestigingsstaat van de dochtervennootschap.¹⁹⁶ A-G Wattel stelt dat dit gelijk is aan het gebruikmaken van dispariteiten en geen misbruik is bevonden.¹⁹⁷ Mede gelet op het feit dat belastingontwijking eerder door het HvJ is gedefinieerd als kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving te omzeilen,¹⁹⁸ deel ik de mening van A-G Wattel dat de in het M&S-arrest toegepaste definitie van belastingontwijking niet veel afwijkt van het gevaar van dubbele verliesverrekening op het moment dat het vestigingsvereiste wordt losgelaten.¹⁹⁹ Overigens is er mijns inziens ten aanzien van de fiscale eenheidsregeling, gelet op verliesverrekening, geen aanleiding tot het tegengaan van opgezette kunstmatige constructies, maar wel van een enige mate van tariefsarbitrage als gevolg van de optatievrijheid. Alhoewel gelet op het voegingsmoment hiervoor vooraf dient te worden gekozen.

3.5 Effectiviteit en proportionaliteit

Uit het voorgaande blijkt dat het HvJ van mening is dat het belemmerende vestigingsvereiste, welke leidt tot de beperking van de optie van de groepsregeling ten aanzien van in het buitenland gevestigde dochtervennootschappen, gerechtvaardigd is. Echter, daarenboven dient de beperking geschikt te zijn om het aldus nagestreefde doel te verwezenlijken en mag niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel.²⁰⁰ De vraag is derhalve of een groepsregeling op een effectieve en proportionele wijze is vormgegeven. Aan de hand van het M&S-arrest wordt het altijd-ergens-beginsel geïntroduceerd alvorens de nadien gegeven nuancering wordt besproken. Het X Holding BV-arrest en de toetsing van de Nederlandse fiscale verliesverrekeningsregeling aan het genuanceerde altijd-ergens-beginsel wordt in het volgende hoofdstuk afzonderlijk besproken.

3.5.1 Altijd-ergens-beginsel

Het HvJ is van mening dat *‘de beperking ten aanzien van de group relief-regeling verder gaat dan nodig is voor het bereiken van de belangrijkste nagestreefde doelstelling in een situatie waarin:*

¹⁹⁵ Wel wil ik hier een kanttekening bij plaatsen dat het VK het buitenlandse bedrijfsresultaat net als voor de niet-ingezetenen VI dient vast te stellen conform de Britse ICTA. Zie r.o. 22 van het M&S-arrest.

¹⁹⁶ Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grensloze verliesverrekening, WFR 2006/211, § 5.6.2.

¹⁹⁷ Wattel, P.J., HvJ, 13 december 2005, nr. C-446/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), Noot, r.o. 15.

¹⁹⁸ HvJ, 11 maart 2004, nr. C-9/02, Jur. 2004, 2409 (arrest De Lasteyrie du Saillant), r.o. 50.

¹⁹⁹ Wattel, P.J., HvJ, 13 december 2005, nr. C-446/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), Noot, r.o. 18.

²⁰⁰ HvJ, 15 mei 1997, nr. C-250/95, V-N 1997/4242 pt. 27 (arrest Futura), r.o. 26.

- *de niet-ingezeten dochtervennootschap de in haar vestigingsstaat bestaande mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput voor het belastingjaar waarvoor het verzoek om een belastingaftrek is ingediend, alsmede voor vroegere belastingjaren, in voorkomend geval via een overdracht van dat verlies aan een derde of via de verrekening ervan met de winst van de dochtervennootschap in vroegere belastingjaren; en*
- *er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervennootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de dochtervennootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervennootschap aan een derde is verkocht.*²⁰¹

10 In de fiscale literatuur spreekt men van het ‘altijd-ergens-beginsel’²⁰² en het HvJ komt in zijn ogen hiermee tegemoet aan de tekortkomingen van de toenmalige Britse groep reliefsregeling. Het is immers zeer onzeker of er daadwerkelijk sprake zal zijn van dubbele verliesverrekening. Voor een Nederlandse dochtervennootschap betekent het beginsel dat na negen jaar of eerder, op het moment van liquidatie, dan wel indien de derde waaraan de dochtervennootschap is verkocht het nadien ook niet lukt om het verlies te verrekenen, haar verlies alsnog verrekenbaar is bij de Britse moedervernootschap, omdat het verlies dan definitief in Nederland niet verrekenbaar is. A-G Wattel definieert het beginsel als volgt: *‘het beginsel dat een belastingplichtige die binnen de VwEU een interne grens overschrijdt [...] niet daardoor in een fiscaal nadeliger positie mag geraken in vergelijking met thuisblijven, zodat hij hoe dan ook uiteindelijk steeds ergens in de interne markt zijn aftrekbare kosten, verliezen, persoonlijke tegemoetkomingen, credits, etc. moet kunnen vergelden; bij voorkeur in de correcte jurisdictie [...], maar als dat (definitief) onmogelijk is, dan desnoods in de territoriaal verkeerde jurisdictie indien daar wel positieve belastinggrondslag voorhanden is.’* en heeft hierop een zestal kritiekpunten geuit.²⁰³ Zijns inziens garandeert het VwEU niet dat er geen fiscale verstoringen mogen bestaan en dit blijft zolang er geen communautair systeem wordt ingevoerd. Derhalve zijn de kansen en beperkingen inherent aan de vestigingskeuze. Daarnaast is hij van mening dat de moederstaat dan moet opdraaien voor de beperkingen in de

²⁰¹ HvJ, 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), r.o. 55. Het HvJ stelt in r.o. 56 wel als voorwaarde dat de moedervernootschap aan de Britse Belastingdienst aantoonde dat is voldaan aan deze criteria.

²⁰² Wattel, P.J., HvJ, 13 december 2005, nr. C-446/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), Noot, r.o. 2 en Sprundel, D.E., Verslag van het EFS Seminar ‘Grensoverschrijdende fiscale eenheid: fata morgana?’, WFR 2008/1443, § 2.

²⁰³ Wattel, P.J., HvJ, 13 december 2005, nr. C-446/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), Noot 5-24. Bijv. formele aspecten, bewijslast, vaststelling van het geleden verlies en de impact van nadien plaatsgevonden wetswijzigingen, mogelijkheid tot verliesverjonging indien verliesverrekening niet met terugwerkende kracht wordt toegepast, cashflownadeel, jurisdictieconcurrentievervalsing, interjurisdictioneel zwartepieten, etc.

fiscale wetgeving van de lidstaat, terwijl de dochterverliezen niet economisch verbonden zijn met de oorsprongstaat. Overigens stelt het HvJ dat de gemeenschapswetgever harmonisatieregels moet opstellen voor zover het mogelijk is andere minder restrictieve maatregelen aan te wijzen,²⁰⁴ maar is wel van mening dat hij in de positie is om een oordeel te vellen over de definitieve dochterverliezen. Opvallend daarbij is dat het HvJ helemaal niet is ingegaan op de door Marks & Spencer en de EC voorgestelde inhaalregeling, terwijl dit mijns inziens wel een beter alternatief is gelet op het voorkomen van het belemmerende effect en verliesverjonging.

3.5.2 Nuancering

10 Waar het Oy AA-arrest enige onzekerheid bood²⁰⁵, geeft het Lidl Belgium-arrest inzake de buitenlandse vaste inrichting impliciet meer duidelijkheid omtrent de afdwingbaarheid van de inhaalregeling. A-G Sharpston is van oordeel dat de Duitse regeling, waarbij verrekening van vaste inrichting verliezen niet mogelijk is²⁰⁶, disproportioneel is, omdat een met de in Nederland vergelijkbare inhaalregeling een minder beperkende maatregel is en voldoet zijns inziens beter aan het evenredigheidsvereiste dan het altijd-ergens-beginsel, omdat de asymmetrie slechts tijdelijk is wanneer de vaste inrichting naderhand winstgevend wordt. Het oordeel omtrent het altijd-ergens-beginsel nuanceert hij met het feit dat het in het M&S-arrest om verkochte en geliquideerde vennootschappen. Hij voegt er aan toe dat het onthouden van een cashflowvoordeel in een grensoverschrijdende situatie in de jurisprudentie al is gekenmerkt als een beperking van de vrijheid van vestiging.²⁰⁷ Voor de redactie van V-N is het onduidelijk of een inhaalregeling beter aan het evenredigheidsvereiste voldoet.²⁰⁸ Naar aanleiding van het arrest interpreteert de redactie van V-N r.o. 52 dat de inhaalregeling een groot gevaar zou betekenen voor de verdeling van heffingsrechten en dat het lijkt alsof het HvJ een tijdelijke inbreuk door toepassing van een inhaalregeling als onevenwichtig ziet en een per-

²⁰⁴ HvJ, 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), r.o. 58.

²⁰⁵ Ondanks de Finse winstoverdrachtsregeling volgens het HvJ niet specifiek ten doel heeft het gevaar van belastingontwijking in te dammen, acht hij deze wel evenredig aan zijn doelstellingen. HvJ, 18 juli 2007, nr. C-231/05, V-N 2007/57.13 (arrest Oy AA), r.o. 63-64. Echter, indien onzekerheid omtrent het wel of niet belastbaar zijn van de overgedragen winst in de andere lidstaat bestaat van doorslaggevend belang is, had hier mijns inziens door middel van een voorwaardelijke bepaling met een eventueel beroep op de bijstandsrichtlijn het gevaar van belastingontwijking allicht kunnen worden voorkomen. Immers, gelet op het M&S-arrest is het niet bezwaarlijk dat de winstgevende lidstaat nationale heffingsbevoegdheid prijsgeeft om het definitieve verlies grensoverschrijdend te verrekenen.

²⁰⁶ Zie ook voetnoot 168.

²⁰⁷ Conclusie van A-G Sharpston, 14 februari 2008, nr. C-414/06, V-N 2008/16.9 (arrest Lidl Belgium), r.o. 23-29 en 32. Bijvoorbeeld HvJ, 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), r.o. 32 en HvJ, 29 maart 2007, nr. C-347/04, V-N 2007/18.14 (arrest Rewe Zentralfinanz), r.o. 29.

²⁰⁸ Redactie V-N, Conclusie van A-G Sharpston, 14 februari 2008, nr. C-414/06, V-N 2008/16.9 (arrest Lidl Belgium), Aantekening.

manente inbreuk niet.²⁰⁹ Het HvJ heeft namelijk wel kennis genomen van de inhaalregeling als alternatief, maar is hier niet inhoudelijk op ingegaan. Hij verwijst in principe naar het altijd-ergens-beginsel, omdat in casu de verliezen in 2003 alsnog in Luxemburg werden verrekend. Daardoor is het volgens het HvJ niet aangetoond dat de regeling verder gaat dan nodig is voor het bereiken van de rechtmachtige doelstelling.²¹⁰ Dat hierbij wel cashflownadeel, welke eerder als beperking is bestempeld, optreedt, is blijkbaar gelet op de rechtvaardigingsgronden geen strijdigheid met het EU-recht bevonden. Kemmeren stelt dat het cashflownadeel blijkbaar in de proportionaliteitsafweging geen dominante rol speelt.²¹¹ Mijns inziens is de regeling juist wel disproportioneel gelet op het M&S-arrest. Indien het Luxemburgse verlies uiteindelijk niet verrekend wordt, staat de regeling immers geen verrekening toe, alleen is dat in casu niet het geval. Mocht Lidl Belgium wel met een definitief verlies te kampen hebben, dan is haar enige uitweg om in haar belastingaangifte een beroep op het M&S-arrest te doen. Overigens deel ik het standpunt van A-G Sharpston volledig en geniet een inhaalregeling welke vergelijkbaar is aan de Nederlandse regeling eveneens mijn voorkeur. Echter, het HvJ geeft hiermee alleen de in zijn ogen geldende Europese bandbreedte van grensoverschrijdende verliesverrekening op basis van het VwEU aan. Hij is immers geen regelgever.²¹²

Daarentegen geeft het HvJ in het KR Wannsee-arrest wel zijn oordeel over de werking van de toenmalige Duitse inhaalregeling. Hij is van mening dat het feit dat de regeling in casu ongunstig uitvalt voor KR Wannsee, per saldo geen verliesverrekening, voortvloeit uit de Oostenrijkse verliesverrekeningsregeling. Oostenrijk verrekende de oude verliezen niet, aangezien deze al in Duitsland waren verrekend. Derhalve kunnen VI-verliezen alleen in Oostenrijk verrekend worden wanneer de Duitse hoofdenootschap in haar geheel, d.w.z. uitgaande van haar wereldinkomen, geen winst had gemaakt. Het staat lidstaten immers vrij de heffingsbevoegdheden te verdelen en dit verplicht volgens het HvJ niet om rekening te houden met ongunstige situaties die voortvloeien uit de belastingregeling van het bronland. Het feit dat de VI nadien is verkocht en per saldo een negatief resultaat geleden heeft, doet zijns inziens hier dan ook niets aan af.²¹³ Op basis hiervan concludeer ik dat het altijd-ergens-

²⁰⁹ Redactie V-N, HvJ, 15 mei 2008, nr. C-414/06, V-N 2008/25.16 (arrest Lidl Belgium), Aantekening.

²¹⁰ HvJ, 15 mei 2008, nr. C-414/06, BNB 2009/85c* (arrest Lidl Belgium), r.o. 45-51.

²¹¹ Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grensloze verliesverrekening, WFR 2006/211, § 5.8.3.

²¹² Ibid, § 5.8.2.

²¹³ HvJ, 23 oktober 2008, nr. C-157/07, BNB 2009/86* (arrest KR Wannsee), r.o. 12, 17, 47-53. Zie ook HvJ, 28 februari 2008, nr. C-293/06, V-N 2008/49.2 (arrest Deutsche Shell GmbH), r.o. 42-43. Overigens ga ik in casu voorbij aan de onzekerheid of dit ook geldt voor de Oostenrijkse verliezen, welke toentertijd niet onder het EU-recht vielen. Volgens de redactie van V-N komt art. 31 EER-overeenkomst praktisch overeen met art. 43

beginsel onjuist is geïnterpreteerd. Het feit dat verliezen in het bronland verticaal kunnen worden verrekend, afgezien van hetgeen in het M&S-arrest is geoordeeld, volstaat mijns inziens om geen grensoverschrijdende verliesverrekening op basis van het EU-recht te kunnen afdwingen. Dat verticale verliesverrekening in het bronland gebonden is aan een termijn of
5 voorwaarden, doet hier niets aan af en is slechts een dispariteit. Ten aanzien van “gewone” verliezen stelt Kemmeren mijns inziens terecht, alhoewel ik mij wel afvraag of lidstaten ook hun ingezetenen, dan wel positieve vestigingsklimaat gaan benadelen, dat het risico anders ontstaat dat lidstaten hun verrekeningstermijnen gaan beperken, zodat een verlies mogelijk eerder naar een andere lidstaat kan worden geëxporteerd.²¹⁴ De redactie van V-N is de me-
10 ning toegedaan dat de uitspraak moeilijk te rijmen is met het Lidl Belgium- en M&S-arrest en concludeert dat voor de vraag of VI-verliezen in het buitenland aftrekbaar zijn, vanuit het perspectief van het verliesjaar moet worden beantwoord en niet pas achteraf. Volgens haar wordt alleen de juridische mogelijkheid van verrekening in de toekomst bedoeld en is dit al voldoende om afwijzing van verliesverrekening te kunnen rechtvaardigen, ongeacht of ver-
15 liesverrekening achteraf gezien daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.²¹⁵ Dat zou mijns inziens betekenen dat wanneer verliezen niet meer verrekenbaar worden door toedoen van een vervreemding aan een derde of liquidatie, afgezien van het verlies in het laatste belastingjaar, niet grensoverschrijdend verrekenbaar zijn. Gelet op het M&S-arrest waarbij sprake was van vervreemding aan derden en liquidatie acht ik dit onjuist. Het HvJ stelt immers dat het te-
20 loorgegane verlies als gevolg van een verkoop aan derden alsnog dient te kunnen worden verrekend.²¹⁶ Overigens zijn mijns inziens de verliezen subject gebonden en hoeft een wijziging van de aandeelhouder, afgezien van enkele uitzonderingssituaties zoals in hoofdstuk IV Wet VPB 1969 is vastgelegd, niet tot een teloorgang van de resterende verrekenbare verliezen van de dochtervennootschap te leiden. Daarentegen een overgedragen VI verliest door-
25 gaans wel haar verliesverrekeningsrechten evenals dat liquidatie van de buitenlandse ondernemingsactiviteit leidt tot bestempeling van definitieve verliezen. In die zin zou ook gesteld kunnen worden dat het verlies definitief wordt door toedoen van een besluit van de moeder-

EG. Redactie V-N, HvJ, 23 oktober 2008, nr. C-157/07, V-N 2008/55.14 (arrest KR Wannsee), Aantekening. Daarnaast acht het HvJ dat de inhaalregeling in beginsel een belemmering vormt welke wel gerechtvaardigd is door de noodzaak om de samenhang van de Duitse fiscale regeling te garanderen. R.o. 38 en 43.

²¹⁴ Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grensloze verliesverrekening, WFR 2006/211, § 5.8.2.

²¹⁵ De redactie van V-N plaatst hierbij nog wel een kanttekening dat in het geval dat er in een VI-staat verliesverrekeningsmogelijkheden ontbreken onduidelijk is of dan ook sprake is van een definitief niet verrekenbaar verlies. Redactie V-N, HvJ, 23 oktober 2008, nr. C-157/07, V-N 2008/55.14 (arrest KR Wannsee), Aantekening. Echter gelet op het KR Wannsee-arrest r.o. 49 is een lidstaat mijns inziens niet verplicht rekening te houden met de eventuele ongunstige gevolgen voortvloeiende uit de belastingregeling van die andere lidstaat.

²¹⁶ HvJ, 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), r.o. 55, tweede streepje.

vennootschap, echter dit blijkt niet uit de bewoordingen van het HvJ. Gelet op het KR Wannsee-arrest resteerden vanuit Oostenrijks perspectief geen verrekenbare verliezen als gevolg van verrekening in Duitsland, dan wel door het verloop van de verrekeningstermijn waar Duitsland ten aanzien van haar inhaalregeling op grond van het VwEU geen rekening mee hoeft te houden. Derhalve worden mijns inziens met definitief niet verrekenbare verliezen niet de in de tijd vervallen verticale verliesverrekeningsrechten bedoeld.

Op basis van het altijd-ergens-beginsel en de nuancering er op ben ik van mening dat de nog verrekenbare verliezen, welke in het bronland vanwege een vervreemding aan een derde of liquidatie definitief niet verrekenbaar worden, grensoverschrijdend mogen worden verrekend, mits de belastingregeling van de lidstaat van de moedervernootschap een soortgelijke (groeps-)regeling bevat. Overigens sluit de redactie van V-N haar KR Wannsee-aantekening af met de opmerking dat het HvJ te zijner tijd meer duidelijkheid moet verschaffen omtrent hoe de (niet)-verrekenbaarheid van de verliezen in het buitenland moet worden beoordeeld. Ik deel de mening dat het HvJ niet heel helder heeft geformuleerd hoe het altijd-ergens-beginsel dient te worden geïnterpreteerd. Het is bekend dat het HvJ geen wetgever is en slechts beperkt is tot negatieve integratie aan de hand van de bepalingen in het VwEU. Echter, gelet op verscheidene arresten heeft hij wel laten blijken dat hij voorstander is van voorkoming van dubbele belasting. In die zin is het spijtig te moeten constateren dat er geen eenduidige lijn is. De EC is eveneens van mening dat er richtsnoeren nodig zijn om duidelijkheid te verschaffen over de beginselen die uit de jurisprudentie voortvloeien en de toepassing daarvan op de directe belastingen. Deze richtsnoeren zullen bijdrage aan een grotere rechtszekerheid dat de belastingplichtigen, belastingdiensten en nationale rechtbanken ten goede komt.²¹⁷

3.6 Conclusie

Ter beantwoording van mijn tweede deelvraag kom ik tot de conclusie, dat op grond van art. 49 VwEU een concern niet is gebonden door de grenzen van de lidstaat waarin zij is gevestigd en is vrij om grensoverschrijdende economische activiteiten met behulp van VI's en dochtervennootschappen in andere lidstaten uit te oefenen. De doelstelling van de groepsregeling in ogenschouw nemend, zorgt het vestigingsvereiste ervoor dat de ingezeten moeder-vennootschap niet met haar niet-ingezeten dochtervennootschappen, waarop zij eveneens een zodanige invloed op de besluiten heeft dat zij de activiteiten ervan kan bepalen, een beroep

²¹⁷ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Coördinatie van de directe belastingstelsels van de lidstaten op de interne markt, Brussel, 19 december 2006, COM(2006) 823 definitief, § 2.2.

op de groepsregeling kan doen, waardoor haar voordelen worden onthouden. Derhalve is vanuit het perspectief van de moedervernootschap een niet-ingezeten dochtervernootschap objectief vergelijkbaar met een ingezeten dochtervernootschap, evenals dat de buitenlandse onderneming in een dergelijke situatie vergelijkbaar is met een binnenlandse onderneming ongeacht de verdeling van de heffingsbevoegdheid tot het vermijden van dubbele belasting.

5 Daarentegen is het, gelet op de uiteenlopende juridische zelfstandigheid, hetgeen voor de moedervernootschap ook bepalend is voor haar aansprakelijkheid met bijbehorende risico's, niet bezwaarlijk dat er door de oorsprongstaat onderscheid tussen buitenlandse VI's en buitenlandse dochtervernootschappen wordt gemaakt, ongeacht de doelstelling annex werking van de fiscale eenheidsregeling. Indien ten aanzien van de groepsregeling een vestigingsvereiste is opgenomen dan is een dergelijke beperking van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd, mits door middel van de handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten misbruik zoals dubbele verliesverrekening, dan wel belastingontwijking beoogt te voorkomen. Dit is gerechtvaardigd mede gelet op het feit dat

10 het rechtstelsel van de "verliesgevende" lidstaat niet in de grondslagoverheveling voorziet en anders de coherentie door grensoverschrijdende verliesverrekening definitief wordt verbroken. Echter er is één uitzonderingssituatie waarbij wel grensoverschrijdende verliesverrekening EU-rechtelijk kan worden afgedwongen. Op basis het van genuanceerde altijd-ergensbeginsel zijn de nog te verrekenbare verliezen, welke in het bronland vanwege een vreemding aan een derde of door liquidatie, maar niet door in de tijd vervallen verticale verliesverrekeningsrechten, definitief niet verrekenbaar worden, bij de moedervernootschap verrekenbaar, mits dit in een binnenlandse situatie met behulp van een groepsregeling ook toepasbaar is. Immers de binnenlandse regeling mag uiteindelijk niet leiden tot een situatie die bijvoorbeeld als gevolg van de voorkoming van dubbele verliesverrekening te beperkend

20 werkt voor degenen die hun vrijheid van vestiging willen uitoefenen.

25

4 Proportionaliteit Nederlandse verliesverrekeningsregeling

4.1 Inleiding

In het X Holding BV-arrest heeft het HvJ het voorstel om een soortgelijke inhaalregeling voor buitenlandse VI's voor buitenlandse dochtervennootschappen in te voeren, afgewezen met het argument dat beide rechtsvormen zich niet in een vergelijkbare situatie bevinden en dat de lidstaat van oorsprong vrij is om een afwijkende behandeling toe te passen.²¹⁸ Alhoewel de prejudiciële vraag zich meer richtte op de voeging in een fiscale eenheid was er in casu ook geen sprake van een grensoverschrijdend geleden verlies. Desondanks heeft het HvJ voor de beantwoording van de vraag wel de fiscale regeling hoofdzakelijk vanuit het oogpunt van verliesverrekening benaderd. Derhalve vind ik het spijtig te moeten concluderen dat het HvJ voor de proportionaliteitstoets niet bij de vergelijking tussen een binnenlandse en een buitenlandse dochtervennootschap is gebleven. Het HvJ heeft mijns inziens daardoor niets aan de nuancering van het altijd-ergens-beginsel toegevoegd.

