

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

Is de behandeling van verliezen binnen de wet op de vennootschapsbelasting in overeenstemming met de visie op ‘verliesverrekening door lichamen’ van de Europese Unie als met het EU-recht?

Naam: Bianca van Mullem
Studentnummer: 323033
Begeleider: R.B.N. van Ovest
Datum: 25 maart 2013

Inhoudsopgave

1 Inleiding

1.1	Aanleiding	5
1.2	Probleemstelling	6
1.3	Deelvragen	6
1.4	Afbakening	6
1.5	Doel van het onderzoek	6
1.6	Opbouw	7
1.7	Inhoud	7

2 De visie van de Europese Unie op verliesverrekening

2.1	De visie van de Europese Commissie	8
2.1.1	Fusierichtlijn	8
2.1.