De toets heeft tot doel te onderzoeken dat de beperking van een fiscale regeling niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van de nagestreefde doelstelling(en). Het doel van de fiscale eenheidsregeling, evenals ieder andere groepsregeling, is mijns inziens hoofdzakelijk het voorkomen van economische dubbele belasting en cashflownadelen. In die zin acht ik het aannemelijk om de evenredigheid van de verliesverrekening binnen fiscale eenheid, gelet op de eerder vastgestelde gerechtvaardigde belemmering, ten opzicht van de inhaalregeling te toetsen. Aangezien een inhaalregeling in mijn ogen het grootste deel van de belemmering wegneemt en ook meer evenredig is, vraag ik mij af of het gelet op het doel en de werking van de fiscale eenheidsregeling met behulp van negatieve integratie afdwingbaar is? Alvorens ik nader op deze vraag inga, toets ik in het navolgende de huidige Nederlandse fiscale verliesverrekeningsregeling aan het in vorige hoofdstuk vastgestelde genuanceerde altijd-ergens-beginsel.

4.2 Inhaalregeling

De Nederlandse fiscale wetgeving belast de moedervernootschap op grond van het woonlandbeginsel. Dit betekent dat zij voor haar wereldinkomen, hetgeen aan de hand van de Nederlandse regels wordt vastgesteld, wordt belast. Gelet op de in hoofdstuk twee besproken inhaalregeling zijn de VI-verliezen direct aftrekbaar en de nadien behaalde winsten, voor zover zij niet meer bedragen dan de tot dan toe afgetrokken verliezen, belast. Ten aanzien

²¹⁸ HvJ, 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166c* (arrest X Holding BV), r.o. 37-42.

van deze regeling heb ik opgemerkt dat door verlopen verliesverrekeningstermijnen en na-
dien genoten winst alsnog dubbele belasting kan ontstaan. De oorzaak hiervan kan zowel aan
de lidstaat van de moedervernootschap als aan de lidstaat van de buitenlandse VI te wijten
zijn. Stel dat de verliesverrekeningstermijn van België en Nederland één jaar is en de Belgi-
5 sche VI en de “Nederlandse VI” maken ieder afzonderlijk in het eerste jaar en in het tweede
jaar 100 verlies respectievelijk 50 winst. In het derde jaar maakt ieder afzonderlijk 50 winst.
In dit geval resteert er na twee jaar in de lidstaten 50 respectievelijk 100 aan verliezen waar-
van de verrekeningstermijn is verlopen. Aangezien de Nederlandse inhaalregeling geen met
de verrekeningstermijn gekoppelde begrenzing kent, wordt er in het derde jaar 100 belast in
10 Nederland. In totaal is de belastinggrondslag 150, ondanks dat er geconsolideerd over drie
jaar gezien winst noch verlies is behaald. Indien alleen de verrekeningstermijn van Nederland
twee of meer jaren of zelfs onbeperkt zou zijn, wordt alleen 50 in België belast. In de omge-
keerde situatie wordt alleen 100 in Nederland belast. Indien beide landen een lange verreke-
ningstermijn zouden hanteren is er over de drie jaren in beide lidstaten helemaal geen belas-
15 ting verschuldigd. Idealiter zijn beide verrekeningstermijnen onbeperkt, aangezien er dan
nooit dergelijke problemen optreden. Gelet op het genuanceerde altijd-ergens-beginsel ben ik
van mening dat het HvJ in casu het standpunt zou innemen dat er sprake is van een dispariteit
als gevolg van de door de lidstaten zelf gekozen verliesverrekeningstermijn. De gedachte is
dat Nederland in casu niet hoeft op te draaien voor de door de Belgische overheid vastgestel-
20 de wetgeving. Aan de andere kant vraag ik mij af of Nederland, in de eerste en derde situatie
waarin het inhaalmoment na het vervallen van de voorwaartse verliesverrekeningstermijn,
wel per saldo belasting mag heffen over een grondslag die niet feitelijk aan haar toekomt.
Ondanks dat Nederland wellicht een beroep op het fiscale coherentie beginsel zou kunnen
doen, is hier effectief geen sprake van. Alhoewel de geschetste situatie zich allicht niet snel
25 zal voordoen, leidt de inhaalregeling niet tot voorkoming van dubbele verliesverrekening
maar tot dubbele belasting. Het HvJ acht de inhaalregeling in beginsel een belemmering die
gerechtvaardigd is door de noodzaak om de samenhang van de fiscale regeling te garande-
ren²¹⁹ en dit is mijns inziens ook in lijn met het genuanceerde altijd-ergens-beginsel ondanks
er nu geen overdracht, dan wel liquidatie heeft plaatsgevonden. Echter, ik deel ik de mening
30 van Bender en Vogel dat de inhaaltermijn moet aansluiten op de wettelijke verliesverreke-

²¹⁹ HvJ, 23 oktober 2008, nr. C-157/07, BNB 2009/86* (arrest KR Wannsee), r.o. 38 en 43.

ningstermijn om dubbele belasting te voorkomen,²²⁰ hoewel dit met de aanstaande overgang naar een objectvrijstelling voor vaste inrichtingen ook wordt voorkomen.

4.3 Omzettingsregeling

Deze in paragraaf 2.4.2 besproken anti-misbruikbepaling zorgt ervoor dat de inhaalregeling, na overdracht van de VI aan een deelneming, wordt voortgezet totdat de nog in te halen VI-verliezen zijn ingelopen met de voordelen uit hoofde van de deelneming. Ten aanzien van deze regeling heb ik opgemerkt dat pas sprake is van misbruik indien er na de overdracht daadwerkelijk winst wordt behaald en de resterende VI-verliescompensatie aan de deelneming kan worden overgedragen zodat aldaar alsnog verliesverrekening kan plaatsvinden. De VI-verliezen zijn immers aan de subjectieve belastingplicht gebonden en worden in beginsel niet doorgeschoven naar de deelneming waardoor er vanuit concernperspectief economische dubbele belasting kan ontstaan. Derhalve staat de moeder vennootschap voor de keuze de VI de verliescompensatie in te laten lopen alvorens de overdracht aan een deelneming plaatsvindt of de economische dubbele belasting te accepteren. Overigens merken Heithuis en Van den Dool terecht op dat de economische dubbele belasting kan worden uitgesteld totdat er dividenduitkeringen, dan wel vervreemdingswinst plaatsvinden.²²¹ Aan de andere kant, indien er nog verrekenbare verliezen resteren waarvan de termijn afloopt, is dit uiteraard vanuit fiscaal oogpunt niet verstandig. In een binnenlandse verhouding vindt een dergelijk dilemma niet plaats. Indien de moeder vennootschap een onderdeel van haar onderneming in een in Nederland gevestigde dochter vennootschap geruisloos, dan wel ruisend in een deelneming inbrengt, resteren de eventuele verrekenbare verliezen bij de moeder vennootschap en is er geen sprake van een inhaalregeling. Daarentegen is de buitenlandse VI een bijzonder onderdeel van de moeder vennootschap waarvan de eventuele verrekenbare verliezen zowel in de lidstaat van de VI als in de lidstaat van de moeder vennootschap, ervan uitgaande dat zij zelf geen binnenlandse winst heeft genoten, aanwezig zijn. Echter, de Nederlandse overheid wenst in casu niet de rekening van deze niet verrekenbare buitenlandse verliezen gepresenteerd te krijgen, indien een dergelijke omzetting met behoud van een aanmerkelijk belang plaatsvindt. Daarnaast is economische dubbele belasting afhankelijk van de regelgeving van de VI-lidstaat ten aanzien van het overhevelen van de verrekenbare verliezen en is in die zin een belangrijk element voor de vestigingskeuze van de moeder vennootschap zelf op het mo-

²²⁰ Bender en Vogel stellen dat er sprake is een ongunstige onevenwichtigheid voor de belastingplichtige en stellen overeenstemmende termijnen voor. Bender, T., en Vogel, M.M., Onevenwichtigheden bij de overbrenging van buitenlandse winst en verlies naar andere jaren, WFR 2002/1248, § 3.

²²¹ Heithuis, E.J.W., en Van den Dool, R.P., Compendium Vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2009, blz. 203. Zie art. 13c, lid 2, Wet VPB 1969 voor de specifieke omstandigheden.

ment dat zij een in andere lidstaat een activiteit gaat ondernemen. Daarentegen wordt omzetting zonder behoud van een aanmerkelijk belang niet geacht misbruik te zijn en daarbij hebben de in te halen verliezen van de buitenlandse VI definitief de heffingsgrondslag van de moedervenootschap verminderd en worden niet meer ingehaald. Gezien het feit dat de anti-

5 misbruikbepaling niet van toepassing is op de overdracht van de VI aan een derde, een niet (in)direct gehouden aanmerkelijk belang, ben ik van mening dat art. 13c Wet VPB 1969 conform het genuanceerde altijd-ergens-beginsel is. Overigens is dit op basis van een extreme zwart-wit benadering van het begrip derde en van het M&S-arrest. Het standpunt kan ingenomen worden dat de verliezen door de overdracht definitief zijn geworden en door Neder-

10 land dienen te worden geaccepteerd ongeacht of er daarna nog een aanmerkelijk belang in de overgedragen activiteit wordt gehouden. Immers zoals ik in het vorige hoofdstuk al stelde, behoedt de wetgever mijns inziens haar eerder voor eigen claimverlies dan dat ze misbruik als prioriteit stelt. Echter, op grond van art. 10, lid 1, tweede volzin, Fusierichtlijn is Nederland wel bevoegd om de afgetrokken buitenlandse VI-verliezen direct in te halen en kan al-

15 leen art. 6 Fusierichtlijn nog soelaas bieden. Derhalve deel ik de mening van de Tweede Kamer dat art. 13c Wet VPB 1969 minder ver gaat dan is voorgeschreven en dat de inbreuk op de Moeder-Dochterrichtlijn in dit geval is geoorloofd.²²² Alhoewel de omzettingsregeling evenredig is met het VwEU ben ik vanuit het concernperspectief van mening dat een dergelijke regeling niet wenselijk is, aangezien er feitelijk geen sprake hoeft te zijn van dubbele

20 verliesverrekening.

4.4 Liquidatieverliesregeling

Voor de moedervenootschap is het gedurende het actieve bestaan van haar in het buitenland gevestigde dochtervenootschappen niet mogelijk om door middel van voeging in een fiscale eenheid horizontale verliesverrekening toe te passen. Alleen indien zij besluit om haar doch-

25 tervenootschap te liquideren, kan zij op grond van de liquidatieverliesregeling een verlies met haar eigen behaalde winsten verrekenen. Conform deze regeling is het te verrekenen verlies het surplus van het opgeofferde bedrag verminderd met bepaalde verkregen voordelen en niet de definitief niet verrekenbare verliezen van de buitenlandse dochtervenootschap zelf.²²³ Het betreft derhalve alleen hetgeen de moedervenootschap zelf door de liquidatie

30 aan verlies op haar investering heeft geleden. In § 2.4.3 heb ik al geconstateerd dat er geen

²²² Kamerstukken II 2004/05, 30 117, nr. 3, blz. 4.

²²³ Kok spreekt over een verlies dat op forfaitaire basis wordt vastgesteld welke niet aansluit op de in het buitenland niet meer verrekenbare verliezen van de dochtervenootschap. Kok, Q.W.J.C.H., De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/795, § 3.5.

directe relatie bestaat tussen de omvang van het liquidatieverlies en de resterende verticaal verrekenbare verliezen die de dochtervennootschap heeft. Echter op basis van het genuanceerde altijd-ergens-beginsel dienen deze verliezen, op het moment dat zij door bijvoorbeeld een vervreemding aan een derde of een liquidatie het karakter definitief niet verrekenbaar krijgen, bij de moedervennootschap te kunnen worden verrekend. Van Sonderen en Kok stellen dat het liquidatieverlies vaak groter is dan het werkelijk door de dochtervennootschap geleden verlies.²²⁴ Indien er c.p. sprake is van betaalde goodwill dan gaat de stelling van Van Sonderen en Kok mijns inziens inderdaad op. Echter, zoals ik eerder in § 2.4.3 heb aangegeven, ben ik van mening dat dit niet opgaat indien er een beperking in de verliesverrekeningstermijn ten aanzien van carry back rechten is. Daarnaast ben ik van mening dat een onderneming gelet op het totaalwinst begrip in principe nooit meer fiscaal verlies kan lijden dan haar gestorte eigen vermogen. Immers na liquidatie vormen de niet afbetaalde schulden kwijtscheldingswinsten voor de onderneming welke verrekenbaar zijn met haar verrekenbare verliezen. Per saldo resteert het gestorte eigen vermogen welke gelijk is aan het resterende verrekenbare verlies. Zie bijlage 2 voor een nadere toelichting. Daarnaast acht ik het aannemelijker dat een rechtspersoon wordt geliquideerd in een onhoudbare verlieslijdende periode, dan in een winstgevende. Uitgaande van het genuanceerde altijd-ergens-beginsel dient de Nederlandse lidstaat gelet op de eerste situatie van het voorbeeld in bijlage 1 de 175 aan verrekenbare verliezen, die door de liquidatie definitief niet meer verrekenbaar worden, als aftrekbaar (liquidatie)verlies aan te merken. Daardoor vertegenwoordigt het totale belastingvoordeel weer de teloorgegane verliezen. Dat betekent dat de verliesverrekeningstermijn van de lidstaat waarin de dochtervennootschap is gevestigd bepalend is voor het aftrekbare (liquidatie)verlies dat ten laste van Nederland komt. Derhalve zorgt een lidstaat zonder carry back mogelijkheden en een onbeperkte carry forward termijn voor de hoogst mogelijke verliesrekening die aan Nederland kan worden gepresenteerd. Op basis van de Corporate Tax Guide 2011 van E&Y zijn er veertien lidstaten waarbij de carry forward termijn onbeperkt is en slechts drie daarvan hebben een carry back faciliteit. Elf lidstaten hebben geen carry back termijn in combinatie met een beperkte carry forward termijn en Estland is de enige lidstaat met een uitdelingswinstbelasting. Gelet op het KR Wannsee-arrest kan ik mij voorstellen dat het HvJ van mening is dat de afhankelijkheid van het belastingstelsel van de lidstaat waarin de dochtervennootschap is gevestigd ten behoeve van de vaststelling van het aftrekbare (li-

²²⁴ Sonderen, J.C.M. van, en Kok, Q.W.J.C.H., Over verliesverrekening in de tijd, grensoverschrijdende fiscale eenheden, de liquidatie-verliesregeling en een aftrekbeperking voor aandelen en opties, MBB 2006, nr. 7-8, § 2.3.

quidatie)verlies niet wenselijk is en dat de liquidatieverliesregeling vanuit het oogpunt voor het vast te stellen aftrekbare verlies praktisch is. Echter, gelet op de door het HvJ genuanceerde altijd-ergens-beginsel met als doel dubbele belasting te voorkomen acht ik de afhankelijkheid van de verliesverrekeningstermijn een dispariteit die voor de betrokken partijen 5 gunstig, dan wel ongunstig kan uitpakken.

Kemmeren is van mening dat de liquidatieverliesregeling an sich EU-proof is, omdat het niet de vrijheid van vestiging belemmert en er sprake is van een dispariteit tussen de belastingsystemen van de lidstaten waardoor een verlies niet kan worden verrekend. Volgens hem doet 10 het M&S-arrest hier niets aan af.²²⁵ Bij een vergelijking zonder een fiscale eenheid volg ik zijn visie. Echter dit ligt met een fiscale eenheid, hetgeen mijns inziens in casu de uitgangspositie voor de proportionaliteitstoets is, genuanceerder.²²⁶ Uitgaande van voeging direct na oprichting van de binnenlandse dochtervennootschap is het wel mogelijk om de jaarlijks geleden verliezen van de binnenlandse geliquideerde dochters volledig aan de moedervennootschap toe te rekenen in plaats van het conform art. 13d Wet VPB vastgestelde liquidatieverlies. Dit leidt tot een cashflowvoordeel ten opzichte van een verlieslijdende niet-gevoegde dochtervennootschap, hetgeen tevens door het HvJ als een belemmering is erkend.²²⁷ Daarnaast ontstaat er in beginsel door voeging in een fiscale eenheid na oprichting van de dochtervennootschap ook geen verschil tussen het feitelijke verrekenbare verlies en het liquidatieverlies als gevolg van een beperkte carry back termijn, er van uitgaande dat een onderneming 20 gelet op het totaalwinst begrip in principe nooit meer fiscaal verlies kan lijden dan haar gestorte eigen vermogen. In die zin kan het vormen van een fiscale eenheid vanuit het perspectief van de moedervennootschap tot een hoger verrekenbaar verlies leiden dan wanneer er geen fiscale eenheid kan worden gevormd. Derhalve acht ik de liquidatieverliesregeling in 25 vergelijking met de fiscale eenheidsregeling en gelet op het genuanceerde altijd-ergens-beginsel niet EU-proof²²⁸, hetgeen ook vanuit concernperspectief disproportioneel te noemen is.

²²⁵ Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grensloze verliesverrekening, WFR 2006/211, § 7.1.

²²⁶ Zie in dit verband eveneens het standpunt van de redactie van V-N. Redactie V-N, HvJ, 25 februari 2010, nr. C-337/08, V-N 2010/12.19 (arrest X Holding BV), Noot.

²²⁷ HvJ, 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), r.o. 32.

²²⁸ Kok, Q.W.J.C.H., De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/795, § 3.5.

4.5 Definitief teloorgegane verliezen als gevolg van vervreemding

In de situatie waar de verliesverrekeningsrechten van een dochtervennootschap als gevolg van een vervreemding aan een derde teloorgaan, kan niets naar de moedervennootschap worden overgeheveld. Immers indien de regeling van art. 20a Wet VPB 1969, welke alleen ziet op binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen, op de dochtervennootschap van toepassing is, wordt het teloorgegane verlies niet naar de moedervennootschap overgeheveld. Deze regeling beoogt misbruik van binnenlandse verrekenbare verliezen door middel van handel in verlieslichamen te voorkomen. Tot een fiscale eenheid gevoegd zijn, mag, gelet op de in art. 20a Wet VPB 1969 vastgelegde drie toetsen juncto art. 15ae, lid 3 tot en met 5 en art. 15af, lid 7, Wet VPB 1969 daarbij niet tot een gunstiger verliesverrekeningsregime resulteren.²²⁹ Dat is niet in lijn met het genuanceerde altijd-ergens-beginsel. Echter, gezien het feit dat Nederland geen zeggenschap over de door de buitenlandse vennootschap teloorgegane verrekenbare verliezen heeft en het voor een binnenlandse (niet-)gevoegde dochtervennootschap ook niet mogelijk is om dergelijke verliezen aan de moedervennootschap over te hevelen, is mijns inziens sprake van een dispariteit waarvan de eventuele dubbele belasting niet aan de lidstaat van de moedervennootschap is toe te rekenen. Uitgaande van een fiscale eenheid waarbij de binnenlandse dochtervennootschap wordt ontvoegd als gevolg van een vervreemding en art. 20a Wet VPB 1969 niet van toepassing is, blijven de verliezen van de dochtervennootschap achter bij de moedervennootschap tenzij er een beroep op art. 15af, lid 2 Wet VPB 1969 wordt gedaan. Indien een grensoverschrijdende fiscale eenheid zou worden toegestaan, acht ik in casu een belemmering voor een vervreemde buitenlandse dochtervennootschap gerechtvaardigd. Immers indien de lidstaat van de buitenlandse dochtervennootschap haar verrekenbare verliezen blijft erkennen kan er gevaar voor dubbele verliesverrekening ontstaan. Derhalve ben ik van mening dat het genuanceerde altijd-ergens-beginsel ten aanzien van het definitief teloorgaan van verrekenbare verliezen als gevolg van een vervreemding van een buitenlandse dochtervennootschap gelet op de Nederlandse wetgeving niet kan worden afgedwongen.

4.6 Proportionaliteit fiscale eenheidsregeling

Voor de toetsing van de proportionaliteit van de fiscale eenheidsregeling wordt eerst de onof evenredigheid van de inhaalregeling besproken waarbij eveneens benodigde anti-

²²⁹ Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, digitale editie, 2.9.5.G.f2 en 2.9.6.D.c3.

misbruikbepalingen onder de loep worden genomen. Tot slot passeren nog enkele gelieerde discussiepunten de revue.

4.6.1 De on- of evenredigheid van de inhaalregeling?

In het M&S-arrest gaf het HvJ al aan dat voor zover mogelijk minder restrictieve maatregelen zoals harmonisatieregels door de lidstaten in samenwerking met de gemeenschapswetgever moeten worden vastgesteld.²³⁰ Echter, gelet op het voorgaande vraag ik mij af of er niet een meer proportionele regeling bestaat die op grond van het VwEU in vergelijking met de ter discussiestaande fiscale eenheidsregeling kan worden afgedwongen. Uit het genuanceerde altijd-ergens-beginsel vloeit voort dat het gevaar van dubbele verliesverrekening zwaarder weegt dan het voorkomen van cashflownadelen. Een bijkomend nadelig gevolg is dat er voor de lidstaat van de moedervereniging sprake is van verliesverjonging, alhoewel mijns inziens gesteld kan worden dat de Nederlandse wetgever dit gelet op de door hem vormgegeven liquidatieverliesregeling niet bezwaarlijk acht. Desalniettemin wordt een inhaalregeling door het HvJ blijkbaar EU-rechtelijk niet afdwingbaar geacht²³¹ alhoewel er mijns inziens wel met behulp van een dergelijke regeling aan de tekortkomingen van het genuanceerde altijd-ergens-beginsel tegemoet kan worden gekomen. Ten aanzien van bijvoorbeeld het Schumacker-arrest en Ritter-Coulais-arrest, alhoewel de betreffende casus op natuurlijke personen betrekking hadden,²³² heeft het HvJ eveneens geoordeeld dat de persoonsgebonden aftrek respectievelijk het negatieve inkomen in de woonstaat in hetzelfde jaar verrekenbaar dient te zijn in de werkstaat en niet op een later moment in de woonstaat door middel van verliesverrekening.²³³ Derhalve had ik en met mij vele anderen gelet op het X Holding BV-arrest een meer inhoudelijke proportionaliteitstoets verwacht.²³⁴

²³⁰ HvJ, 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), r.o. 57 en 58.

²³¹ HvJ, 23 oktober 2008, nr. C-157/07, BNB 2009/86* (arrest KR Wannsee), r.o. 38 en 43 en HvJ, 15 mei 2008, nr. C-414/06, BNB 2009/85c* (arrest Lidl Belgium), r.o. 45-51.

²³² HvJ, 14 februari 1995, nr. C-279/93, Jur. 1995, 225 (arrest Schumacker), r.o. 33-38 en HvJ, 21 februari 2006, nr. C-152/03, V-N 2006/13.10 (arrest Ritter-Coulais), r.o. 40. Zie ook Wattel, P.J., HvJ, 13 december 2005, nr. C-446/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer), Noot, § 4-8.

²³³ Zie ook Conclusie van A-G Sharpston, 14 februari 2008, nr. C-414/06, V-N 2008/16.9 (arrest Lidl Belgium), r.o. 32.

²³⁴ Volgens Weber is Wattel van mening dat er slechts sprake is van een discriminatietoets i.p.v. een proportionaliteitstoets. Weber, D.M., Weigeren van voordelen van grensoverschrijdende fiscale eenheid in strijd met recht van vestiging? (X Holding), FED 2010/95, § 3. De redactie van V-N stelt dat een deelneming en een vaste inrichting niet vergelijkbaar zijn en zegt haars inziens niets over of de maatregel al dan niet proportioneel is. Redactie V-N, HvJ, 25 februari 2010, nr. C-337/08, V-N 2010/12.19 (arrest X Holding BV), Noot. Kok bekritiseert eveneens de werkwijze van het HvJ. Kok, Q.W.J.C.H., De onmogelijkheid van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2010/607, § 3. Zie ook Blokland, G.M.R., Honert, M.J.A. van der, X Holding vandaag de dag: kan de wetgever nu daadwerkelijk rustig ademen?, WFR 2011/782, § 3.2.

De fiscale eenheidsregeling is in principe ook een vorm van een inhaalregeling waarbij ver-
rekening alleen plaats vindt in de lidstaat van de moedervenootschap en niet in een wille-
keurige andere lidstaat die de belastingplichtige zelf kan kiezen. Daarnaast wordt het verlies
verrekend en te zijner tijd ingehaald, mits de dochtervenootschap winst behaalt. Daarbij
5 hoeft de lidstaat van de moedervenootschap geen rekening te houden met eventuele lokaal
teloorgegangene verliesverrekeningsrechten op grond van het KR Wannsee-arrest en is het een
keuze van de inhalende lidstaat om dan van inhaal af te zien. Zij is dit namelijk volgens het
HvJ niet verplicht nu er sprake is van een dispariteit waarvan de dubbele belasting zijns in-
ziens niet aan de lidstaat van de moedervenootschap is toe te rekenen. Desalniettemin voor-
10 komt de inhaalregeling in ieder geval het cashflownadeel, afgezien van nadelen als gevolg
van dispariteiten, evenals dat er geen verliesverjonging plaatsvindt. Daarnaast is er mijns
inziens ook geen gevaar voor dubbele verliesverrekening, aangezien de lidstaat van de moe-
dervenootschap met behulp van een beroep op de bijstandsrichtlijn²³⁵ informatie omtrent de
winstgevendheid van de buitenlandse dochtervenootschap bij de desbetreffende lidstaat kan
15 opvragen. Tevens is het jaarlijks relatief eenvoudig te volgen en hoeft niet na een langdurige
periode nagegaan te worden hoeveel de resterende definitief niet meer verrekenbare verliezen
bedragen. Daarnaast speelt het door Kok aangegeven eventuele probleem niet dat men op het
moment dat de verliezen definitief onverrekenbaar worden te laat is met het aanvragen van
een fiscale eenheid waardoor verliezen niet met terugwerkende kracht kunnen worden verre-
20 kend, hetgeen kan betekenen dat ook die niet door de moedervenootschap verrekenbaar
zijn.²³⁶ Bijkomend voordeel is dat er niet direct een verschil meer bestaat tussen het investe-
ren in een buitenlandse dochtervenootschap en een buitenlandse vaste inrichting alhoewel ik
het met de redactie van V-N eens ben dat dit niet een afdwingbaar punt is nu ze niet met el-
kaar vergelijkbaar zijn²³⁷ en hier met de aanstaande invoering van de objectvrijstelling voor
25 VI's geen sprake meer van is. Ik benadruk hierbij dat de inhaalregeling dan alleen voor doch-
tervenootschappen die voldoen aan de fiscale eenheidsvereisten van toepassing is. Daar-
naast acht ik het wenselijk dat de regeling alleen inhaal mag afdwingen op het moment dat
het inderdaad tot een effectieve verlaging van de Nederlandse belastinggrondslag heeft geleid
en het hogere verrekenbare verlies niet na bijvoorbeeld negen jaar was verlopen.

30

²³⁵ Richtlijn 2011/16/EU van de raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen en tot intrekking van Richtlijn 77/799/EEG.

²³⁶ Kok, Q.W.J.C.H., De onmogelijkheid van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2010/607, § 3.

²³⁷ Redactie V-N, HR 2 oktober 2009, nr. 08/00900, V-N 2009/49.22, Noot.

Uiteraard dienen er tevens additionele anti-misbruikbepalingen te worden ingesteld om misbruik van een grensoverschrijdende fiscale eenheid te voorkomen, aangezien de moeder- en dochtervennootschap vrij zijn om elk jaar te opteren voor de toepassing van de fiscale eenheid en dit kan zelfs vroegtijdig worden beëindigd. Derhalve dient het gevaar van ontvoeging 5 waardoor inhaal niet meer mogelijk is te worden afgedekt. Een ontvoegingsregeling à la art. 13c Wet VPB 1969 biedt mijns inziens soelaas op het moment dat het belang in de dochtervennootschap onveranderd is gebleven. Echter, het is niet wenselijk dat hierdoor de moedervennootschap het moment van inhalen kan uitstellen totdat er dividenduitkeringen plaatsvinden of totdat er een deel van het belang in de deelneming wordt vervreemd. In die zin dient 10 het resultaat van de dochtervennootschap voor de inhaal bepalend te zijn, zodat zo snel mogelijk het eerder verrekende verlies wordt ingelopen. Ook hier kan gesteld worden dat dit een inbreuk is op de Moeder-Dochterrichtlijn. Alhoewel ik het hiervoor aangehaalde tegenargument van de Tweede Kamer zeer pleitbaar vind vanuit het oogpunt van voorkoming van dubbele verliesverrekening en het behouden van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden. Tevens acht ik een soortgelijke partiële uitsluiting van de toepassing van de 15 deelnemingsvrijstelling noodzakelijk ten aanzien van de dochtervennootschap indien zij aan een verbonden ingezetene lichaam wordt vervreemd. Mocht een vervreemding aan een derde plaatshebben dan kan verplichte inhaal, gelet op het genuanceerde altijd-ergens-beginsel ondanks dit voor binnenlandse dochtervennootschappen niet mogelijk is, alleen bij de moedervennootschap plaatsvinden indien de dochtervennootschap haar verrekenbare verliezen na de 20 transactie nog heeft behouden. Derhalve kan mijns inziens de Nederlandse wetgever er voor kiezen om volledige inhaal op te eisen, tenzij er effectief geen grensoverschrijdende verliesverrekening plaatsgevonden heeft. In casu is het mijns inziens wenselijk ter voorkoming van dubbele belasting dat de resterende verrekenbare verliezen, ontstaan ten tijde van de participatie in de fiscale eenheid, van de ontvoegde dochtervennootschap “aan haar worden meegegeven” à la art. 15af Wet VPB 1969. Met de invoering van een dergelijke inhaalregeling wordt mijns inziens de belemmering, door middel van aansluiting bij het uitgangspunt dat de geleden verliezen zoveel mogelijk bij de heffing van de belasting moeten worden vergolden, opgeheven en wordt de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten 25 rekening houdend met voorkoming van dubbele verliesverrekening optimaal gerespecteerd. 30

Gelet op de doelstelling en werking van de fiscale eenheidsregeling en de in de huidige wetgeving vergelijkbare anti-misbruikbepalingen ben ik van mening dat een inhaalregeling voor buitenlandse dochtervennootschappen meer evenredig is. Vanuit de verlengstukgedachte acht

ik dat eveneens pleitbaar, gezien het feit dat binnen een concern de moedervernootschap het beleid bepaalt. Mocht het HvJ na een dergelijke proportionaliteitstoets van de fiscale eenheidsregeling bij zijn standpunt blijven dat een inhaalregeling niet EU-rechtelijk afdwingbaar is, dan is mijns inziens de Nederlandse wetgever verplicht om het begrip van het liquidatieverlies voor dochtervennootschappen waarin de moedervernootschap een belang van 95% of meer heeft te verruimen.²³⁸ Daarnaast ben ik van mening dat het voorstel in de Sinterklaasbrief om de onderworpenheidseis voor actieve VI's te laten vervallen, hetgeen de staatssecretaris van Financiën in april 2011 opnieuw op de fiscale agenda heeft gezet en inmiddels door het kabinet in het Belastingplan 2012 is opgenomen,²³⁹ geen soelaas biedt gezien het feit dat dit hier los van staat. Immers een buitenlandse VI is niet vergelijkbaar met een buitenlandse dochtervennootschap. De Smit en Kok zijn daarentegen van mening dat het voorstel de deur naar de grensoverschrijdende fiscale eenheid opent, omdat de verliezen van gevoegde buitenlandse dochters evenmin ten laste van de Nederlandse winsten kunnen worden gebracht.²⁴⁰ Kok benadrukt dat dan als gevolg van het aangaan van een fiscale eenheid de gelijkstelling van de dochtervennootschap en de VI opgaat.²⁴¹ Echter, dit zet mijns inziens het genuanceerde altijd-ergens-beginsel gelet op de fiscale behandeling van de verliezen van een gevoegde binnenlandse dochtervennootschap in vergelijking met de verliezen van een buitenlandse dochtervennootschap niet opzij.

4.6.2 *Gelieerde discussiepunten*

Het Ministerie van Financiën heeft een grensoverschrijdende fiscale eenheid voor de Wet werken aan winst overwogen, maar heeft door het gewezen M&S-arrest hier uiteindelijk vanaf gezien. In zijn overweging had hij als inkaderingsmaatregelen dat de inhaalregeling alleen geldt voor dochtervennootschappen die in een lidstaat zijn gevestigd, dat de optatie voor voeging voor alle dochtervennootschappen in de betreffende lidstaat behelst en dat de optatie ten minste voor een bepaalde minimumperiode geldt. Daarentegen koos het Ministerie van Financiën voor onmiddellijke inhaal na ontvoeging, carry back van het dochterverlies

²³⁸ Kok is eveneens van mening dat een dergelijk tweetal redeneringen logisch zijn. Kok, Q.W.J.C.H., De onmogelijkheid van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2010/607, § 3. In het verlengde is het vraagstuk of het Deutsche Shell-arrest ook kan worden toegepast op geleden valutaverliezen op deelnemingen die onder de deelnemingsvrijstelling vallen eveneens interessant. Kamerstukken II, 2010/11, 32 818, nr. 4.

²³⁹ Staatssecretaris van Financiën, Brief Staatssecretaris van Financiën, 5 december 2009, nr. DB2009/674M, V-N 2009/62.14, Kamerstukken II, 2010/11, 32 740, nr. 1H en Kamerstukken II, 2011/12 33 003 nr. 2 en 3.

²⁴⁰ De Smit, R.C., Onbegrensde kans, 6 januari 2010, WFR 2010/4 en Kok, Q.W.J.C.H., De onmogelijkheid van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2010/607, § 5.

²⁴¹ Kok, Q.W.J.C.H., De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/795, § 3.2.

met eerder behaalde vrijgestelde dochterwinsten en vervanging van de per country methode door de overall methode.²⁴² Dergelijke maatregelen kunnen mijns inziens verder gaan dan noodzakelijk is. Onmiddellijke inhaal kan bijvoorbeeld ook worden uitgesteld met behulp van de door mij voorgestelde ontvoegingsregeling à la art. 13c Wet VPB 1969. Ten aanzien van de carry back is de kans aanwezig dat dit slechts in een cashflownadeel resulteert, indien nadien het verlies alsnog op grond van het genuanceerde altijd-ergens-beginsel in Nederland was te verrekenen. Als gevolg van de overall methode kan het verlies effectief niet zijn verrekend. Dat kan mijns inziens alleen mogelijk zijn door een verlaging van de belastinglast bij de moedervennootschap. Immers de Nederlandse wetgeving kan niet voorkomen dat een winstgevende dochtervennootschap gevestigd in een lidstaat als gevolg van de verlieslijdende dochtervennootschap gevestigd in een andere lidstaat geen belasting hoeft af te dragen.

Ten aanzien van de wijze van vaststelling van het te verrekenen buitenlandse verlies is door het HvJ niet een expliciet oordeel geveld. Indien dit op basis van de fiscale wetgeving van de moedervennootschap dient plaats te vinden, vraag ik mij af of een dergelijke rekenexercitie inderdaad voordeliger is gelet op het behaalde cashflowvoordeel. Aan de andere kant is het nog maar de vraag hoe groot de verschillen ten aanzien van aftrekbeperkingen, vrijstellingen en dergelijk zijn. Volgens Kemmeren dient conform de fiscale wetgeving van de dochtervennootschap vastgesteld te worden of er sprake is van een verlies en vervolgens dient het verlies van de dochtervennootschap conform de wetgeving van de moedervennootschap te worden vastgesteld.²⁴³ Ik deel zijn mening dat een gelijkwaardige behandeling met een binnenlandse dochtervennootschap minimaal afdwingbaar is, hetgeen ook voor een buitenlandse VI op grond van de Nederlandse wetgeving dient te worden vastgesteld. Echter gelet op de meerjarige werking van de fiscale eenheid acht ik het resultaat van de buitenlandse dochtervennootschap, op grond van de fiscale wetgeving van de lidstaat waarin zij is gevestigd, niet noodzakelijk voor de toepassing van de verrekening.

²⁴² Ministerie van Financiën, VPB 2007. Nota “Werken aan winst; naar een laag tarief en een brede grondslag”, 29 april 2005, nr. AFP 2005-00386, V-N 2005/24.3, §7.4. Overigens is zij van mening dat het voor de hand ligt dat door de afnemende betekenis van landsgrenzen binnen de EU vroeg of laat een vorm van grensoverschrijdende verliesverrekening zal ontstaan. Daarnaast raamt zij de budgettaire derving van haar maatregelen per saldo op structureel € 50 miljoen en in het eerste jaar op € 100 miljoen.

²⁴³ Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grensloze verliesverrekening, WFR 2006/211, § 5.8.1.

Tot slot heb ik hierbij geabstraheerd van de eventuele strijdigheid van de overige voordelen van de fiscale eenheidsregeling met het EU-recht.²⁴⁴ Indien de inhaalregeling vormgegeven wordt met behulp van een volledige grensoverschrijdende fiscale eenheid wat eveneens eliminatie van de resultaten op groepstransacties bevat, kan mijns inziens allicht een beroep op het De Lasteyrie du Saillant- en het N-arrest²⁴⁵ worden gedaan. Alhoewel deze arresten de strijdigheid met het EU-recht van exitheffing op aandelen als gevolg van het verplaatsen van de woonplaats naar een andere lidstaat betreffen, kan mijns inziens dit allicht ook voor de heffing op een groepstransactie binnen een grensoverschrijdende fiscale eenheid gelden. Bij een groepstransactie binnen fiscale eenheid ligt het genuanceerder aangezien er geen zetelverplaatsing²⁴⁶ plaatsvindt. Echter in een binnenlandse situatie is het wel toegestaan. Kok stelt voor om de in art. 15ai Wet VPB 1969 vastgelegde termijn oneindig te maken of door een conserverende aanslag op te leggen die wordt ingevorderd bij de realisatie van de stille reserve.²⁴⁷ Aan de andere kant dit biedt mijns inziens geen oplossing voor de overdracht van de dochter naar de moeder, indien de lidstaat van de dochtervennootschap de fiscale eenheidsregeling niet erkent. De toekomst zal het allicht uitwijzen.²⁴⁸

4.7 Conclusie

In paragraaf 2.5.2 heb ik geconstateerd dat de Nederlandse grensoverschrijdende verliesverrekeningsregeling gelet op de effectieve en onmiddellijke éénmalige aftrek van verliezen en de voorkoming van misbruik te wensen overlaat. Aan de hand van het in hoofdstuk 3 vastgestelde derde toetsingscriterium toets ik hier of de regeling in strijd is met het EU-recht.

Met behulp van het bestudeerde stappenplan heb ik het grensoverschrijdende verliesverrekeningselement van de fiscale eenheidsregeling beoordeeld en ik ben in tegenstelling tot het HvJ in het X Holding BV-arrest tot de conclusie gekomen dat de regeling voor buitenlandse dochtervennootschap beperkter uitwerkt dan voor binnenlandse dochtervennootschappen vanuit het oogpunt van de moedervernootschap. Alhoewel beide vennootschappen met el-

²⁴⁴ Merkwaardig genoeg heeft het HvJ zich hier ook nagenoeg geheel afzijdig van gehouden. Zie ook Kok, Q.W.J.C.H., De onmogelijkheid van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2010/607, § 3.

²⁴⁵ HvJ, 11 maart 2004, nr. C-9/02, Jur. 2004, 2409 (arrest De Lasteyrie du Saillant) en HvJ, 7 september 2006, nr. C-470/04, BNB 2007/22c* (arrest N).

²⁴⁶ Het Hof Amsterdam heeft inmiddels de prejudiciële vraag gesteld in hoeverre er eveneens sprake is van strijdigheid met het EU-recht ten aanzien van een exitheffing bij zetelverplaatsing. Gerechtshof Amsterdam, 15 juli 2010, nr. 08/00135, V-N 2010/35.6, § 5.

²⁴⁷ Kok, Q.W.J.C.H., De onmogelijkheid van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2010/607, § 3.

²⁴⁸ Zie ook Commissie van de Europese Gemeenschappen, Exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, Brussel, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief.

kaar vergelijkbaar zijn en de beperking in beginsel gerechtvaardigd is gezien het feit dat het dubbele verliesverrekening door middel van de handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten beoogt te voorkomen, gaat de regeling op grond van het genuanceerde altijd-ergens-beginsel mijns inziens verder dan noodzakelijk is.

5 Voor een binnenlandse dochtervennootschap is het voor de moedervennootschap mogelijk om door middel van een fiscale eenheid haar resultaten met die van haar dochter te consolideren waardoor verliesverrekening kan worden bewerkstelligd. Een buitenlandse dochtervennootschap kan niet in een fiscale eenheid worden gevoegd waardoor slechts de liquidatieverliesregeling soelaas kan bieden. Echter, ik ben gelet op de werking van de fiscale eenheidsregeling van mening dat een inhaalregeling in combinatie met een aantal anti-
10 misbruikbepalingen voor buitenlandse dochtervennootschappen meer evenredig is. Immers de verrekenbare verliezen van een binnenlandse dochtervennootschap worden eveneens te zijner tijd ingehaald. Daarnaast wordt daarmee niet alleen het gevaar van dubbele verliesverrekening voorkomen, maar worden tevens het cashflownadeel en verliesverjonging vermeden. Derhalve kom ik tot de conclusie dat de Nederlandse horizontale verliesverrekeningsregeling zoals die geldt binnen de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting in strijd is met
15 het EU-recht en derhalve moet worden aangepast. Mocht het HvJ ook na een meer inhoudelijke proportionaliteitstoets bij zijn standpunt blijven dat een inhaalregeling niet EU-rechtelijk afdwingbaar is, dan blijft mijns inziens de Nederlandse wetgever verplicht om het
20 begrip van het liquidatieverlies voor dochtervennootschappen waarin de moedervennootschap een belang van 95% of meer heeft te verruimen. Immers het in art. 13d Wet VPB 1969 vastgelegde begrip van een liquidatieverlies komt bijvoorbeeld door een beperkte carry back termijn niet overeen met de definitief onverrekenbare verliezen van de dochtervennootschap, hetgeen door het HvJ, ondanks dat hij niet inhoudelijk op de groepsregeling is ingegaan, voor
25 een grensoverschrijdende beperking in een groepsregeling wel als evenredig wordt geacht.

Ten aanzien van de huidige inhaal- en omzettingsregeling ben ik van mening dat ze conform EU-recht zijn, mits de buitenlandse verliezen daadwerkelijk tot een effectieve belastingverlaging voor de moedervennootschap in Nederland heeft geleid. Immers een dergelijke regeling
30 met het oog om de algehele belastingdruk te verlagen mag uiteindelijk niet leiden tot een verrijking van de lidstaat van de moedervennootschap.

5 Europese oplossingsrichtingen

5.1 Inleiding

De EC streeft al enkele decennia verbetering van de interne marktwerking van de EU na. In dit kader heeft zij diverse mededelingen gedaan om grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening naar een hoger plan te tillen. Echter dit heeft nog niet geleid tot de realisatie van Europese harmonisatie en tot op heden is dit streven ook niet door de lidstaten zelf, afgezien van een viertal lidstaten, overgenomen. Gelet op de in § 4.6.1 aangehaalde Sinterklaasbrief en het Belastingplan 2012 is Nederland niet voornemens om dit zelf te bewerkstelligen ondanks dat uit onderzoeken voor de EC blijkt dat het bedrijfsleven enorme belemmeringen ervaart als gevolg van de 27 verschillende belastingstelsels maar als belangrijkste door het ontbreken van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende verliescompensatie.²⁴⁹ Na in 1991 een voorstel te hebben ingediend om een verliesverrekeningrichtlijn in te voeren, heeft in het najaar van 2001 de EC, mede naar aanleiding van de toenmalige Lissabon-strategie, besloten om hiervan af te zien. Sindsdien heeft zij zich ten doel gesteld om de belastinggrondslag te uniformeren.²⁵⁰ Drie jaar later heeft een Duitse wetenschapper een afgeleide van deze CCCTB-gedachte voorgesteld, genaamd European Tax Allocation System,²⁵¹ waarop de EC een jaar later met een voorstel voor Home State Taxation voor het midden- en kleinbedrijf kwam.²⁵² Desalniettemin analyseerde zij in 2006 de groepsregelingen van de lidstaten en benadrukte de mogelijkheden op nationaal niveau met behulp van beperkte, dan wel onbeperkte inhaalregelingen.²⁵³ In hetzelfde jaar wierp Kemmeren het voorstel op dat lidstaten bij een negatieve belastinggrondslag ook een negatieve aanslag kunnen opleggen als alternatief voor verliesverrekening.²⁵⁴

Alhoewel de EC in een mededeling omtrent haar werkprogramma voor 2011 nogmaals de voorkeur voor een CCCTB geuit heeft en nadien haar concept CCCTB-richtlijn ingediend

²⁴⁹ Overigens merkt het EC op dat gelet op de geringe reactie op de vragenlijst de resultaten evenwel niet als statistisch representatief kunnen worden beschouwd. Commissie van de Europese Gemeenschappen, Op zoek naar oplossingen voor de obstakels op het gebied van de vennootschapsbelasting waarmee het MKB op de interne markt wordt geconfronteerd – hoofdlijnen van een mogelijke proef met belastingheffing volgens de regels van de thuisstaat, Brussel, 23 december 2005, COM(2005) 702 definitief.

²⁵⁰ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Naar een interne markt zonder belastingbelemmeringen. Een strategie voor het verschaffen van een geconsolideerde heffingsgrondslag aan onderneming voor de VPB op hun activiteiten in de gehele EU, Brussel, 23 oktober 2001, COM(2001) 582 definitief.

²⁵¹ Hernler, M.J., European Taxation: European Tax Allocation System (ETAS): A Proposal for a Consolidated European Tax System, IBFD, Amsterdam, 2004, vol. 44, deel 5.

²⁵² Ibid, voetnoot 249.

²⁵³ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties, Brussel, 19 december 2006, COM(2006) 824 definitief.

²⁵⁴ Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening, WFR 2006/211, § 8 en Maak van negatief effectief positief, WFR 2009/433.

heeft ²⁵⁵, is er tot op de dag van vandaag nog geen kogel door de kerk. Ik toets het voorstel ten aanzien van verliescompensatie aan vier criteria: effectieve en onmiddellijke éénmalige aftrek van verliezen, geen ruimte voor misbruik, niet in strijd met het EU-recht en de oplossing dient realiseerbaar te zijn. Nadien geef ik aan de hand van alternatieve oplossingsrichtingen en de vastgestelde kritiekpunten mijn oordeel omtrent de beste oplossingsrichting die grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening binnen de EU realiseerbaar maakt.

5.2 *Common Consolidated Corporate Tax Base*

Op 16 maart 2011 heeft de Europese Commissie een concept CCCTB-richtlijn ingediend die erop is gericht ondernemingen, die grensoverschrijdend actief zijn, de optie te bieden te kiezen ²⁵⁶ voor een winstvaststelling voor de vennootschapsbelasting op EU-niveau om zo de nalevingskosten, naar verwachting met € 0,7 miljard, structureel te verminderen en het aantal grensoverschrijdende obstakels ten aanzien van de winstberekening te beperken. Alvorens ik in de volgende paragraaf de verliescompensatie van de voorgestelde richtlijn beoordeel en vervolgens aan de toetsingscriteria onderwerp, bespreek ik eerst de algehele systematiek, de resultaatbepaling en de resultaatverdeling van de CCCTB.

5.2.1 *Systematiek*

De CCCTB zorgt er kort gezegd voor dat het bedrijfsleven in de EU een uniforme, eenvoudige en brede vennootschapsbelastinggrondslag krijgt waarbij alle groepsresultaten uit alle aan de CCCTB-richtlijn deelnemende lidstaten ²⁵⁷ ²⁵⁸ met elkaar worden geconsolideerd. Het

²⁵⁵ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Werkprogramma van de Commissie voor 2011, Brussel, 27 oktober 2010, COM(2010) 623 definitief VOL. I, blz. 3 en 7 en Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), Brussel, COM(2011) 121/4 2011/0058 (CNS).

²⁵⁶ Volgens de EC geniet een facultatieve toepassing eerder steun dan een verplichte. Daarnaast hoeven de niet grensoverschrijdend actief zijnde bedrijven niet gedwongen voor de invoeringskosten op te draaien, is het macro-economisch bezien beter en is het gunstiger voor de werkgelegenheid. Ondanks dat het Europees Parlement eerder had aangegeven een verplichte CCCTB-richtlijn van essentieel belang te achten om een werkelijke interne markt tot stand te brengen en belastingontduiking alsmede dubbele belastingheffing en oneerlijke fiscale concurrentie te vermijden. Europees Parlement, Ontwerpresolutie naar aanleiding van werkprogramma van de Commissie voor 2011, 8 december 2010, B7-0688/2010, blz. 9/17.

²⁵⁷ Op grond van art. 326 tot en met 334 VwEU is het realiseerbaar om met de procedure versterkte samenwerking met minimaal negen lidstaten de CCCTB-richtlijn toe te passen en daarmee een "CCCTB-unie" op te richten. Strik, S.A.W.J., en Streek, van de, J.L., Hoofdlijnen van de vennootschapsbelasting van de toekomst: de CCCTB?, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2009-2, §5. Op een in 2007 gehouden congres in Washington heeft oud-Europees Commissaris László Kovács kenbaar gemaakt dat volgens hem twaalf lidstaten (waaronder Duitsland, Frankrijk, Italië, Spanje, Oostenrijk en België) voor de invoering zijn. Zie <http://products.tax.org/www/features.nsf/Articles/FAD34BD668AAC636852572D80069B29A?OpenDocument>, 22 februari 2011.

²⁵⁸ Van Arendonk is de mening toegedaan dat een versterkte samenwerking een aardige chaos in de politieke samenwerking kan opleveren en dat zal zijns inziens niet goed doen aan het begrip voor de Europese samenwerking bij de burgers en bedrijven. Tevens vraagt hij zich af of het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel niet dwingen tot een alternatieve oplossing. Arendonk, van, H.P.A.M., CCCTB: ook een legislatief experiment?, MBB 2008/438, § 3.

uitgangspunt is een brede heffingsgrondslag met lage tarieven opdat de economische beslissingen zo min mogelijk door fiscale overwegingen worden verstoord.²⁵⁹ Met behulp van een verdeelsleutel wordt het geconsolideerde resultaat over de betrokken groepsonderdelen verdeeld en toegerekend aan de lidstaat van vestiging van de groepsvennootschap waarna daarop het belastingtarief van de desbetreffende lidstaat waarin de vennootschap, dan wel de VI is gevestigd, wordt toegepast. Hierbij behouden de lidstaten het recht hun vennootschapsbelastingtarief en eventuele heffingskortingen, dan wel belastingvrije sommen vast te stellen om enige belastingconcurrentie tussen de lidstaten in stand te laten en om hun eigen fiscale beleid te voeren.²⁶⁰

10

Als gevolg van de consolidatie van winsten en verliezen is er direct verrekening van verliezen met winsten mogelijk²⁶¹ evenals dat er geen verrekenprijsproblematiek binnen de CCCTB-lidstaten bestaat en herstructurering binnen de EU eenvoudiger wordt. Dit zijn, naast de administratieve lastenverlichting, stellig de grootste voordelen van CCCTB. De EC geeft aan dat een facultatieve toepassing van de CCCTB-richtlijn leidt tot een grondslagdaling van 2,7% waarbij Nederland (-/- 2,2%), Finland en Denemarken opbrengst inleveren ten gunste van Duitsland, Frankrijk en Italië.²⁶² Echter, uit de onderzoeken blijkt niet hoe deze afname in de belastinggrondslag is toe te wijzen aan de genoemde voordelen.²⁶³ De EC geeft overigens aan dat het uiteindelijke effect voor ieder tevens afhankelijk is van toekomstige beleidskeuzes van de lidstaten, zoals het nader vast te stellen CCCTB-tarief.²⁶⁴

20

²⁵⁹ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Tenuitvoerlegging van het communautaire programma voor grotere groei en werkgelegenheid en voor een sterker concurrentievermogen van de Europese bedrijven - Vorderingen in 2006 en verdere stappen naar een voorstel voor een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), Brussel, 2 mei 2007, COM(2007) 223 def., § 3.

²⁶⁰ Ibid, voetnoot 257, § 3. Strik en Van de Streek zijn de mening toegedaan dat belastingconcurrentie tussen lidstaten beperkt dient te blijven tot het belastingtarief, omdat anders het gevaar bestaat dat er alsnog de facto 27 belastingstelsels ontstaan.

²⁶¹ Volgens de EC hebben naar verwachting 17% van de financiële en 50% van de niet financiële multinationals hier baat bij, hetgeen naar verwachting € 1,3 miljard bedraagt.

²⁶² Commissie van de Europese Gemeenschappen, Impact assessment, Tabellen Europese Commissie Impact Assessment CCCTB, Brussel, 16 maart 2011, SEC(2011) 315/2.

²⁶³ Zie voor meer onderzoeken: Devereux, M.P. en Loretz, S., The effects of EU Formula Apportionment on Corporate Tax Revenues (revised version), Oxford University Centre for Business Taxation, Oxford, 31 januari 2008, Fuest, C., Hemmelgarn, T. en Ramb, F., How would formula apportionment in the EU affect the distribution and the size of the corporate tax base? An analysis based on German multinationals, Discussion Paper, series 1: Economic Studies, No. 20/2006, Horst, A. van der, Bettendorf, L. en Rojas-Romagosa, H., Tinbergen Instituut Discussion Paper, Will Corporate Tax Consolidation improve Efficiency in the EU?, TI2007-076/2, September 2007, CPB Netherlands for Economic Policy Analysis, The economic effects of EU-reforms in corporate income tax systems, October 2009 en Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH, Study on the impact of reforms of corporate income taxation systems at the EU level on the size of the tax base of the EU companies, using the model "European Tax Analyzer", Mannheim & Göttingen, 29 september 2008.

²⁶⁴ Jansen stelt de vraag of twee verschillende lokale vennootschapsbelastingtarieven, hetgeen mijns inziens onvermijdelijk is met een brede CCCTB-grondslag en een smallere nationale belastinggrondslag, ook politiek

5.2.2 Resultaatbepaling

In de CCCTB-richtlijn zijn in hoofdstuk IV tot en met XV de hoofdlijnen van de belastinggrondslag terug te vinden. Het uitgangspunt is het realisatiebeginsel waarbij het voorzichtigheidsbeginsel impliciet in de bepalingen, bijvoorbeeld bij de waardering van voorraden en onderhandenwerk in art. 29, lid 4, is vastgelegd. Grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening vindt vervolgens plaats als gevolg van het consolideren van alle op basis van de CCCTB-richtlijn vastgestelde winsten en verliezen van de conform art. 54 kwalificerende dochtervennootschappen. Hierbij blijven de resultaten op intragroepstransacties op basis van art. 59, lid 1 buiten beschouwing. Indien er per saldo groepswinst resteert, wordt het resultaat door middel van een verdeelsleutel over de deelnemende groepsonderdelen verdeeld, tenzij de groepswinst negatief is. Een geconsolideerd verlies is op grond van art. 43, 57 en 86 slechts voorwaarts verrekenbaar met een toekomstige geconsolideerde winst waardoor resterende verliezen in beginsel niet aan afzonderlijke groepsonderdelen worden toebedeeld.

Op basis van art. 44 vindt de sfeerovergang naar de CCCTB-richtlijn door middel van het doorschuiven van de huidige fiscale boekwaarden vastgesteld conform de nationale wetgeving geruisloos plaats.²⁶⁵ De verliezen van vóór de toetreding van groepsvennootschappen tot het CCCTB-lichaam kunnen tijdens de toepassing van de CCCTB op grond van art. 48 slechts worden benut indien er op grond van de CCCTB-richtlijn winst wordt gealloceerd aan de lidstaat waar de desbetreffende groepsvennootschap is gevestigd en de nationale wetgeving van die lidstaat een dergelijke verliesverrekening toelaat. Na beëindiging van de optatie voor CCCTB door de groep vindt bij de terugkeer naar de nationale belastingregelingen op basis van art. 49 geruisloze doorschuiving van de fiscale boekwaarden vastgesteld conform de CCCTB-richtlijn plaats.²⁶⁶ De eventuele resterende verrekenbare verliezen van het CCCTB-lichaam worden op basis van art. 65 aan de hand van de verdeelsleutel op basis waarvan de resultaten aan de lidstaten van de groepsvennootschappen worden toegerekend (resultaatverdeling; zie verder hierna) in het jaar van beëindiging verdeeld.²⁶⁷ Mits een voormalige groepsvennootschap niet in een ander CCCTB-lichaam opgaat en niet zelfstandig

haalbaar is. Jansen, J.J.M., Het CCCTB-project van de Europese Commissie, MBB 2008/103, § 3.5, 3.7 en 8. Van Arendonk voegt er nog aan toe dat het hoogst ongebruikelijk is om belastingplichtigen de keuze uit meerdere heffingsmogelijkheden te bieden. Ibid, voetnoot 258.

²⁶⁵ In art. 45, 46 en 47 zijn uitzonderingen ten aanzien van vaste activa, langlopende overeenkomsten en voorzieningen gegeven ter voorkoming van grensoverschrijdende verliesoverheveling naar het CCCTB-lichaam.

²⁶⁶ Ibid, zie art. 50, 51 en 52 voor dezelfde uitzonderingen en art. 67 en 68 ter behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheden over de lidstaten.

²⁶⁷ Ditzelfde geldt conform art. 71 voor de verdeling van de verliezen na bedrijfsreorganisatie.

opteert voor de CCCTB-richtlijn, schrijven art. 53 en 66, lid 3²⁶⁸ voor dat de gealloceerde verrekenbare verliezen vervolgens de regels van het nationale belastingrecht waar de respectieve groepsvennootschappen zijn gevestigd volgen. In een geval van een voeging van een enkele groepsvennootschap is dezelfde behandeling ten aanzien van voorvoegingsverliezen van toepassing. Echter bij een ontvoeging, op het moment dat het CCCTB-lichaam verrekenbare verliezen heeft, is het conform art. 69 niet mogelijk een deel van het CCCTB-verlies aan een nadien uit het CCCTB-lichaam ontvoegde groepsvennootschap te alloceren.

5.2.3 Resultaatverdeling

De EC is de mening toegedaan dat toepassing van een verdeelsleutel een onvermijdelijke consequentie is van een consolidatiesysteem. Zij geeft hierbij de voorkeur aan een uniforme verdeelsleutel die voor ieder groepsonderdeel geldt ongeacht de lidstaat waarin een aan vennootschapsbelasting onderworpen dochtervennootschap, VI, dan wel activiteit van de CCCTB-groep gevestigd respectievelijk actief is en stelt hieraan een viertal criteria: 1) eenvoudige toepassing, 2) moeilijk te manipuleren, 3) leidend tot een eerlijke en evenwichtige verdeling en 4) niet resulterend in ongewenste belastingconcurrentie tussen de lidstaten.²⁶⁹ Aan de hand hiervan is de keuze op een verdeelsleutel gevallen die afhankelijk is van de drie resultaatgenererende factoren: arbeid, activa (aanbodzijde) en omzet (vraagzijde).²⁷⁰ De factor arbeid bestaat uit twee onderdelen: aftrekbare salariskosten en aantal werknemers welke in art. 90 en 91 nader worden toegelicht. Het hanteren van het aantal werknemers per jaareinde als onderdeel van de factor arbeid, dient te voorkomen dat de verschillen in de gemiddelde loonniveaus en arbeidsproductiviteit tot een oneerlijke verdeling leidt.²⁷¹ Voor activa geldt op grond van art. 93 en 94 de gemiddelde boekwaarde van alle materiële vaste activa, aangezien met mobiele activa (zoals voorraden en financiële en immateriële vaste activa) de verdeelsleutel eenvoudig te manipuleren is en de kosten van een jaarlijkse marktwaardebepaling van immateriële vaste activa onevenredig is.²⁷² Gelet op de eliminatie van groepstransac-

²⁶⁸ Art. 66, lid 3: ... worden de verliezen voortgewenteld en verrekend volgens het nationale vennootschapsbelastingrecht dat op hem van toepassing wordt, alsof die verliezen zijn ontstaan terwijl hij aan dat recht onderworpen was.

²⁶⁹ Commissie van de Europese Gemeenschappen, CCCTB: possible elements of the sharing mechanism, Brussel, 13 November 2007, CCCTB/WP060\doc\en, r.o. 7 en 8.

²⁷⁰ Zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, An overview of the main issues that emerged during the discussion on the mechanism for sharing the CCCTB, Brussel, 27 februari 2007, CCCTB\WP\052\doc\en waarom niet voor een verdeelsleutel op basis van een macro economische benadering, dan wel toegevoegde waarde benadering is gekozen.

²⁷¹ De Task Force betwijfelt de noodzaak van een dergelijke factor en is van mening dat de salariskosten volstaan. BusinessEurope Task Force, Comments on document CCCTB\WP\060, 7 december 2007, r.o. 26.

²⁷² Ibid, voetnoot 269, r.o. 32-34. Er is enige weerstand ten aanzien van het uitsluiten van zowel in eigen beheer ontwikkelde, waarvan de kosten overigens wel direct aftrekbaar zijn, als van derden aangekochte immateriële

ties waardoor “fiscaal erkende” interne verrekenprijzen ontbreken en de voorkoming van manipulatie is de EC van mening dat voor de allocatie van de factor omzet naar de “immobiele” eindbestemming, de (lid)staat waar de CCCTB-groep haar producten aflevert, dan wel haar diensten verricht aan een derde, conform art. 95 en 96 moet worden gekeken. Indien de eindbestemming in een (lid)staat is gelegen waarin geen CCCTB-groepsonderdeel is gevestigd, dan wel actief is, dan wordt deze omzet aan de hand van de spread throw-back regel met behulp van de andere twee factoren over alle groepsonderdelen verdeeld. Hetzelfde geldt voor een eventuele verdeling van de omzet over meer groepsonderdelen in een lidstaat. Ter voorkoming van manipulatie van de verdeelsleutel zijn in de genoemde artikelen anti-misbruikbepalingen opgenomen. Daarnaast zijn er sectorspecifieke verdeelsleutels voor de financiële sector, de verzekeringssector, de olie- en gassector en de transportsector (art. 98-101) waarvoor de uniforme verdeelsleutel geen billijke weerspiegeling van de omvang van de bedrijfsactiviteiten vormt. Hetzelfde is mogelijk voor andere specifieke ondernemingen, zodat met een beroep op de vrijwaringsclausule in art. 87 een alternatieve verdeelsleutel met alle betrokken lidstaten kan worden overeengekomen.

5.3 Beoordeling voorgestelde CCCTB-richtlijn

Op basis van de in de vorige paragraaf geschetste systematiek van resultaatbepaling en resultaatverdeling beoordeel ik de wijze van verliescompensatie, alvorens ik aan de hand van de toetsingscriteria vaststel of de voorgestelde CCCTB-richtlijn grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening binnen de EU realiseerbaar maakt.

5.3.1 Beoordeling resultaatbepaling

De voorgestelde CCCTB-richtlijn leidt in beginsel binnen concern tot effectieve en onmiddellijke éénmalige aftrek van verliezen als gevolg van de jaarlijkse consolidatiemethode. Alleen indien er in een jaar geconsolideerd gezien verlies geleden is, vindt verrekening in het navolgende winstgevend jaar plaats aangezien de richtlijn carry back niet toestaat. Doordat de verliezen ook niet over de groepsvennootschappen verdeeld worden, ontstaat er ook geen dubbele verliesverrekening als gevolg van eventuele carry back faciliteiten, hetgeen in een viertal lidstaten mogelijk is. Daarnaast is er ten aanzien van geëlimineerde intragroeptransacties waarop verlies is geleden geen verliesverrekening meer mogelijk in tegenstelling tot de huidige (niet-CCCTB-)systematiek waarbij in ieder geval over de grens geen eliminatie van

vaste activa gelet op de waardering en lokalisering ervan. Commissie van de Europese Gemeenschappen, Summary record of the meeting of the CCCTB working group: Held in Brussels on 12 December 2007, Brussel, 4 maart 2008, CCCTB/WP/63/en, r.o. 28.

intragroepstransacties plaatsvindt. Een voorbeeld hiervan is dat een Nederlandse dochtervennootschap haar vordering op een Belgische zustervenootschap heeft afgewaardeerd welke als gevolg van de consolidatieregels niet meer in het resultaat wordt opgenomen. Overigens is hierbij vanuit concernperspectief winst noch verlies geleden. Daarentegen blijft het wel mogelijk om bijvoorbeeld op intern overgedragen voorraden op basis van art. 29, lid 4 ter hoogte van de lagere marktwaarde een verlies te nemen. De rol van de verdeelsleutel is mijns inziens voor het concern in principe slechts van belang voor het toe te passen tarief, aangezien het verder niets af doet aan de totale belastinggrondslag. Een uitzondering hierop is de situatie waarbij er sprake is van een groepswinst en er groepsvennootschappen met voorvoegingsverliezen zijn. Indien de nader te beoordelen verdeelsleutel niet representatief is met hetgeen voortvloeit uit de toepassing van het territorialiteitsbeginsel en de transfer pricing modellen, kan er sprake zijn van een beperking, maar ook van een bevoordeling, in de verticale verliesverrekening ten opzichte van de huidige situatie. Hetzelfde geldt voor de allocatie bij beëindiging van het CCCTB-lichaam. Ten aanzien van voorvoegingsverliezen blijkt mijns inziens overigens uit art. 48 niet of er een herberekening van de CCCTB-winst conform de desbetreffende nationale belastinggrondslagen plaatsvindt. Met name doordat de belastinggrondslag conform de voorgestelde CCCTB-richtlijn volgens de EC breder dan de huidige door de lidstaten gehanteerde belastinggrondslag is, acht ik vanuit het oogpunt van de belastingplichtige bezien een herrekening noodzakelijk om haar voorvoegingsverliezen niet onevenredig snel te laten inlopen. Echter, gezien het feit dat er als gevolg van het loslaten van het territorialiteitsbeginsel en de transfer pricing modellen geen zuiver resultaat per groepsvennootschap is, is herrekening mijns inziens moeilijk realiseerbaar en niet kosteloos. Daarentegen voorkomt herrekening mijns inziens ook discussie tegen welk belastingtarief, het nog door de lidstaat vast te stellen CCCTB-tarief of het belastingtarief conform de huidige belastingwetgeving, de verliesverrekening dient plaats te vinden. Daarnaast is er mijns inziens geen sprake van een utopisch globaal evenwicht tussen beide belastinggrondslagen na vermenigvuldiging van het bijbehorende belastingtarief als gevolg van de resultaatverdeling met behulp van een verdeelsleutel. Derhalve kan dan niet volstaan worden met het verrekenen van de fiscale waarde van het verrekenbare verlies. Bij beëindiging van het toepassen van de CCCTB-richtlijn speelt mijns inziens hetzelfde vraagstuk ten aanzien van herrekening van de verliezen op basis van het nationale belastingregime. Echter, gelet op het verschil in belastinggrondslag is het nu voor de lidstaat zelf van belang ter voorkoming van onevenredige verliesverrekening herrekening van de verliezen toe te passen. Aangezien in twaalf van de 26 lidstaten een beperkte verliesverrekeningstermijn geldt, acht ik tevens een verdeling van

het verlies over de CCCTB-verliesjaren noodzakelijk. Alhoewel hier in de richtlijn niet op ingegaan wordt, is het mijns inziens niet onmogelijk om het gealloceerde verliezen evenredig over de betreffende verliesjaren te verdelen. Hierbij is het allicht meer consistent om de verdeelsleutel van ieder verliesjaar toe te passen in plaats van de verdeelsleutel van het jaar van beëindiging. Als gevolg van het niet toekennen van verrekenbare verliezen bij een enkele ontvoeging wordt de uittredende vennootschap benadeeld en haar lidstaat bevoordeeld, doordat de toekomstige winsten direct belast worden. Indien daarentegen een tot op heden verlieslijdende groep een jaar na voeging van een groepsvennootschap ontbonden wordt, is het afhankelijk van de resultaatverdeling in dat jaar mogelijk om tevens verliezen aan de recent gevoegde vennootschap toe te rekenen. Met name indien het een winstgevende vennootschap met een groot aandeel in de verdeelsleutel betreft, kan het voor de desbetreffende lidstaat van vestiging onevenwichtig uitpakken. In die zin is een allocatie van het groepsverlies per belastingjaar in tegenstelling tot een allocatie op basis van de verdeelsleutel van het laatste belastingjaar eveneens evenwichtiger.

15 **5.3.2 Beoordeling resultaatverdeling**

De toepassing van de voorgestelde consolidatietechniek en verdeelmechanisme kan leiden tot een onevenwichtige verdeling van de winsten en bij beëindiging van de CCCTB-optie ook voor verliezen. Immers, ongeacht of er per saldo winst of verlies door een groepsvennootschap in een bepaalde lidstaat gerealiseerd is, is het mogelijk dat het consolideerde verlies bij beëindiging respectievelijk winst bij continuering wordt gealloceerd.²⁷³ Een soortgelijke onevenwichtigheid treedt op indien een activum volledig is afgeschreven en geen fiscale boekwaarde meer heeft, maar nog steeds in het productieproces wordt ingezet.²⁷⁴ Als gevolg van de geruisloze doorschuiving van de fiscale boekwaarde kan er mijns inziens tevens door bijvoorbeeld een van de verkrijgingsprijs afgeboekte herinvesteringsreserve of versnelde afschrijving van activa ook onevenwichtigheid in de resultaatverdeling ontstaan. Waar het vanuit concernperspectief niet tot verschillen leidt, kan het tussen de lidstaten onderling leiden tot benadeling en bevoordeling ten opzichte van hetgeen voortvloeit uit de toepassing van het territorialiteitsbeginsel en de transfer pricing modellen. Tevens is er een onevenwichtige verdeling mogelijk indien elke groepsvennootschap winstgevend is. De benadering van omzet

²⁷³ De OESO geeft aan geen voorstander te zijn van een verdeelsleutel, alhoewel menig kritiekpunt aan belang heeft verloren, als gevolg van een gemeenschappelijke belastinggrondslag en een in zeventien lidstaten ingevoerde euromunt. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 22 juli 2010, § 1.C (16-32).

²⁷⁴ Zie ook Commissie van de Europese Gemeenschappen, Report and overview of the main issues that emerged during the discussion on the sharing mechanism SG6 second meeting – 11 June 2007, Brussel, 20 augustus 2007, CCCTB\WP\056\doc\en, r.o. 22.

naar eindbestemming kan bijvoorbeeld als gevolg van de eliminatie van groepstransacties ertoe leiden dat niets van de factor omzet en daarmee niets van het corresponderende deel van de CCCTB-winst aan de pure productievennootschappen wordt toegerekend. De EC is daarentegen de mening toegedaan dat dit deels ondervangen wordt door de overige factoren arbeid en activa, maar dit is mijns inziens gemaximeerd tot 66,6%.²⁷⁵ Kavelaars is van mening dat omzet naar oorsprong de voorkeur geniet ondanks de bijkomende verrekenprijspromblematiek.²⁷⁶ De EC geeft aan dat deze benadering juist te manipulatief is.²⁷⁷ Mijns inziens is het ook ondoenlijk om van de factor omzet een reële verdeelsleutel te maken, zonder daarbij een gedegen verrekenprijsmethodiek toe te passen. Ik denk bijvoorbeeld aan de situatie waar-
in de huidige winstverdeling tussen het hoofdkantoor met een waardevol intellectueel eigen-
dom, waarvan zoals hiervoor is aangegeven de gemiddelde boekwaarde niet in de factor acti-
va van de verdeelsleutel is opgenomen, in land X en de fabriek in land Y op basis van trans-
fer pricing modellen 75% resp. 25% is, terwijl dit straks op basis van de verdeelsleutel 50%-
50% kan zijn of zelfs 25%-75% indien de bestemming van de omzet elders is gelegen. Der-
halve ben ik net als de BusinessEurope Task Force on CCCTB²⁷⁸ van mening dat de factor
omzet beter buiten beschouwing kan blijven bij een door de EC vastgestelde afwezigheid van
betere alternatieven.²⁷⁹ Tot slot wil ik opmerken dat de OESO aangeeft dat de lidstaten bij de
bepaling van een verdeelsleutel hun eigen financiële en budgettaire belang nastreven.²⁸⁰

5.3.3 *Toetsing aan criteria*

Mits er geconsolideerd in een jaar geen verlies geleden is, leidt de voorgestelde CCCTB-
richtlijn in beginsel binnen concern tot effectieve en onmiddellijke éénmalige aftrek van ver-
liezen. Ondanks dat er geen mogelijkheid tot carry back is, is dankzij een onbeperkte verlies-
verrekeningstermijn verliesverdamping in principe slechts bij liquidatie mogelijk. Daarnaast
zijn eventuele voorvoegingsverliezen nog steeds verrekenbaar met op grond van de CCCTB-
richtlijn aan de lidstaat waar de desbetreffende groepsvennootschap is gevestigd gealloceerde

²⁷⁵ Ibid, voetnoot 269, r.o. 47.

²⁷⁶ Kavelaars, P., Naar een Europese winstgrondslag (deel 1), WFR 2008/1184, § 4.2.3.

²⁷⁷ Ibid, voetnoot 269, r.o. 45. Mijns inziens is omzet juist een resultante van de inzet van activa en arbeid. Immers als volgens de EC omzet de vraagzijde vertegenwoordigt, dan is dat gezien vanuit de verkoper naar mijn mening een verdienste van de marketingafdeling en kan eveneens bestaan uit arbeid en activa.

²⁷⁸ Vanwege het gevaar van factorshifting draagt de factor omzet niet bij aan een evenwichtige verdeling. BusinessEurope Task Force, Comments on document CCCTB\WP\060, 7 december 2007.

²⁷⁹ Ibid, voetnoot 270. Daarentegen zijn Tilstra en Van der Torre voorstander van een verdeelsleutel met meerdere factoren in het belang van eenparigheid van stemmen te krijgen. Tilstra, J.W., en Torre, van der, M.J., De verdeelsleutel van de CCCTB, MBB 2008/411, § 3.2. In aanvulling hierop, door juist niet de factor omzet mee te nemen in de verdeelsleutel is het mijns inziens ook eerder mogelijk om een meer uniforme verdeelsleutel toe te passen. Immers voor de financiële dienstverlening en voor de fossiele brandstofsector kan dan ook volstaan worden met de factoren arbeid en kapitaal.

²⁸⁰ Ibid, voetnoot 273, §1.C (21-23).

winst, mits de nationale wetgeving van die lidstaat een dergelijke verliesverrekening toelaat. Evenals bij een terugkeer naar de nationale wetgeving door de groepsvennootschap is het als gevolg van een verschillende belastinggrondslag van belang om bij voorwaartse verliesverrekening herrekening in ogenschouw nemen. Tot slot: de eliminatie van intragroeptransacties leidt in specifieke situaties wel tot een beperking van verliesverrekening. Aangezien na consolidatie het resultaat vanuit concernperspectief zuiverder vastgesteld is, acht ik dit geen belemmering.

Gelet op het uniforme karakter van de oplossingsrichting acht ik het in beginsel niet discriminatoir, dan wel beperkend en daarmee niet in strijd met het EU-recht. Gezien de voorgestelde CCCTB-richtlijn streeft de EC ernaar om eveneens de ruimte voor misbruik te voorkomen. Hoewel de risico's omtrent renteaftrek, sfeerovergangen en met art. 15ai Wet VPB 1969 vergelijkbare vervreemdingen²⁸¹ voor enkele lidstaten niet onbekend zijn, zijn de risico's van manipulatie van de verdeelsleutel dat wel aangezien een dergelijke resultaatverdeling in de lidstaten niet voor komt. Daar komt mijns inziens bij dat de huidige nationale belastingwetgevingen ook tot misbruik, dan wel fiscale planning, in de zin van dubbele aftrek van verliezen, kunnen leiden. Bijvoorbeeld, indien een in Nederland gevestigde BV een minderheidsbelang van 24% houdt in een in een CCCTB-groep gevoegde deelneming welke nadien geliquideerd wordt, zijn de aan die deelneming toe te rekenen verliezen immers niet alleen voor 100% verrekenbaar binnen de CCCTB-groep, maar eveneens voor 24% met behulp van de Nederlandse liquidatieregeling, ervan uitgaande dat 24% van het geleden verlies gelijk is aan het opgeofferde bedrag.

Als gevolg van de onevenwichtige resultaatverdeling over de lidstaten door de voorgestelde consolidatietechniek en verdeelmechanisme kom ik tot de conclusie dat niet wordt gegarandeerd dat de resultaten daar worden belast waar ze nu op basis van het territorialiteitsbeginsel en de transfer pricing modellen worden belast. De onevenwichtige verdeling en de onzekere financiële impact per lidstaat dragen mijns inziens niet bij aan de op grond van art. 115 VwEU benodigde eenparigheid van stemmen door de lidstaten voor de CCCTB-richtlijn.²⁸² De Nederlandse overheid vindt het voorstel onacceptabel gelet op de afname in de opbrengst van de vennootschapsbelasting als gevolg van de voorgestelde verdeelsleutel, de ongeveer

²⁸¹ Zie hoofdstuk XII-XIV van de CCCTB-richtlijn.

²⁸² Commissie van de Europese Gemeenschappen, Naar een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB): balans en vooruitblik, Brussel, 5 april 2006, COM(2006) 157 definitief.

1,67% afname van het BBP, de afname in het investeringsniveau en de verwachte toename in de overheidskosten en plaatst tevens vraagtekens bij de uniformering van het formele uitvoeringsbeleid.²⁸³ Nederland staat niet als enige lidstaat sceptisch tegenover de voorgestelde CCCTB-richtlijn.²⁸⁴ Daarentegen heeft het bedrijfsleven aangegeven het voorstel te ondersteunen,²⁸⁵ maar dat is mijns inziens niet verwonderlijk zolang het voor hen facultatief is. Zij kunnen tenslotte rekening houdend met hun beleid inschatten of het fiscaal voordeliger is voordat zij er daadwerkelijk voor opteren. In die zin blijven economische beslissingen nog steeds als gevolg van ‘cherry-picking’ uit de verschillende belastingwetgevingen beïnvloedbaar en neemt dat door de introductie van dit 28^{ste} belastingstelsel mijns inziens juist toe.

10 Derhalve deel ik de mening van het EP dat een verplichte toepassing van de CCCTB-richtlijn dient te worden nagestreefd.²⁸⁶

5.3.4 Conclusie

Aan de hand van de vier toetsingscriteria kom ik tot de conclusie dat de CCCTB-richtlijn vanuit concernperspectief een geschikt middel is om grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening te realiseren. Slechts bij een geconsolideerd groepsverlies is effectieve en onmiddellijke verliesverrekening niet mogelijk. Echter, ik acht het voorstel niet realiseerbaar nu de lidstaten wordt gevraagd een deel van hun belastingsoevereiniteit in te leveren in ruil voor een onevenwichtige verdeling van het CCCTB-resultaat, waarvan de financiële impact voor iedere lidstaat onzeker is. Immers de voorgestelde consolidatietechniek in combinatie met het verdeelmechanisme garandeert niet dat de resultaten daar worden belast waar ze nu op basis van het territorialiteitsbeginsel en de transfer pricing modellen worden belast. Alhoewel een Europese daling van 2,7% (waaronder Nederland 2,2% daling) in de belastinggrondslag na invoering van een facultatieve CCCTB gelet op de grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening allicht nog beperkt te noemen is, gaat dit niet op voor iedere lid-

²⁸³ Kamerstukken II, 2010/11, 32 728, nr. 2. Het kabinet had eerder al aangegeven voorstander van het onderzoek te zijn en dat zij bij het innemen van haar standpunt rekening houdt met afspraken omtrent minimumtarieven en/of een bandbreedte. Verslag van een schriftelijk overleg, Kamerstukken I 2007/08, 22 112, BH Herdruk, blz. 5-6, en <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2008/07/21/harmonisatie-vennootschapsbelasting.html>, 1 maart 2011.

²⁸⁴ Duitsland prefereert een verplicht stelsel zonder verdeelsleutel. Het Verenigd Koninkrijk en Ierland zijn tegen en Polen, Malta, Bulgarije en Zweden hebben hun bedenkingen geuit. PWC, CCCTB dead or alive?, the latest developments, May 2011.

²⁸⁵ Kavelaars, P., Naar een Europese winstgrondslag (deel 1), WFR 2008/1184, § 2.

²⁸⁶ Ibid, voetnoot 256. Zie ook Staatssecretaris van Financiën, Brief richtlijn voorstel COM(2011)121, 4 juli 2011, AFP/2011/300 U, pag. 3. Tevens heeft Nederland een gele-kaart procedure ingesteld en het verzoek de voorgestelde CCCTB-richtlijn te heroverwegen omdat het in haar ogen niet voldoet aan het subsidiariteits- en proportionaliteitsbeginsel. Staatssecretaris van Financiën, Brief, Den Haag, 1 juli 2007, 21501-07, nr. 815.

staat afzonderlijk. Derhalve kom ik tot de conclusie dat het voorstel van de EC op dit moment niet realiseerbaar is en door haar dient te worden herzien.

5.4 Alternatieve oplossingsrichtingen

Het meest optimale alternatief is allicht een Europese belastingdienst die het bedrijfsleven belast op basis van een Europees belastingstelsel met een uniform belastingtarief waardoor het mogelijk is om de interne verrekenprijsproblematiek te elimineren en een optimale interne markt te realiseren.²⁸⁷ Dankzij deze belastinggelden hoeft Brussel haar hand niet meer op te houden en wellicht kan zij dan meer nationale georganiseerde zaken op Europees niveau uitvoeren. Tevens is het mogelijk dat de lidstaten aan de hand van enkele factoren zoals arbeid en activa nog een deel van de Europese belastingopbrengst als state tax ontvangen ter compensatie van de aan het bedrijfsleven beschikbaar gestelde faciliteiten. Gelet op de huidige weerstand van enkele lidstaten ten aanzien van de CCCTB om belastingsoevereiniteit in te leveren is dat mijns inziens nu een brug te ver. Immers, zoals Stevens ook aangeeft, zijn de directe belastingen een nationale aangelegenheid.²⁸⁸ Derhalve bespreek en beoordeel ik achtereenvolgens de verliescompensatiesystematiek van de meergenoemde voorgestelde oplossingsrichtingen genaamd; ETAS, HST, inhaalregeling (verliesmededeling) en negatieve aanslag.

5.4.1 European Tax Allocation System

Het ETAS is bedacht door Hernler, die een Europese vennootschapsbelastingregeling een te grote stap vindt.²⁸⁹ Hij stelt een concern verliesverrekeningsregeling voor waarbij iedere lidstaat haar belastingregime inclusief de voorkomings- en de verliesverrekeningsregeling voortzet. Hierdoor verandert er niets voor de dochtervennootschappen. Daarentegen wordt de Europese top moedervennootschap naast haar eigen lokale belastinggrondslag ook belast over belastbare inkomsten van haar dochtervennootschappen, welke overigens niet conform het belastingregime van de moedervennootschap worden omgerekend, tegen het vennootschapsbelastingtarief van de lidstaat waarin de moedervennootschap is gevestigd. Door middel van consolidatie vindt er bij de moedervennootschap verliesverrekening plaats en wordt haar ETAS-belastinggrondslag vastgesteld. De door de moedervennootschap verschuldigde

²⁸⁷ Ibid, voetnoot 263. Uit het onderzoeksrapport van het Tinbergen Instituut blijkt alleen dat het BBP met 0,15% toeneemt en het de Ierse werkgelegenheid negatief beïnvloedt en niet die van de overige lidstaten, maar vooralsnog is onduidelijk wat de te verwachten algehele impact is per lidstaat.

²⁸⁸ Stevens, L.G.M., EU-harmonisatie vennootschapsbelasting steeds urgenter, Financieel Dagblad, 26 mei 2011.

²⁸⁹ Hernler, M.J., European Taxation: European Tax Allocation System (ETAS): A Proposal for a Consolidated European Tax System, IBFD, Amsterdam, 2004, vol. 44, deel 5, § 1.

vennootschapsbelasting wordt vervolgens verminderd met de door de dochtervennootschappen in hetzelfde belastingjaar betaalde vennootschapsbelasting, EU Tax Credit genaamd, en eventuele nog te verrekenen vennootschapsbelasting betaald in voorgaande jaren, EU Tax Credit Carry Forward genaamd. Resteert er een positief saldo dan dient de moedervennootschap vennootschapsbelasting aan haar lidstaat te betalen. Een negatief saldo betekent dat er te veel vennootschapsbelasting is geheven. Deze EU Tax Credit Carry Forward kan het komende belastingjaar met de te betalen vennootschapsbelasting van de dochtervennootschappen worden verrekend.²⁹⁰ Hetgeen nadien resteert, kan met de door de moedervennootschap verschuldigde vennootschapsbelasting worden verrekend, dan wel in de volgende belastingjaren op dezelfde wijze worden verrekend. Ten aanzien van de verliesverrekening geldt dat voorvoegingsverliezen van de dochtervennootschappen voor de toepassing van de ETAS niet verrekenbaar zijn.²⁹¹ Echter, dit geldt niet voor de moedervennootschap, omdat zij niet uitgesloten kan worden van ETAS-deelname en belast wordt over de ETAS-belastinggrondslag. De door de dochtervennootschappen ten tijde van de ETAS-periode geleden verliezen zijn zowel verticaal verrekenbaar in de eigen lidstaat als horizontaal door de moedervennootschap. Om dubbele verrekening te voorkomen wordt de nadien verschuldigde vennootschapsbelasting de komende vier jaar niet met EU Tax Credits verrekend.²⁹² Overigens vindt een dergelijke inhaal alleen plaats indien er bij de dochtervennootschap daadwerkelijk verticale verliesverrekening plaatsvindt. Hiervan is geen sprake indien er geen, dan wel beperkte lokale verliesverrekening geldt. Indien de totale ETAS-belastinggrondslag negatief is dan worden daarvoor de verrekeningsregels van de lidstaat van de moedervennootschap toegepast.²⁹³

Mijns inziens is het grootste bezwaar van de ETAS dat verschillende grondslagen uiteindelijk na belastingverrekening tegen één tarief worden belast waardoor het verband tussen beide zoek is. Dit is mijns inziens met name onhaalbaar indien een lidstaat van de moedervennootschap een lager belastingtarief heeft ten opzichte van de lidstaten van de dochtervennootschappen. Daarnaast is grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening met behulp

²⁹⁰ De ETAS-groep is vrij in haar keuze welke dochtervennootschappen de verrekening krijgt toegewezen, maar dient wel de volledige verschuldigde vennootschapsbelasting te verrekenen anders dient de verrekening bij één dochtervennootschap plaats te vinden.

²⁹¹ Eventuele nadelige effecten van de toepassing van de ETAS kunnen volgens Hernler voorkomen worden door de optatie voor ETAS uit te stellen totdat alle verliezen zijn verrekend.

²⁹² Overigens wordt in het bijgesloten voorbeeld duidelijk dat het eerder afgetrokken verlies wordt ingehaald door de verticale verliesverrekening te negeren bij de bepaling van de ETAS-belastinggrondslag.

²⁹³ Hernler, M.J., *European Taxation: European Tax Allocation System (ETAS): A Proposal for a Consolidated European Tax System*, IBFD, Amsterdam, 2004, vol. 44, deel 5, blz. 246-249, §2-5.

van de ETAS slechts bij de moedervernootschap, mits zij in hetzelfde jaar winst heeft gemaakt, mogelijk en niet bij de winstgevende dochtervernootschap indien zij een verlieslijdende kleindochtervernootschap houdt. Verliesverrekening op het niveau van de winstgevende dochtervernootschap is slechts horizontaal mogelijk indien de lidstaat van de dochtervernootschap een verrekeningsstelsel ten aanzien van resultaten uit deelnemingen hanteert 5 waardoor in een dergelijke situatie met de ETAS dubbele belastingverrekening kan ontstaan. Een jaar later is verticale verrekening mogelijk afhankelijk van het belastingregime waar de dochtervernootschap ondervalt, maar ook met een EU Tax Credit Carry Forward indien er dan een winstgevende dochtervernootschap is. Gezien het feit dat op de laatste mogelijkheid 10 een vrije keuze rust, wordt doorgaans de lidstaat met het hoogste belastingtarief en een winstgevende dochtervernootschap benadeeld. Derhalve kom ik tot de conclusie dat de ETAS geen geschikte Europese oplossingsrichting is vanwege met name de beperkte horizontale verliesverrekeningsmogelijkheden op het niveau van de moedervernootschap en de wijze van belastingverrekening waarbij het verband tussen de belastinggrondslag en de belastingtarieven wordt losgelaten. 15

5.4.2 Home State Taxation

Het van de Stockholm Group afkomstige idee van HST²⁹⁴, welke later door de leden Sven-Olof Lodin & Malcolm Gammie²⁹⁵ tot een conceptvoorstel is ontwikkeld, is dat de belastinggrondslag van de Europese moedervernootschap door alle Europese dochtervernootschappen 20 wordt toegepast. Horizontale verliesverrekening vindt plaats als gevolg van consolidatie van alle belastinggrondslagen. Deze grondslag wordt vervolgens door middel van een verdeelsleutel, welke de betrokken lidstaten bilateraal, dan wel multilateraal overeen dienen te komen, over de betrokken groepsvernootschappen verdeeld. In tegenstelling tot de CCCTB vindt er ook bij een geconsolideerd verlies verdeling over de groepsvernootschappen plaats 25 waarna verticale verliesverrekening conform de lokale belastingregimes plaatsvindt. Afhankelijk van het belastingregime van de moedervernootschap dient er conform het at-arm's-length-beginsel onderling te worden gehandeld, hetgeen niet binnen de HST-groep geldt.

Verticale verliesverrekening vindt aan de hand van het lokale belastingregime plaats, hetgeen 30 mijns inziens de uniformering niet ten goede komt en kan als gevolg van beperkingen in de

²⁹⁴ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Op zoek naar oplossingen voor de obstakels op het gebied van de vennootschapsbelasting waarmee het MKB op de interne markt wordt geconfronteerd – hoofdlijnen van een mogelijke proef met belastingheffing volgens de regels van de thuisstaat, Brussel, COM(2005) 702 def.

²⁹⁵ Lodin, S.O., en Gammie, M., Home State Taxation, Tax treaty aspects, IBFD, Amsterdam, 2001. Daarnaast zijn zij van mening dat de belastingstelsels tussen de deelnemende lidstaten naar elkaar zullen groeien.

verrekeningstermijn tot dubbele belasting leiden. Voorvoegingsverliezen zijn gebaseerd op het nationale belastingregime en niet op het regime van de thuisstaat van de moedervenootschap waardoor evenals bij de CCCTB herrekening noodzakelijk zal zijn. Hetzelfde geldt bij beëindiging van HST. Aangezien de regeling slechts de vaststelling van het resultaat, ongeacht of het winst of verlies is, per groepsvennootschap van het lopende boekjaar betreft, is de lidstaat vrij om carry back toe te passen. Doordat het aan de dochtervennootschap toegekende resultaat gebaseerd is op de belastinggrondslag van haar grootmoedervenootschap is er geen globaal evenwicht met de in haar lidstaat geldende nationale belastingtarief. Dit leidt mijns inziens tevens tot een minder uniforme en transparante belastingheffing tussen de belastingplichtigen van de desbetreffende lidstaat. Daarnaast dient de overeengekomen verdeelsleutel dermate universeel te zijn om eveneens veranderingen in de tijd te representeren ter voorkoming dat de lidstaten hun onderlinge vastgestelde verdeelsleutel geregeld dienen te herzien. De genoemde nadelen van de verdeelsleutel, welke ik al in de vorige paragraaf besproken heb, zijn bij een HST ten opzichte van een CCCTB groter, doordat ook het in een jaar geleden fiscale verlies over de groepsvennootschappen wordt verdeeld. Een dynamische verdeelsleutel, bijvoorbeeld als gevolg van een veranderende marktomstandigheden, kan in casu leiden tot uitstel van verticale verliesverrekening in plaats van dat er eerst optimale verticale verliesverrekening op geconsolideerd niveau plaatsvindt. Derhalve kom ik tot de conclusie dat de HST als gevolg van een onevenwichtige verdeling door toepassing van de verdeelsleutel en vanwege een minder uniforme en transparante belastingheffing binnen een lidstaat geen geschikt alternatief is.²⁹⁶

5.4.3 Inhaalregeling (verliesmededeling)

In 2006 heeft de EC er met behulp van de verliesmededeling²⁹⁷ bij de lidstaten op aangedrongen om een grensoverschrijdende groepsregeling welke conform EU-recht is in te voe-

²⁹⁶ De EC heeft eind 2005 al een vijfjarig proefproject voor midden- en kleinbedrijven gestart. Ibid, voetnoot 294 en Commissie van de Europese Gemeenschappen, Een interne markt zonder belemmeringen op het gebied van de vennootschapsbelasting – Verwezenlijkingen, lopende initiatieven en resterende uitdagingen, Brussel, 24 november 2003, COM(2003) 726 definitief. Ondanks dat de belanghebbenden bereid zijn om hieraan mee te werken en de midden- en kleinbedrijven volgens het EC veel groeipotentie hebben, blijkt uit latere correspondentie van de EC niet of hier daadwerkelijk voor wordt geopteerd. Kavelaars stelt dat het HST momenteel geen (zichtbare) belangstelling van de EC heeft. Kavelaars, P., Naar een Europese winstgrondslag (deel 1), WFR 2008/1184, voetnoot 11.

²⁹⁷ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties, Brussel, 19 december 2006, COM(2006) 824 def. Overigens is de eerder voorgestelde verliesverrekeningsrichtlijn, Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de verliezen van hun in andere lidstaten gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen, Brussel, 24 januari 1991, COM(1990) 595 definitief, verworpen. Zie daarvoor Commissie van de Europese Gemeenschappen, Naar een interne markt zonder belas-

ren, aangezien dit onvermijdelijk is om de verstorende effecten ten aanzien van de keuze van rechtsvorm, cashflownadelen en economische dubbele belasting te voorkomen. Ondanks dat zij toen al voornemens was om op de lange termijn de alomvattende CCCTB-regeling voor te stellen, acht zij het noodzakelijk dat op de korte termijn, mede gelet op het M&S-arrest, de meest dringende problemen, zoals discriminatie, dubbele belasting, hoge nalevingskosten en misbruik, door middel van betere coördinatie tussen de nationale belastingstelsels worden opgelost.²⁹⁸ Aangezien de meergenoemde inhaalregeling doorgaans wel voor VI's²⁹⁹ en niet voor dochtervennootschappen toegestaan wordt, heeft zij derhalve een drietal inhaalregelingen voor dochtervennootschappen voorgesteld waarbij geen, beperkte of onbeperkte inhaal- mogelijkheden aan de moedervennootschap worden toegekend. Met de inhaalregeling is een effectieve en onmiddellijke eenmalige verrekening van het verlies van de dochtervennootschap bij de winstgevende moedervennootschap mogelijk, echter niet vice versa of tussen zustervennootschappen. Indien de dochtervennootschap binnen de gestelde inhaaltermijn voldoende winst geniet, leidt een eerdere horizontale verrekening bij de moedervennootschap niet tot een definitieve verliesverschuiving tussen lidstaten. Definitieve verschuiving is echter wel het geval indien er geen inhaal, eventueel binnen een gestelde termijn, van verliezen is toegestaan en de dochtervennootschap nadien winst geniet. Derhalve acht de EC in casu een verrekeningsmechanisme tussen lidstaten noodzakelijk.

Gelet op mijn voorgaande analyse ten aanzien van de Nederlandse fiscale eenheidsregeling ben ik van mening dat een onbeperkte inhaalregeling rekening houdend met de lokale verticale verliesverrekeningstermijn op nationaal niveau soelaas kan bieden. Dit doet mijns inziens het meeste recht aan een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en het genuanceerde altijd-ergens-beginsel. Immers het voorkomt dubbele belasting als gevolg van beperkte verliesverrekening bij de dochtervennootschap. Echter, in casu kan op grond van het meergenoemde KR Wannsee-arrest worden gesteld dat er sprake is van een dispariteit waarvoor de lidstaat van de moedervennootschap niet hoeft te worden benadeeld. De EC geeft aan dat een onbeperkte inhaalregeling gepaard gaat met hogere nalevingskosten doordat de resultaten van de dochtervennootschappen naar de belastingregels van de moedervennootschap

tingbelemmeringen. Een strategie voor het verschaffen van een geconsolideerde heffingsgrondslag aan onderneming voor de VPB op hun activiteiten in de gehele EU, Brussel, 23 oktober 2001, COM(2001) 582 def.

²⁹⁸ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Coördinatie van de directe belastingstelsels van de lidstaten op de interne markt, Brussel, 19 december 2006, COM(2006) 823 definitief, § 1.

²⁹⁹ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Tax Treatment of Losses in Cross-Border Situations; Technical Annexes, Brussel, 19 december 2006, SEC(2006) 1690 definitief, Annex III.

dienen te worden herberekend.³⁰⁰ Echter, zoals ik in par. 4.6 al aangegeven heb, is dit mijns inziens inherent aan de inhaalregeling evenals dat anti-misbruikbepalingen bijvoorbeeld bij vervreemding van een deelneming noodzakelijk zijn. Naar mijn mening is het grootste nadeel dat de inhaalregeling slechts bottom-up werkt en niet top-down. Indien de moedervernoot-
5 schap verlies heeft geleden en de dochtervennootschap winst, biedt de inhaalregeling geen soelaas. Hetzelfde geldt voor verrekening tussen zustervernootschappen onderling. Ik kom tot de conclusie dat grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening met behulp van een inhaalregeling, ongeacht de termijn, voor een concern slechts bij een winstgevende moeder-
10 vennootschap mogelijk is en gepaard gaat met herberekeningskosten ten aanzien van het vaststellen van de belastinggrondslag conform de wetgeving van de lidstaat van de moeder-
vennootschap. Derhalve is de inhaalregeling an sich geen geschikte oplossingsrichting on-
danks dat het mijns inziens wel conform EU-recht is.

5.4.4 Negatieve aanslag

Kemmeren is van mening dat op basis van het oorspronglandbeginsel³⁰¹ het niet gerechtvaardigd is dat verliezen in een andere staat verrekend worden, aangezien de onderneming in dat
15 geval niet bijdraagt aan de overheidsuitgaven van de staat in de mate waarin zij van die staat heeft geprofiteerd om vermogen te verwerven.³⁰² Derhalve is hij van mening dat de bronstaat het geleden verlies van de onderneming door middel van een negatieve aanslag dient te ver-
rekenen. Doordat de EU-belastingdiensten direct de fiscale waarde van het geleden verlies
20 uitbetalen, zijn daarmee direct alle fiscale verliesverrekeningsregelingen en bijbehorende vraagstukken overbodig respectievelijk opgelost. Dankzij het opheffen van de asymmetrie in de fiscale behandeling van winsten en verliezen wordt het ook aantrekkelijker om te investe-
ren in zowel nieuwe als bestaande activiteiten. Het leidt immers tot effectieve en onmiddellij-
ke éénmalige aftrek van verliezen ongeacht of er sprake is van een groep. In die zin sluit
25 het ten aanzien van verliesverrekening naadloos aan op de EU 2020-strategie. Ondanks dat er geen gevaar is van misbruik dankzij directe verliesverrekening, speelt er voor de lidstaten wel het gevaar dat een onderneming haar zetel verplaatst naar een land met een significant
lager effectief tarief bijvoorbeeld na een verliesgevende edoch geslaagde onderzoeks- en
ontwikkelingsperiode. Echter, naast een eventuele exitheffing is dit mijns inziens beperkt bij

³⁰⁰ Ibid, voetnoot 297, COM(2006) 824 def., § 3.4.

³⁰¹ Zoals Kemmeren het zelf definieert: het oorspronglandbeginsel rechtvaardigt de toedeling van belastingjurisdictie aan een staat op grond van het feit dat het inkomen binnen het territoir van een staat is gecreëerd, dat wil zeggen de oorzaak van het inkomen binnen het territoir van die staat is gelegen. Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening, WFR 2006/211, § 8.

³⁰² Kemmeren, E.C.C.M., Maak van negatief effectief positief, WFR 2009/433, § 2.

een Europese invoering, aangezien verschillen in het belastingtarief ook de verschillen in de faciliteiten tussen lidstaten representeren.³⁰³ Derhalve leidt de regeling naar mijn mening tot minimale verstoringen in de interne markt mede doordat de ondernemer niet beperkt wordt in zijn keuze tussen het investeren in zijn eigen lidstaat of in een andere lidstaat.

5

Alhoewel een negatieve aanslag effectieve en onmiddellijke verliesverrekening mogelijk maakt, is het budgettaire effect ook hier van doorslaggevend belang. Uit de memorie van toelichting bij “Werken aan winst” blijkt bijvoorbeeld dat het budgettaire effect van het verkorten van de verliesverrekeningstermijn € 745 miljoen is.³⁰⁴ In feite vertegenwoordigt dit bedrag de belastingbesparing van de overheid doordat verliezen niet meer onbeperkt verrekenbaar worden, hetgeen met een negatieve aanslag direct wordt teruggedraaid. Echter, voor de daadwerkelijke impact is het van belang om nader onderzoek te doen naar de verwachte verliezen die nooit worden ingelopen en wat het cashflownadeel is als gevolg van eerdere verrekening. Bijkomend nadeel is dat de belastingopbrengsten gevoeliger worden voor de conjuncturele schommelingen. Aan de andere kant verwacht ik wel dat de uitvoeringskosten voor zowel de overheid als het bedrijfsleven dalen, aangezien een aantal VPB-bepalingen verdwijnt zoals ten aanzien van de liquidatieverliezen, inhaal- en omzettingsregeling en horizontale en verticale verliesverrekening. Een algehele impactanalyse acht ik dan ook noodzakelijk om een gedegen oordeel te kunnen vellen. Derhalve kom ik tot de conclusie dat indien de voordelen van het vervallen van enkele verliesverrekeningsregelingen en de toename in de ondernemingsactiviteiten opwegen tegen het cashflownadeel ten gevolge van eerdere verliesverrekening en de vergroting van verrekende verliezen welke anders nooit worden ingelopen, een Europese invoering van een negatieve aanslag een interessante oplossingsrichting is. Tot slot wil ik hierbij opmerken dat een verlies in de belastingopbrengst voor de lidstaten allicht eerder acceptabel is nu het te compenseren verlies ook op het eigen grondgebied is geleden en niet uit een andere lidstaat afkomstig is.

10

15

20

25

5.5 Herziening concept CCCTB-richtlijn

30

Alhoewel het streven van de EC is om in 2013 met de lidstaten tot een geheel CCCTB-akkoord te komen dat twee à drie jaar later ingevoerd kan worden, verwacht ik, gelet op de eerdergenoemde fiscaalinhoudelijke discussiepunten en politieke vraagstukken, dat dit met een minder vooruitstrevend voorstel inderdaad realiseerbaar is. Immers in vergelijking met Canada

³⁰³ Jacobs, B., De prijs van gelijkheid, Eerste officiële versie, Amsterdam, 2008, § 7, blz. 128.

³⁰⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3, § 8, tabel 4. Achterwaartse verliesverrekening van drie naar één jaar en voorwaartse verliesverrekening van onbeperkt naar negen jaar.

en de Verenigde Staten, die ook een soortgelijke verdeelsleutel toepassen, dient de EC te onderhandelen met 27 lidstaten die niet zomaar hun belastingsovereiniteit prijsgeven. In deze paragraaf wil ik derhalve aan de hand van de kritiekpunten en de besproken alternatieve oplossingsrichtingen tot een ten aanzien van de verliescompensatie herzien concept CCCTB-richtlijn

5 komen.

5.5.1 Oplossingen voor kritiekpunten

Gelet op de in de derde paragraaf besproken kritiekpunten blijkt dat een facultatieve CCCTB-richtlijn met de voorgestelde consolidatietechniek en verdeelmechanisme tot ontevredenheid van enkele lidstaten leidt. De onevenwichtige verdeling en de financiële impact zijn voor hen onacceptabel. Het is een uitdaging gebleken om een acceptabele uniforme verdeelsleutel vast te stellen, waarbij een onevenwichtige verdeling als gevolg van het verrekenen van plaatselijk geleden verliezen wordt voorkomen. Dit is mijns inziens alleen mogelijk door hetgeen voortvloeit uit de toepassing van het territorialiteitsbeginsel en de transfer pricing modellen te eerbiedigen, aangezien de resultaatallocatie anders de economische werkelijkheid niet representeert. Een CCCTB zonder consolidatietechniek en verdeelmechanisme wordt een Common Corporate Tax Base genoemd. Hierbij wordt iedere vennootschap van een concern individueel belast conform een Europese belastinggrondslag. Derhalve ben ik van mening dat een CCTB gelet op de realiseerbaarheid van enige Europese uniformering de voorkeur geniet. Met het toepassen van een CCTB worden mijns inziens de belangrijkste nadelen, die de lidstaten ervan weerhouden de CCCTB te accepteren, voorkomen. Daarentegen worden tevens de grootste voordelen van de CCCTB, het creëren van grensoverschrijdende verliesverrekening en het grotendeels opheffen van de interne verrekeningsproblematiek, te niet gedaan. Volgens de EC dienen dergelijke belastingverstoringen op de economische beslissingen te worden voorkomen ter verbetering van de interne markt.³⁰⁵ Echter, gelet op de besproken alternatieve oplossingsrichtingen is het mijns inziens niet noodzakelijk om de grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening ook een volledig halt toe te roepen. Immers de in de vorige paragraaf beoordeelde negatieve aanslag leidt tot de meest optimale effectieve en onmiddellijke éénmalige aftrek van verliezen. Dit is alleen realiseerbaar indien de voordelen van het vervallen van enkele verliesverrekeningsregelingen, de toename in de ondernemingsactiviteiten en een daling in de uitvoeringskosten voor de lidstaten opwegen tegen het cashflownadeel ten gevolge van eerdere verliesverrekening en de vergroting van

³⁰⁵ Aan de andere kant, het hanteren van een verdeelsleutel mag gelet op de criteria van de EC ook geen dergelijke verstoring op het optimaal functioneren van de interne markt hebben.

het totale verrekenende verlies. Gelet op verliescompensatie lijkt een invoering van de CCTB dan niet noodzakelijk. Echter, uitgaande van een volledige Europese invoering kan bijvoorbeeld een verrekeningsregeling ten aanzien van de resultaten uit deelnemingen tot dubbele verliesverrekening binnen de interne markt leiden. Derhalve acht ik een negatieve aanslag in combinatie met enige uniformiteit ten aanzien van de belastinggrondslag noodzakelijk. Alhoewel mijns inziens een negatieve aanslag gelet op het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten optimaal is, acht ik gelet op de onzekerheid ten aanzien van de realiseerbaarheid een CCTB in combinatie met inhaalregeling allicht meer realistisch en ook vanuit EU-recht verdedigbaar. Hierna licht ik de werking van de door mij beoogde verliescompensatieregeling en mijn standpunt toe.

5.5.2 CCTB met grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening

Bij een CCTB zijn in alle lidstaten de belastinggrondslagen gelijk, maar behouden de lidstaten het recht hun belastingtarief vast te stellen. Ditzelfde geldt bij een CCCTB en HST. Echter, de voorgestelde consolidatietechniek en verdeelmechanisme leiden tot een onacceptabele onevenwichtige verdeling voor enkele lidstaten. De ETAS biedt in die zin enige soelaas, maar dan is horizontale verliesverrekening slechts bij de Europese top moedervernootschap realiseerbaar. Daarentegen biedt een inhaalregeling wel de mogelijkheid dat binnen concern op ieder aandeelhoudersniveau de verliezen van de dochtervernootschap met winsten van haar moedervernootschap kan worden verrekend. Met de inhaalregeling is een effectieve en onmiddellijke eenmalige verrekening van het verlies van de dochtervernootschap bij de winstgevende moedervernootschap mogelijk, echter niet vice versa en niet tussen zustervernootschappen onderling. Indien de dochtervernootschap in het navolgende jaar winst maakt, verrekent zij doorgaans, afhankelijk van het belastingrecht waaraan zij onderworpen is, dit resultaat met haar eerder geleden verliezen. In een situatie waarbij het verlies en de winst van de dochtervernootschap beide € 1.000 bedraagt, vindt er dan per saldo geen belastingheffing bij haar plaats. Er van uitgaande dat het verlies van de dochtervernootschap horizontaal bij de moedervernootschap verrekend is, wordt de winst van de dochtervernootschap bij de moedervernootschap belast. Hierdoor heeft de lidstaat van de moedervernootschap in casu slechts cashflownadeel, doordat de belastingheffing van € 1.000 een jaar later plaatsvindt. Zie onderstaand overzicht waarbij het toegepaste belastingtarief 25% is:

	<i>Zonder inhaalregeling</i>			<i>Met inhaalregeling</i>			
<i>Resultaat</i>	<i>2010</i>	<i>2011</i>	<i>Totaal</i>	<i>Resultaat</i>	<i>2010</i>	<i>2011</i>	<i>Totaal</i>
<i>Moeder (NL)</i>	2.000	2.000	4.000	<i>Moeder (NL)</i>	2.000	2.000	4.000
<i>Dochter (D)</i>	1.000-	1.000	-	<i>Dochter (D)</i>	1.000-	1.000	-
<i>Concern</i>	1.000	3.000	4.000	<i>Concern</i>	1.000	3.000	4.000
<i>Belasting</i>				<i>Belasting</i>			
<i>Moeder (NL)</i>	500	500	1.000	<i>Moeder (NL)</i>	250	750	1.000
<i>Dochter (D)</i>	-	-	-	<i>Dochter (D)</i>	-	-	-
<i>Concern</i>	500	500	1.000	<i>Concern</i>	250	750	1.000

De inhaalregeling is in feite een tijdelijke inbreuk op deelnemingsvrijstelling, welke eveneens in de CCCTB-richtlijn is opgenomen. Conform deze regeling zijn de resultaten uit de deelnemingen ongeacht het resultaat vrijgesteld. Derhalve dient de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing te zijn op de deelnemingsverliezen en deelnemingswinsten, voor zover deze niet meer bedragen dan de bij de moedervernootschap verrekenende deelnemingsverliezen van eenzelfde dochtervernootschap. Tevens acht ik het noodzakelijk dat er anti-misbruikbepalingen mede gelet op het behouden van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid dienen te worden opgenomen. Bijvoorbeeld ten aanzien van de situatie waarbij de moedervernootschap haar dochtervernootschap vervreemdt en er na verrekening van de vermogenswinst nog een inhaalclaim resteert, terwijl de dochtervernootschap haar verrekenbare verliezen in beginsel behoudt. Gelet op het behouden van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid is het noodzakelijk dat de inhaaltermijn onbeperkt is. Echter, zoals in het voorgaande opgemerkt is, ontstaat er dubbele belastingheffing indien een dochtervernootschap na het verstrijken van een beperkte verliesverrekeningstermijn winst maakt. Twaalf van de 27 lidstaten hanteren een beperkte termijn. Derhalve is het van belang dat ook bij een CCTB in combinatie met een inhaalregeling een onbeperkte verliesverrekenings- en inhaaltermijn geldt. Het voordeel van de combinatie is dat de belastinggrondslagen van de lidstaten aan elkaar gelijk zijn. Hierdoor is er voor horizontale verliesverrekening geen herrekening naar de belastinggrondslag van de moedervernootschap noodzakelijk. Dit gaat overigens niet op voor voorvoegingsverliezen van het concern. Dit is mijns inziens bij een stelselwijziging onvermijdelijk en derhalve wil ik volstaan met mijn commentaar in paragraaf 5.3.1. Hetzelfde geldt bij uittreding vanuit de CCTB terug naar het nationale belastingrecht, mits de CCTB eveneens facultatief dient te worden toegepast. Echter, een facultatieve CCTB leidt evenals de voorgestelde CCCTB-richtlijn tot de introductie van het 28^{ste} Europese belastingstelsel. Derhalve acht ik een verplichte toepassing, waardoor de 27 natio-

Het voordeel van consolidatie op lidstaatniveau is dat de evenwichtige verdeling van de hef-
fingsbevoegdheid van lidstaten wordt eerbiedigd. Nadeel is dat het mijns inziens tot com-
plexiteit leidt indien dit met een inhaalregeling wordt gecombineerd. Met name indien eerst
5 dochtervennootschap van divisie I het nog resterende verlies van haar kleindochtervennoot-
schap verrekent. In casu mag de dochtervennootschap slechts € 100 van haar negatieve resul-
taat deelneming ad. € 200 verrekenen met haar winsten.³⁰⁶ Dit benodigt mijns inziens onder-
linge afstemming tussen lidstaten om misbruik te voorkomen, alhoewel ik dat met een beroep
10 op de bijstandsrichtlijn niet onmogelijk acht. Echter, ik acht het gelet op het in hoofdstuk 3
meergenoemde M&S-arrest en vastgestelde genuanceerde altijd-ergens-beginsel en mede
vanuit economisch oogpunt te verdedigen dat de aandeelhouder als investeerder voor gaat ten
opzichte van een zustervennootschap. Met name indien inhaalheffing in de toekomst als ge-
volg van bijvoorbeeld een liquidatie nooit meer plaatsvindt. Daarnaast wil ik opmerken dat
consolidatie beperkt mogelijk is; slechts indien er minimaal twee groepsvennootschappen in
15 één lidstaat zijn gevestigd en een tegenovergesteld resultaat hebben.³⁰⁷ Vanuit economisch
oogpunt en de positie van de aandeelhouder is het mijns inziens eveneens niet te verdedigen
om een top-down benadering toe te staan. Daarnaast heeft de dochtervennootschap in haar
belastinggrondslag geen direct verband met het resultaat van haar moedervernootschap, het-
geen de toekomstige verzilvering van de inhaalclaim vermoeilijkt. Dit is vergelijkbaar met de
20 meergenoemde Britse group-reliefregeling in combinatie met een inhaalregeling. Bij een
grensoverschrijdende variant hiervan zijn de groepsvennootschappen vrij om onderling ver-
liezen te verrekenen. Mijns inziens is dit niet wenselijk nu iedere lidstaat haar eigen belas-
tingtarief vaststelt. De lidstaat met het hoogste belastingtarief van het winstgevend groeps-
onderdeel loopt dan dankzij het vrijelijk kiezen de meeste risico's ten aanzien van niet in te
25 halen verliezen. In die zin is mijns inziens een CCTB in combinatie met een inhaalregeling
(bottom-up) wel realiseerbaar, mede omdat het in lijn is met het genuanceerde altijd-ergens-

³⁰⁶ Een andere complexiteit die gelet op het Papillon-arrest hierbij spelen kan, is indien van een verliesgevende kleindochtervennootschap gevestigd in Nederland, welke gehouden wordt door Belgische winstgevende dochtervennootschap, welke op haar beurt door een Nederlandse moedervernootschap wordt gehouden. De conclusie van het arrest is dat een fiscale eenheid tussen een Franse moedervernootschap en een Franse kleindochtervennootschap mogelijk is, ongeacht het feit dat de dochtervennootschap in Nederland is gevestigd. HvJ, 27 november 2008, nr. C-418/07, V-N 2008/59.20 (arrest Papillon).

³⁰⁷ In die zin moet nader onderzoek uitwijzen wat meer voorkomt, dan wel waar het bedrijfsleven het meeste bij is gebaat rekening houdend met een algehele kosten-batenanalyse.

beginsel en een beperkte impact op de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid heeft.³⁰⁸

5.6 Conclusie

In paragraaf 1.4 heb ik de volgende deelvraag gesteld: *Welke Europese oplossingsrichting maakt een grensoverschrijdende horizontale verliesverrekeningsregeling realiseerbaar?* Aan de hand van de vier toetsingscriteria kom ik tot de conclusie dat de CCCTB-richtlijn vanuit concernperspectief een geschikt middel is om grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening te realiseren. Slechts bij een geconsolideerd groepsverlies is effectieve en onmiddellijke verliesverrekening niet mogelijk. Echter, ik acht het voorstel niet realiseerbaar nu de lidstaten wordt gevraagd een deel van hun belastingsoevereiniteit in te leveren in ruil voor een onevenwichtige verdeling van het CCCTB-resultaat, waarvan de financiële impact voor iedere lidstaat onzeker is. Immers de voorgestelde consolidatietechniek in combinatie met het verdeelmechanisme garandeert niet dat de resultaten daar worden belast waar ze nu op basis van het territorialiteitsbeginsel en de transfer pricing modellen worden belast. Alhoewel een Europese daling van 2,7% (waaronder Nederland 2,2% daling) in de belastinggrondslag na invoering van een facultatieve CCCTB gelet op de grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening allicht nog beperkt te noemen is, gaat dit niet op voor iedere lidstaat afzonderlijk. Derhalve kom ik tot de conclusie dat het voorstel van de EC op dit moment niet realiseerbaar is en door haar dient te worden herzien. Het optimale alternatief om met een Europese belastingdienst op basis van een Europees stelsel belasting te laten heffen ter vervanging van de EU-bijdrage en allicht in combinatie met een state tax acht ik, gelet op de huidige weerstand om belastingsoevereiniteit in te leveren, ook niet realiseerbaar. De HST is vergelijkbaar met een CCCTB en om dezelfde redenen en vanwege minder uniforme en transparante belastingheffing binnen een lidstaat geen geschikt alternatief. De ETAS is eveneens niet geschikt vanwege met name de beperkte horizontale verliesverrekeningsmogelijkheden op het niveau van de grootmoedervennootschap en de wijze van belastingverrekening waarbij het verband tussen de belastinggrondslag en de belastingtarieven wordt losgelaten. Grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening met behulp van een inhaalregeling, ongeacht de termijn, is voor een concern slechts bij een winstgevende moedervennootschap mogelijk en gaat gepaard met herberekeningskosten ten aanzien van het vaststellen van de belastinggrondslag conform de wetgeving van de lidstaat van de moedervennootschap. Der-

³⁰⁸ Mijns inziens leidt dit tot meer uniformiteit dan het voorstel van Van Arendonk waarbij de lokale belastingstelsels worden gehandhaafd voor een Europese fiscale eenheidsbenadering. Arendonk, van, H.P.A.M., CCCTB: ook een legislatief experiment?, MBB 2008/438, § 3 en 7.

halve is de inhaalregeling an sich geen geschikte oplossingsrichting ondanks het mijns inziens wel conform EU-recht is.

5 Gelet op de kritiekpunten ten aanzien van de voorgestelde CCCTB-richtlijn en alternatieve oplossingsrichtingen acht ik een verplichte CCTB in combinatie met een negatieve aanslag of, indien dit budgettair gezien onacceptabel blijkt te zijn, in combinatie met een inhaalregeling een realiseerbare Europese oplossingsrichting. Hierbij wordt hetgeen voortvloeit uit de toepassing van het territorialiteitsbeginsel en de transfer pricing modellen meer geëerbiedigd waardoor de kans van een eenparigheid van stemmen door de lidstaten wordt vergroot. Het voordeel van een negatieve aanslag ten opzichte van een inhaalregeling is dat het volledig in 10 lijn is met het territorialiteitsbeginsel waardoor het een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid garandeert en daarnaast innovatie stimuleert hetgeen in lijn is met de EU 2020-strategie. Tevens leidt een Europese invoering tot minimale verstoringen in de interne markt en zijn er minder bijzondere belastingbepalingen, zoals de inhaal-, omzettings- en verliesverrekeningsregeling, noodzakelijk. Echter, nader onderzoek moet uitwijzen wat de algehele financiële impact is voor de lidstaten om vast te stellen of een negatieve aanslagregeling 15 daadwerkelijk voor de lidstaten acceptabel is. Nu een facultatieve CCCTB-richtlijn mijns inziens een brug te ver is, acht ik een CCTB-richtlijn in combinatie met een inhaalregeling gelet op de huidige kritiekpunten, de beperkte impact op de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en het EU-recht minimaal realiseerbaar. Hierdoor komt Europa een 20 stapje dichterbij de gewenste uniformering en in de toekomst wellicht alsnog tot een soortgelijk concept CCCTB-richtlijn, dan wel Europese vennootschapsbelasting.

6 Eindconclusie

In dit onderzoek heb ik de volgende probleemstelling getoetst: *De Nederlandse horizontale verliesverrekeningsregeling zoals die geldt binnen de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting is in strijd met het EU-recht en dient op Europees niveau te worden aangepast.* Het eerste deel van de stelling heb ik aan de hand van de beantwoording van de volgende twee 5 deelvragen aangetoond. *Hoe is de Nederlandse horizontale verliesverrekeningsregeling zoals die geldt binnen de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting vormgegeven?* en *In hoeverre dient een lidstaat met een groepsregeling op grond van EU-recht grensoverschrijdende werking toe te staan?* Het tweede deel van de stelling heb ik aangetoond aan de hand van het stellen van één deelvraag: *Welke Europese oplossingsrichting maakt een grensoverschrijdende horizontale verliesverrekeningsregeling realiseerbaar?* en vier toetsingscriteria: effectieve en onmiddellijke éénmalige aftrek van verliezen, geen ruimte voor misbruik, niet in 10 strijd met het EU-recht en de oplossing dient realiseerbaar te zijn. Beide delen verdedig ik afzonderlijk in deze eindconclusie.

15 6.1 Verdediging probleemstelling (eerste deel)

6.1.1 Nederlandse horizontale verliesverrekeningsregeling

Alleen in Nederland gevestigde binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen die door middel van een ten minste 95% aandelenbelang of een onderneming gedreven met behulp van een in Nederland aanwezige VI met elkaar verbonden zijn kunnen binnen de gestelde 20 voorwaarden een fiscale eenheid vormen. Op basis van de toerekeningsfictie worden de heffingsobjecten van de gevoegde belastingplichtigen toegerekend aan de moeder van de fiscale eenheid waardoor horizontale verliesverrekening plaatsvindt; dit is alleen mogelijk in binnenlandse verhoudingen. Niettemin is op grond van art. 15, lid 4, Wet VPB 1969 grensoverschrijding bestaanbaar. Conform deze bepaling wordt een in Nederland gevestigd lichaam, 25 welke genoemd is in art. 2, lid 1, onderdeel a tot en met d, Wet VPB 1969, geacht haar onderneming te drijven met behulp van haar gehele vermogen en daar behoort ook een in het buitenland actief zijnde VI en haar resultaat toe. Hoewel dit niet in overeenstemming met het territorialiteitsbeginsel is, zorgt doorgaans het BvdB 2001 zowel in verdrags- als in niet-verdragssituaties voor de voorkoming van dubbele belasting, tenzij de VI verlies heeft gele- 30 den. Immers het verlies leidt niet tot dubbele belasting, maar verlaagt de belastingdruk. Echter, zodra de VI in een later jaar winst geniet of uit de deelneming waaraan de VI is overgedragen positieve voordelen genoten worden, is dit op basis van de inhaalregeling belast res-

pectievelijk de omzettingsregeling niet vrijgesteld ongeacht de aldaar geldende fiscale verliesverrekeningsregeling. De inhaalregeling en de omzettingsregeling eindigen nadat alle verliezen zijn ingehaald of eindigen abrupt op het moment dat de VI is beëindigd of de deelneming wordt geliquideerd. Voor de in het buitenland gevestigde juridisch zelfstandige deelnemingen van ten minste 95% is verliesverrekening door middel van de fiscale eenheid op grond van het territorialiteitsbeginsel niet mogelijk. De deelneming is aangewezen op de aldaar geldende verliesregeling. De grootaandeelhouder heeft alleen de mogelijkheid om op het moment van liquidatie van de deelneming een liquidatieverlies te verrekenen. Aangezien er geen directe relatie tussen de omvang van het liquidatieverlies en de fiscale verliezen die door de deelneming zijn geleden bestaat, is de liquidatieverliesregeling beperkt tot het in Nederland geleden verlies op het in het buitenland geïnvesteerde vermogen.

6.1.2 Europese randvoorwaarden horizontale verliesverrekening

Op grond van art. 49 VwEU is een concern niet gebonden door de grenzen van de lidstaat waarin zij is gevestigd en is vrij om grensoverschrijdende economische activiteiten met behulp van VI's en dochtervennootschappen in andere lidstaten uit te oefenen. De doelstelling van de groepsregeling in ogenschouw nemend, zorgt het vestigingsvereiste ervoor dat de ingezeten moedervernootschap niet met haar niet-ingezeten dochtervennootschappen, waarop zij eveneens een zodanige invloed op de besluiten heeft dat zij de activiteiten ervan kan bepalen, een beroep op de groepsregeling kan doen, waardoor haar voordelen worden onthouden. Derhalve is vanuit het perspectief van de moedervernootschap een niet-ingezeten dochtervennootschap objectief vergelijkbaar met een ingezeten dochtervennootschap, evenals dat de buitenlandse onderneming in een dergelijke situatie vergelijkbaar is met een binnenlandse onderneming ongeacht de verdeling van de heffingsbevoegdheid tot het vermijden van dubbele belasting. Daarentegen is het, gelet op de uiteenlopende juridische zelfstandigheid, hetgeen voor de moedervernootschap ook bepalend is voor haar aansprakelijkheid met bijbehorende risico's, niet bezwaarlijk dat er door de oorsprongstaat onderscheid tussen buitenlandse VI's en buitenlandse dochtervennootschappen wordt gemaakt, ongeacht de doelstelling annex werking van de fiscale eenheidsregeling. Indien ten aanzien van de groepsregeling een vestigingsvereiste is opgenomen dan is een dergelijke beperking van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd, mits door middel van de handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten misbruik zoals dubbele verliesverrekening, dan wel belastingontwijking beoogt te voorkomen. Dit is gerechtvaardigd mede gelet op het feit dat het rechtstelsel van de "verliesgevende" lidstaat niet in de grondslagoverheveling

voorziet en anders de coherentie door grensoverschrijdende verliesverrekening definitief wordt verbroken. Echter er is één uitzonderingssituatie waarbij wel grensoverschrijdende verliesverrekening EU-rechtelijk kan worden afgedwongen. Op basis het van genuanceerde altijd-ergens-beginsel zijn de nog te verrekenbare verliezen, welke in het bronland vanwege een vervreemding aan een derde of door liquidatie, maar niet door in de tijd vervallen verticale verliesverrekeningsrechten, definitief niet verrekenbaar worden, bij de moedervernootschap verrekenbaar, mits dit in een binnenlandse situatie met behulp van een groepsregeling ook toepasbaar is. Immers de binnenlandse regeling mag uiteindelijk niet leiden tot een situatie die bijvoorbeeld als gevolg van de voorkoming van dubbele verliesverrekening te beperkend werkt voor degenen die hun vrijheid van vestiging willen uitoefenen.

6.1.3 Verdediging probleemstelling

Met behulp van de antwoorden op de eerste twee deelvragen heb ik het grensoverschrijdende verliesverrekeningselement van de fiscale eenheidsregeling beoordeeld en ik ben in tegenstelling tot het HvJ in het X Holding BV-arrest tot de conclusie gekomen dat de regeling voor buitenlandse dochtervennootschap beperkter uitwerkt dan voor binnenlandse dochtervennootschappen vanuit het oogpunt van de moedervernootschap. Alhoewel beide vennootschappen met elkaar vergelijkbaar zijn en de beperking in beginsel gerechtvaardigd is gezien het feit dat het dubbele verliesverrekening door middel van de handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten beoogt te voorkomen, gaat de regeling op grond van het genuanceerde altijd-ergens-beginsel mijns inziens verder dan noodzakelijk is. Voor een binnenlandse dochtervennootschap is het voor de moedervernootschap mogelijk om door middel van een fiscale eenheid haar resultaten met die van haar dochter te consolideren waardoor verliesverrekening kan worden bewerkstelligd. Een buitenlandse dochtervennootschap kan niet in een fiscale eenheid worden gevoegd waardoor slechts de liquidatieverliesregeling soelaas kan bieden. Echter, ik ben gelet op de werking van de fiscale eenheidsregeling van mening dat een inhaalregeling in combinatie met een aantal anti-misbruikbepalingen voor buitenlandse dochtervennootschappen meer evenredig is. Immers de verrekenbare verliezen van een binnenlandse dochtervennootschap worden eveneens te zijner tijd ingehaald. Daarnaast wordt daarmee niet alleen het gevaar van dubbele verliesverrekening voorkomen, maar worden tevens het cashflownadeel en verliesverjonging vermeden. Derhalve kom ik tot de conclusie dat de Nederlandse horizontale verliesverrekeningsregeling zoals die geldt binnen de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting in strijd is met het EU-recht en derhalve moet worden aangepast. Mocht het HvJ ook na een meer

inhoudelijke proportionaliteitstoets bij zijn standpunt blijven dat een inhaalregeling niet EU-rechtelijk afdwingbaar is, dan blijft mijns inziens de Nederlandse wetgever verplicht om het begrip van het liquidatieverlies voor dochtervennootschappen waarin de moeder vennootschap een belang van 95% of meer heeft te verruimen. Immers het in art. 13d Wet VPB 1969 vastgelegde begrip van een liquidatieverlies komt bijvoorbeeld door een beperkte carry back termijn niet overeen met de definitief onverrekenbare verliezen van de dochtervennootschap, hetgeen door het HvJ, ondanks dat hij niet inhoudelijk op de groepsregeling is ingegaan, voor een grensoverschrijdende beperking in een groepsregeling wel als evenredig wordt geacht. Ten aanzien van de huidige inhaal- en omzettingsregeling ben ik van mening dat ze conform EU-recht zijn, mits de buitenlandse verliezen daadwerkelijk tot een effectieve belastingverlaging voor de moedervennootschap in Nederland heeft geleid. Immers een dergelijke regeling met het oog om de algehele belastingdruk te verlagen mag uiteindelijk niet leiden tot een verrijking van de lidstaat van de moedervennootschap.

6.2 Verdediging probleemstelling (tweede deel)

Naast het feit dat de wet- en regelgeving conform EU-recht dient te zijn, wordt gelet op de EU 2020-strategie een optimale interne marktwerking nagestreefd. Derhalve is een Europees gestructureerde verliesverrekeningsregeling noodzakelijk om de Europese idealen na te streven. Aan de hand van de vier toetsingscriteria kom ik tot de conclusie dat de CCCTB-richtlijn vanuit concernperspectief een geschikt middel is om grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening te realiseren. Slechts bij een geconsolideerd groepsverlies is effectieve en onmiddellijke verliesverrekening niet mogelijk. Echter, ik acht het voorstel niet realiseerbaar nu de lidstaten wordt gevraagd een deel van hun belastingsoevereiniteit in te leveren in ruil voor een onevenwichtige verdeling van het CCCTB-resultaat, waarvan de financiële impact voor iedere lidstaat onzeker is. Immers de voorgestelde consolidatietechniek in combinatie met het verdeelmechanisme garandeert niet dat de resultaten daar worden belast waar ze nu op basis van het territorialiteitsbeginsel en de transfer pricing modellen worden belast. Alhoewel een Europese daling van 2,7% (waaronder Nederland 2,2% daling) in de belastinggrondslag na invoering van een facultatieve CCCTB gelet op de grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening allicht nog beperkt te noemen is, gaat dit niet op voor iedere lidstaat afzonderlijk. Derhalve kom ik tot de conclusie dat het voorstel van de EC op dit moment niet realiseerbaar is en door haar dient te worden herzien. Het optimale alternatief om met een Europese belastingdienst op basis van een Europees stelsel belasting te laten heffen ter vervanging van de EU-bijdrage en allicht in combinatie met een state tax acht ik, gelet op

de huidige weerstand om belastingsovereïniteit in te leveren, ook niet realiseerbaar. De HST is vergelijkbaar met een CCCTB en om dezelfde redenen en vanwege minder uniforme en transparante belastingheffing binnen een lidstaat geen geschikt alternatief. De ETAS is eveneens niet geschikt vanwege met name de beperkte horizontale verliesverrekeningsmogelijkheden op het niveau van de grootmoedervennootschap en de wijze van belastingverrekening waarbij het verband tussen de belastinggrondslag en de belastingtarieven wordt losgelaten. Grensoverschrijdende horizontale verliesverrekening met behulp van een inhaalregeling, ongeacht de termijn, is voor een concern slechts bij een winstgevende moedervennootschap mogelijk en gaat gepaard met herberekeningskosten ten aanzien van het vaststellen van de belastinggrondslag conform de wetgeving van de lidstaat van de moedervennootschap. Derhalve is de inhaalregeling an sich geen geschikte oplossingsrichting ondanks het mijns inziens wel conform EU-recht is.

Gelet op de kritiepunten ten aanzien van de voorgestelde CCCTB-richtlijn en alternatieve oplossingsrichtingen acht ik een verplichte CCTB in combinatie met een negatieve aanslag of, indien dit budgettair gezien onacceptabel blijkt te zijn, in combinatie met een inhaalregeling een realiseerbare Europese oplossingsrichting. Hierbij wordt hetgeen voortvloeit uit de toepassing van het territorialiteitsbeginsel en de transfer pricing modellen meer geëerbiedigd waardoor de kans van een eenparigheid van stemmen door de lidstaten wordt vergroot. Het voordeel van een negatieve aanslag ten opzichte van een inhaalregeling is dat het volledig in lijn is met het territorialiteitsbeginsel waardoor het een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid garandeert en daarnaast innovatie stimuleert hetgeen in lijn is met de EU 2020-strategie. Tevens leidt een Europese invoering tot minimale verstoringen in de interne markt en zijn er minder bijzondere belastingbepalingen, zoals de inhaal-, omzettings- en verliesverrekeningsregeling, noodzakelijk. Echter, nader onderzoek moet uitwijzen wat de gehele financiële impact is voor de lidstaten om vast te stellen of een negatieve aanslagregeling daadwerkelijk voor de lidstaten acceptabel is. Nu een facultatieve CCCTB-richtlijn mijns inziens een brug te ver is, acht ik een CCTB-richtlijn in combinatie met een inhaalregeling gelet op de huidige kritiepunten, de beperkte impact op de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en het EU-recht minimaal realiseerbaar. Hierdoor komt Europa een stapje dichterbij de gewenste uniformering en in de toekomst wellicht alsnog tot een soortgelijk concept CCCTB-richtlijn, dan wel Europese vennootschapsbelasting.

Bijlagen

1 Voorbeeld Liquidatieverlies

5 *Stel een Nederlandse BV richt in het Verenigd Koninkrijk een Limited op en stort 100 aan kapitaal. In het eerste jaar geniet de deelneming een winst van 100. Het totale eigen vermogen na belasting bedraagt 175. In jaar 2 en 3 is er winst noch verlies. In jaar 4 wordt er een verlies geleden van 175. Welke fiscale gevolgen heeft dit voor de deelneming en de aandeelhouder? Veronderstel dat de Britse winstbelasting hetzelfde is als de Nederlandse en beide lidstaten hanteren 25% als vennootschapsbelastingtarief.*

10 **Deelneming**

Totaalwinst bedraagt -/- 75 (100 -/- 175) waarover doorgaans geen belasting wordt geheven. De belaste jaarwinst is 100 waarover 25 belasting is geheven en er resteert nog 175 aan carry forward. Op grond van art. 20, lid 2, Wet VPB 1969 vervalt de carry back ingaande jaar 4.

15 **Aandeelhouder**

Het opgeofferde bedrag is 100 minus liquidatie-uitkering van 0 = 100, waardoor het belastingvoordeel door aftrek 25 bedraagt (ervan uitgaande dat de aandeelhouder in hetzelfde jaar minimaal 100 winst heeft gemaakt).

20 **Totale belasting**

Per saldo is de totale belasting nihil en vervalt 175 aan carry forward.

Stel dat er geen beperkingen aan de carry backregeling zijn.

25 **Deelneming**

Totaalwinst bedraagt -/- 75 (100 -/- 175) waarover doorgaans geen belasting wordt geheven. Jaarwinsten idem als totaal winst; belasting is nihil en er resteert nog 75 aan carry forward.

Aandeelhouder

30 De waarde van de onderneming bedraagt 25, aangezien er nog 25 belastingvordering met behulp van carry back moet worden geïnd. Het liquidatieverlies bedraagt derhalve $100 -/- 25 = 75$ en komt overeen met het nog verrekenbare buitenlandse verlies. Het belastingvoordeel door aftrek bedraagt 18,75 (ervan uitgaande dat de aandeelhouder in hetzelfde jaar minimaal 75 winst heeft gemaakt).

35

Totale belasting

Per saldo bedraagt de belasting -/- 18,75 hetgeen een gelijke waarde vertegenwoordigt van de vervallen 75 carry forward.

40 **Conclusie**

Een beperking in de verliesverrekeningstermijnen is in casu de oorzaak waardoor het nog te verrekenen verlies niet gelijk is aan het liquidatieverlies.

Opmerking

45 Indien er sprake was van een overgenomen belang in een deelneming waarvoor 50 goodwill betaald is, dan verhoogt dit het opgeofferde bedrag en tevens het aftrekbare liquidatieverlies.

2 Voorbeeld Gestort aandelenkapitaal

In voorbeeld 1 heb ik geconstateerd dat het liquidatieverlies en de nog verrekenbare verliezen niet gelijk hoeven te zijn. Mogelijke oorzaken kunnen gevonden worden in een beperking in de verliesverrekeningstermijnen voor de desbetreffende rechtspersoon of in betaalde goodwill.

5 Van Sonderen en Kok stellen dat het liquidatieverlies vaak groter is dan de nog verrekenbare verliezen. Mijns inziens kan een rechtspersoon, bezien vanuit het totaalwinst begrip, wel meer verlies lijden dan het opgeofferde bedrag, maar je kunt je afvragen wat op dat moment de overlevingskansen van de onderneming zijn met een negatief, weliswaar boekhoudkundig, eigen vermogen. De kans is aanwezig dat de levensvatbaarheid vanwege haar slechte per-
10 spectieven nihil is en dat faillissement wordt aangevraagd. Bij een negatief boekhoudkundig eigen vermogen en geen stille reserves kan gesteld worden dat de crediteuren in dit geval achter het net vissen. Dit betekent fiscaal dat de kwijtscheldingswinst met de resterende verrekenbare verliezen wordt verrekend.³⁰⁹ Mijns inziens is in dat geval het eigen vermogen nihil doordat het totaal geleden verlies gelijk is aan het gestorte eigen vermogen. Met behulp
15 van een voorbeeld wil ik aangeven dat een geliquideerde rechtspersoon gelet op het totaalwinst begrip nooit meer fiscaal verlies kan lijden dan zijn gestorte eigen vermogen.

N.B. Stille reserves spelen mijns inziens geen rol. Aangezien ze niet in de boekhouding staan, is het verlies ook niet groter. Dan hadden eerst de boekwaarden tegen die hogere
20 marktwaarde moeten worden verkocht waardoor de stille reserves annex winst waren gereali-seerd.

1) Een verhuurbedrijf heeft de volgende balans

25 **Balans Mart Verhuur BV op 01/01/09**

Grond	100	AK	50
Pand	100	Hypotheek	150

30 *Na bodemonderzoek blijkt dat er veel verontreiniging is en dat het pand moet worden gesloopt. Mart heeft de spreekwoordelijke kat in de zak gekocht en verhaal halen bij de toenmalige eigenaar is helaas niet mogelijk. Kosten voor het slopen van het pand en het reinigen van de grond kost 400. Waarde van de grond na uitvoering blijft 100.*

35 **Balans Mart Verhuur BV op 31/01/09**

Grond	100	AK	50
Pand	0	Winstreserve	-/- 500
		Hypotheek	150
		Reinigingsbedrijf	400

40 Een negatieve winstreserve van 500. De bank en het reinigingsbedrijf geven als gevolg van het faillissement hun vordering prijsgeven (550-100) en nemen hun verlies. Er is immers niets te verhalen. De vorderingen worden prijsgegeven waardoor er per saldo een fiscaal verlies resteert van 50. Dit is gelijk aan het gestorte aandelenkapitaal.

³⁰⁹ Zie o.a. Egelie voor uitzonderingssituaties in geval van faillissement. Egelie, W.F.E.M., Faillissement binnen en buiten fiscale eenheid: wel of geen 'fiscaal relevante vermogensvergelijking'?, NTFR-B, 4^e jaargang nr. 11, 2010/37.

2) *Het is reëel dat het reinigingsbedrijf de opdracht niet uitvoert gelet op de financiële positie van Mart Verhuur BV. De waarde van de bezittingen in de verontreinigde status is in dat geval nihil. Het vormen van een voorziening acht ik niet mogelijk op basis van het bakstenenarrest,³¹⁰ aangezien geen redelijke mate van zekerheid bestaat dat de uitgaven zich daadwerkelijk zullen voordoen. Er is immers geen geld.*

5

Balans Mart Verhuur BV op 31/01/09

Grond	0	AK	50
Pand	0	Winstreserve	-/- 200
		Hypotheek	150

10

Een negatieve winstreserve van 200. De bank geeft als gevolg van het faillissement haar vordering prijsgeven (150) en neemt haar verlies. Er is immers niets te verhalen. De vordering wordt prijsgegeven waardoor er per saldo een fiscaal verlies resteert van 50. Dit is gelijk aan het gestorte aandelenkapitaal.

15

3) *Stel dat de aandeelhouder annex bestuurder Mart Holding BV is. Uitgaande dat de bodem door toedoen van de activiteiten van Mart Verhuur BV verontreinigd is, stort Mart Holding BV wegens gewetensbezwaren en gelet op zijn bestuurdersaansprakelijkheid 450 in de BV.*

20

Balans Mart Verhuur BV op 31/01/09

Grond	100	AK	500
Pand	0	Winstreserve	-/- 500
		Hypotheek	100

25

Met de storting van 450 zijn de hypotheek en het schuldvordering deels afgelost resp. afbetaald. Per saldo is het fiscale verlies 500 en dit is gelijk aan het gestorte aandelenkapitaal.

30

Uit alle voorbeelden blijkt dat op grond van het totaalwinstbegrip het verlies nooit meer kan zijn dan hetgeen in de rechtspersoon is gestort. Tevens blijkt dat in casu het liquidatieverlies gelijk is aan het verliesverrekeningspotentieel.

³¹⁰ HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, V-N 1998/51.15, r.o. 3.6.

Literatuurlijst

Boeken

- 5 ➤ Achterberg, M.P. van, De juridische definitie van het economische verschijnsel concern, Kluwer, Deventer, 1989
- Ernst & Young, Corporate Tax Guide 2011
- Geld, J.A.G. van der, De deelnemingsvrijstelling, FM 20, Kluwer, Deventer, 2008
- Heithuis, E.J.W., en Van den Dool, R.P., Compendium Vennootschapsbelasting, Kluwer, Deventer, 2009
- 10 ➤ Jacobs, B., De prijs van gelijkheid, Eerste officiële versie, Amsterdam, 2008
- Juch, D., De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting (dissertatie KUB), FED, Deventer, 1974
- Kok, Q.W.J.C.H., De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, SDU, Deventer, 2005
- Loon, J. van, De holding-maatschappij in het wetsontwerp, De NV, 1940, nr. 11
- 15 ➤ Raad, C. van, Cursus Belastingrecht, Internationaal belastingrecht, studenteneditie 2007-2008, Kluwer, Deventer, 2007
- Soest, A.J. van, De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (art. 15 Wet VPB 1969), FED, Deventer, 1983
- Terra, B.J.M., en Wattel, P.J., European Tax Law, student edition, Kluwer, Deventer, 2008
- 20 ➤ Vermeend e.a., W.A., Compendium Europees Belastingrecht, Kluwer, Deventer, 2002
- Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting (oud), digitale editie
- Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, studenteneditie 2005-2006, Kluwer, Deventer, 2005
- 25 ➤ Vries, N.H. de, en Vries, R.J. de, Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, digitale editie

Vakliteratuur

- 30 ➤ Conclusie A-G Alber, arrest Bosal Holding BV, 18 september 2003, nr. C-168/01, BNB 2003/344c*
- Arendonk, van, H.P.A.M., CCCTB: ook een legislatief experiment?, MBB 2008/438
- Bender, T., en Vogel, M.M., Onevenwichtigheden bij de overbrenging van buitenlandse winst en verlies naar andere jaren, WFR 2002/1248
- 35 ➤ Blokland, G.M.R., Honert, M.J.A. van der, X Holding vandaag de dag: kan de wetgever nu daadwerkelijk rustig ademen?, WFR 2011/782
- Boer, P. den, De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (art. 15 Wet VPB 1969) door dr. A.J. van Soest, FED, Deventer, 1983, boekbespreking, FED 1985/45
- 40 ➤ Boxel, T.S. van, De grensoverschrijdende fiscale eenheid, verhandeling voor Topmaster Directe Belastingen van het EFS, 8 mei 2008
- BusinessEurope Task Force, Comments on document CCCTB\WP\060, 7 december 2007
- Caanen, J. Ch., Ne-bis-in-idem, de gelijkgestelde deelneming en het ondernemingsbegrip in de vennootschapsbelasting, TFO 1998/186
- 45 ➤ Cline, R., Neubig, T., Phillips, A., Snager, C. and Walsh, A., Ernst & Young, Study on the Economic and Budgetary Impact of the Introduction of a Consolidated Corporate Tax Base in the European Union, 2010.
- CPB Netherlands for Economic Policy Analysis, The economic effects of EU-reforms in corporate income tax systems, October 2009.

- Deloitte, Expert study on the corporate tax compliance costs for business going EU cross border – comparison under the current regime, the CCTB and the CCCTB regime, 13 november 2009
- Devereux, M.P. en Loretz, S., The effects of EU Formula Apportionment on Corporate Tax Revenues (revised version), Oxford University Centre for Business Taxation, Oxford, 31 januari 2008
- Dieren, M.J. van, en Lindonk, C.L. van, Liquidatieverliesregeling; een uitzondering in de deelnemingsvrijstelling?, WFR 2005/1589
- Egelie, W.F.E.M., Faillissement binnen en buiten fiscale eenheid: wel of geen ‘fiscaal relevante vermogensvergelijking’?, NTFR-B, 4^e jaargang nr. 11, 2010/37
- EIM Business & Policy research, Overview of the ENSR Enterprise Survey 2003, EIM Zoetermeer, augustus 2003
- Engelen, F.A. en Vegt, P.C. van der, Werken aan winst in de Europese Unie, WFR 2006/797
- Fuest, C., Hemmelgarn, T. en Ramb, F., How would formula apportionment in the EU affect the distribution and the size of the corporate tax base? An analysis based on German multinationals, Discussion Paper, series 1: Economic Studies, No. 20/2006
- Hernler, M.J., European Taxation: European Tax Allocation System (ETAS): A Proposal for a Consolidated European Tax System, IBFD, Amsterdam, 2004, vol. 44, deel 5
- Horst, van der, A., Bettendorf, L. en Rojas-Romagosa, H., Will corporate tax consolidation improve efficiency in the EU?, CPB Document no. 141, maart 2007
- Horst, A. van der, Bettendorf, L. en Rojas-Romagosa, H., Tinbergen Instituut Discussion Paper, Will Corporate Tax Consolidation improve Efficiency in the EU?, TI2007-076/2, September 2007
- Jansen, J.J.M., Het CCCTB-project van de Europese Commissie, MBB 2008/103
- Kavelaars, P., Naar een Europese winstgrondslag (deel 1), WFR 2008/1184
- Kemmeren, E.C.C.M., Marks & Spencer: balanceren op grenzeloze verliesverrekening, WFR 2006/211
- Kemmeren, E.C.C.M., Maak van negatief effectief positief, WFR 2009/433
- Kok, Q.W.J.C.H., Grensoverschrijdende fiscale eenheid: de (on)mogelijkheid, FP (2008), nr. 1 (7 januari 2008)
- Kok, Q.W.J.C.H., De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2008/795
- Kok, Q.W.J.C.H., De onmogelijkheid van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, WFR 2010/607
- Conclusie A-G Kokott, 19 november 2009, nr. C-337/08, V-N-V2009/250.9
- Lodin, S.O., en Gammie, M., Home State Taxation, Tax treaty aspects, IBFD, Amsterdam, 2001
- Conclusie A-G Maduro, 7 april 2005, nr. C-446/03, V-N 2005/21.20 (arrest Marks & Spencer)
- Meussen, G.T.K., Fiscale eenheid en grensoverschrijdende verliesverrekening na Marks & Spencer, WFR 2005/752
- Nijkeuter, E., Het belang van een beschikking (grensoverschrijdende) fiscale eenheid, FP (2008), nr. 19 (17 november 2008)
- OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 22 juli 2010
- PWC, Impact of CIT reforms at the EU level on European business taxpayers, Report on the impact on CIT compliance costs, 9 juli 2008
- PWC, CCCTB dead or alive?, the latest developments, May 2011

- Raad, C. van, Grensoverschrijdende fiscale eenheden: Hoe ver reikt de bescherming van non-discriminatiegeboden?, WFR 1994/1717
- Redactie V-N, Conclusie van A-G Sharpston, 14 februari 2008, nr. C-414/06, V-N 2008/16.9 (arrest Lidl Belgium), Aantekening
- 5 ➤ Redactie V-N, HvJ, 15 mei 2008, nr. C-414/06, V-N 2008/25.16 (arrest Lidl Belgium)
- Redactie V-N, HR 11 juli 2008 nr. 43 484, V-N 2008/34.14
- Redactie V-N, HvJ, 23 oktober 2008, nr. C-157/07, V-N 2008/55.14 (arrest KR Wannsee)
- Redactie V-N, HR 2 oktober 2009, nr. 08/00900, V-N 2009/49.22
- 10 ➤ Redactie V-N, HvJ, 25 februari 2010, nr. C-337/08, V-N 2010/12.19 (arrest X Holding BV)
- SER, Advies Dienstenrichtlijn, nr 2005/07, 20 mei 2005
- Conclusie van A-G Sharpston, 8 november 2007, nr. C-293/06, V-N 2008/2.22 (arrest Deutsche Shell)
- 15 ➤ Conclusie van A-G Sharpston, 14 februari 2008, nr. C-414/06, V-N 2008/16.9 (arrest Lidl Belgium)
- De Smit, R.C., Onbegrensde kans, 6 januari 2010, WFR 2010/4
- Sonderen, J.C.M. van, en Kok, Q.W.J.C.H., Over verliesverrekening in de tijd, grensoverschrijdende fiscale eenheden, de liquidatie-verliesregeling en een aftrekbepierking voor aandelen en opties, MBB 2006/293
- 20 ➤ Sprundel, D.E., Verslag van het EFS Seminar ‘Grensoverschrijdende fiscale eenheid: fata morgana?’, WFR 2008/1443
- Stevens, L.G.M., EU-harmonisatie vennootschapsbelasting steeds urgenter, Financieel Dagblad, 26 mei 2011
- 25 ➤ Strik, S.A.W.J., en Streek, van de, J.L., Hoofdlijnen van de vennootschapsbelasting van de toekomst: de CCCTB?, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2009-2
- Tilstra, J.W., en Torre, van der, M.J., De verdeelsleutel van de CCCTB, MBB 2008/411
- Conclusie A-G Wattel, 19 oktober 2000, nr. 35 729, V-N 2000/51.15
- Wattel, P.J., HvJ, 13 december 2005, nr. C-446/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer)
- 30 ➤ Conclusie AG-Wattel, 4 juli 2007, nr. 43 484, V-N2007/47.16
- A-G van Wattel, nadere conclusie van 7 juli 2010 inzake: HR nr. 43484 bis, HvJ, 25 februari 2010, zaak C-337/08, V-N 2010/48.17 (arrest X Holding BV)
- Weber, D.M., Weigeren van voordelen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in sommige situaties een ongerechtvaardigde belemmering van het recht van vestiging, FED 2010/3.
- 35 ➤ Weber, D.M., X Holding, Refusal of advantage of a cross-border tax consolidation a justified restriction of the freedom of establishment. Court of Justice, Highlights & Insight on European Taxation, 2010/7.6
- 40 ➤ Weber, D.M., Weigeren van voordelen van grensoverschrijdende fiscale eenheid in strijd met recht van vestiging? (X Holding), FED 2010/95
- ZEW, Study on the impact of reforms of corporate income taxation systems at the EU level on the size of the tax base of the EU companies, using the model “European Tax Analyzer”, Mannheim & Göttingen, 29 september 2008

45

Internet

- http://www.ez.nl/Onderwerpen/Ruimte_voor_ondernemers/Kredietcrisis, 6 maart 2009
- <http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/l14547.htm>, 1 juni 2009
- <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/ctmanual/ctm80145.htm>, 8 december 2010

- <http://products.tax.org/www/features.nsf/Articles/FAD34BD668AAC636852572D-80069B29A?OpenDocument>, 22 februari 2011
- <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2008/07/21/harmonisatie-vennootschapsbelasting.html>, 1 maart 2011
- 5 ➤ http://www.tijd.be/nieuws/ondernemingen_financien/Rabobank_waarschuwt_voor_moeiljk_2011.9028815-3095.art?ckc=1, 6 maart, 2011

Nationale parlementaire documenten

- Kamerstukken II 1939/40, 239, nr. 4
- 10 ➤ Kamerstukken II 1939/40, 239, nr. 5
- Kamerstukken II 1939/40, 239, nr. 6
- Kamerstukken II 1968/69, 6000, nr. 28
- Wet van 3 mei 1971, Stb. 286
- Kamerstukken II 1986/87, 19 526, nr. 5
- 15 ➤ Mededeling van 10 augustus 1994, nr. DB94/1842M, V-N 1994, blz. 2702-2704
- Kamerstukken II 1999/00, 26 854, nr. 3
- Staatssecretaris van Financiën, Besluit van 12 mei 2004, nr. CPP2004/634M, V-N 2004/28.16
- Kamerstukken II 2004/05, 30 117, nr. 3
- 20 ➤ Ministerie van Financiën, 29 april 2005, nr. AFP 2005-00386, V-N 2005/24.3
- Kamerstukken II 2005/06, 30 107, nr 9
- Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 3
- Staatssecretaris van Financiën, Besluit van 1 februari 2006, nr. CPP2005/2702M, BNB 2006/161
- 25 ➤ Staatssecretaris van Financiën, Brief, Den Haag, 1 juli 2007, 21501-07, nr. 815
- Kamerstukken I 2007/08, 22 112, BH Herdruk, blz. 5-6
- Staatssecretaris van Financiën, Brief Staatssecretaris van Financiën, 5 december 2009, nr. DB2009/674M, V-N 2009/62.14
- Kamerstukken II, 2010/11, 32 728, nr. 2
- 30 ➤ Kamerstukken II, 2010/11, 32 740, nr. 1H
- Kamerstukken II, 2010/11, 32 818, nr. 4
- Staatssecretaris van Financiën, Brief richtlijn voorstel COM(2011)121, 4 juli 2011, AFP/2011/300 U
- Kamerstukken II, 2011/12, 33 003 nr. 2
- 35 ➤ Kamerstukken II, 2011/12, 33 003 nr. 3

Europese parlementaire documenten

- Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een richtlijn van de raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de verliezen van hun in andere lidstaten gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen, Brussel, 24 januari 1991, COM(1990) 595 definitief
- 40 ➤ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Naar een interne markt zonder belastingbelemmeringen. Een strategie voor het verschaffen van een geconsolideerde heffingsgrondslag aan onderneming voor de VPB op hun activiteiten in de gehele EU, Brussel, 23 oktober 2001, COM(2001) 582 definitief
- 45 ➤ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Een interne markt zonder belemmeringen op het gebied van de vennootschapsbelasting – Verwezenlijkingen, lopende initiatieven en resterende uitdagingen, Brussel, 24 november 2003, COM(2003) 726 definitief

- Commissie van de Europese Gemeenschappen, Samen werken aan werkgelegenheid en groei, een nieuwe start voor de Lissabon-strategie, Brussel, 2 februari 2005, COM(2005) 24 definitief
- 5 ➤ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Bijdrage van het belasting- en douanebeleid tot de Lissabon-strategie, Brussel, 25 oktober 2005, COM(2005) 532 definitief
- Commissie van de Europese Gemeenschappen, Op zoek naar oplossingen voor de obstakels op het gebied van de vennootschapsbelasting waarmee het MKB op de interne markt wordt geconfronteerd – hoofdlijnen van een mogelijke proef met belastingheffing volgens de regels van de thuisstaat, Brussel, 23 december 2005, COM(2005) 702 definitief
- 10 ➤ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Naar een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB): balans en vooruitblik, Brussel, 5 april 2006, COM(2006) 157 definitief
- Commissie van de Europese Gemeenschappen, Coördinatie van de directe belastingstelsels van de lidstaten op de interne markt, Brussel, 19 december 2006, COM(2006) 823 definitief
- 15 ➤ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties, Brussel, 19 december 2006, COM(2006) 824 definitief
- Commissie van de Europese Gemeenschappen, Tax Treatment of Losses in Cross-Border Situations; Technical Annexes, Brussel, 19 december 2006, SEC(2006) 1690 definitief
- 20 ➤ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Exitheffingen en de behoefte aan coördinatie van het belastingbeleid van de lidstaten, Brussel, 19 december 2006, COM(2006) 825 definitief
- Commissie van de Europese Gemeenschappen, An overview of the main issues that emerged during the discussion on the mechanism for sharing the CCCTB, Brussel, 27 februari 2007, CCCTB\WP\052\doc\en
- 25 ➤ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Tenuitvoerlegging van het communautaire programma voor grotere groei en werkgelegenheid en voor een sterker concurrentievermogen van de Europese bedrijven - Vorderingen in 2006 en verdere stappen naar een voorstel voor een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), Brussel, 2 mei 2007, COM(2007) 223 definitief
- 30 ➤ Commissie van de Europese Gemeenschappen, CCCTB: possible elements of a technical outline, Brussel, 26 juli 2007, CCCTB/WP057\doc\en
- Commissie van de Europese Gemeenschappen, Report and overview of the main issues that emerged during the discussion on the sharing mechanism SG6 second meeting – 11 June 2007, Brussel, 20 augustus 2007, CCCTB\WP\056\doc\en
- 35 ➤ Commissie van de Europese Gemeenschappen, CCCTB: possible elements of the sharing mechanism, Brussel, 13 November 2007, CCCTB/WP060\doc\en
- Commissie van de Europese Gemeenschappen, CCCTB: possible elements of the administrative framework, Brussel, 13 november 2007, CCCTB/WP061\doc\en
- 40 ➤ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Summary record of the meeting of the CCCTB working group: Held in Brussels on 12 December 2007, Brussel, 4 maart 2008, CCCTB/WP/63/en
- Commissie van de Europese Gemeenschappen, CCCTB WG, Summary record of the meeting of the CCCTB Working Group: Held in Brussels on 14-15 April 2008, Brussel, 2 juli 2008, CCCTB/WP/68/en
- 45 ➤ Europese Commissie, Europa 2020 Een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei, Brussel, 3 maart 2010, COM(2010) 2020 definitief
- Commissie van de Europese Gemeenschappen, Werkprogramma van de Commissie voor 2011, Brussel, 27 oktober 2010, COM(2010) 623 definitief Vol I

- Europees Parlement, Ontwerpresolutie naar aanleiding van werkprogramma van de Commissie voor 2011, 8 december 2010, B7-0688/2010
- Commissie van de Europese Gemeenschappen, Proposal for a council directive on a CCCTB, Brussel, 16 maart 2011, COM(2011) 121/3, 2011/0058 (CNS)
- 5 ➤ Commissie van de Europese Gemeenschappen, Impact assessment, Tabellen Europese Commissie Impact Assessment CCCTB, Brussel, 16 maart 2011, SEC(2011) 315/2
- Commissie van de Europese Gemeenschappen, Impact assessment proposal for a Council Directive on a CCCTB, Brussel, 16 maart 2011, SEC(2011) 315-6

10 Nationale jurisprudentie

- HR 22 februari 1956, nr. 12 518, BNB 1956/132
- HR 4 juni 1986, nr. 23 381, BNB 1986/282
- HR 27 april 1988, nr. 24 226, BNB 1988/220
- HR 29 juni 1988, nr. 24 738, BNB 1988/331
- 15 ➤ HR 16 maart 1994, nr. 27 764, BNB 1994/191
- HR 13 november 1996, nr. 31 008, BNB 1998/47
- HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, V-N 1998/51.15
- HR 20 december 2002, nr. 37 073, BNB 2003/286
- HR 11 juli 2008, nr. 43 484, V-N 2008/34.14
- 20 ➤ Gerechtshof Amsterdam, 15 juli 2010, nr. 08/00135, V-N 2010/35.6
- HR 10 september 2010, nr. 08/03498, V-N 2010/43.14
- HR 7 januari 2011, nr. 43484bis, V-N 2011/3.18

Europese jurisprudentie

- 25 ➤ HvJ, 28 januari 1986, C 270/83, EHvJ-RN C-1983/270 (arrest Avoir fiscal)
- HvJ, 14 februari 1995, nr. C-279/93, Jur. 1995, 225 (arrest Schumacker)
- HvJ, 11 augustus 1995, nr. C-80/94, V-N 1995/2908 pt. 23 (arrest Wielockx)
- HvJ, 27 juni 1996, nr. C-107/94, BNB 1996/350c* (arrest Asscher)
- HvJ, 15 mei 1997, nr. C-250/95, V-N 1997/4242 pt. 27 (arrest Futura)
- 30 ➤ HvJ, 12 mei 1998, nr. C-336/96, Jur. 1998, 2392 (arrest Gilly)
- HvJ, 16 juli 1998, nr. C-264/96, BNB 1998/420c* (arrest ICI)
- HvJ, 21 september 1999, nr. C-307/97, Jur. 1999, 6161 (arrest St.Gobain)
- HvJ, 13 april 2000, nr. C-251/98, V-N 2000/20.22 (arrest Baars)
- HvJ, 6 juni 2000, nr. C-35/98, V-N 2000/28.11 (arrest Verkooijen)
- 35 ➤ HvJ, 14 december 2000, nr. C-141/99, V-N 2001/7.38 (arrest AMID)
- HvJ, 14 juni 2001, nr. C-191/99, V-N 2001/58.23 (arrest Kvaerner)
- HvJ, 15 januari 2002, nr. C-55/00, EHvJ-RN C-2000/55 (arrest Gottardo)
- HvJ, 18 september 2003, nr. C-168/01, Jur. 2003, 9409 (arrest Bosal Holding BV)
- HvJ, 11 maart 2004, nr. C-9/02, Jur. 2004, 2409 (arrest De Lasteyrie du Saillant)
- 40 ➤ HvJ, 7 september 2004, nr. C-319/02, Jur. 2004, 7477 (arrest Manninen)
- HvJ, 5 oktober 2004, nr. C-442/02, EHvJ-RN C-2002/442 (arrest CaixaBank France)
- HvJ, 12 juli 2005, nr. C-403/03, V-N 2005/36.14 (arrest Schempp)
- HvJ, 13 december 2005, nr. C-466/03, BNB 2006/72c* (arrest Marks & Spencer)
- HvJ, 21 februari 2006, nr. C-152/03, V-N 2006/13.10 (arrest Ritter-Coulais)
- 45 ➤ HvJ, 23 februari 2006, nr. C-253/03, V-N 2006/14.18 (arrest CLT-UFA)
- HvJ, 6 juli 2006, nr. C-346/04, V-N 2006/38.8 (arrest Conijn)
- HvJ, 7 september 2006, nr. C-470/04, BNB 2007/22c* (arrest N)
- HvJ, 29 maart 2007, nr. C-347/04, V-N 2007/18.14 (arrest Rewe Zentralfinanz)
- HvJ, 18 juli 2007, nr. C-231/05, V-N 2007/57.13 (arrest Oy AA)

- HvJ, 6 december 2007, nr. C-298/05, V-N 2007/59.8 (arrest Columbus Container Services BVBA & Co.)
- HvJ, 28 februari 2008, nr. C-293/06, V-N 2008/49.2 (arrest Deutsche Shell GmbH)
- HvJ, 15 mei 2008, nr. C-414/06, BNB 2009/85c* (arrest Lidl Belgium)
- 5 ➤ HvJ, 23 oktober 2008, nr. C-157/07, BNB 2009/86* (arrest KR Wannsee)
- HvJ, 4 juni 2009, nr. C-439/07 en C-499/07, V-N 2009/35.17 (arrest KBC Bank)
- HvJ, 27 november 2008, nr. C-418/07, V-N 2008/59.20 (arrest Papillon)
- HvJ, 25 februari 2010, nr. C-337/08, BNB 2010/166c* (arrest X Holding BV)
- HvJ, 3 juni 2010, nr. C-487/08, V-N 2010/28.20 (arrest Commissie tegen Spanje)

10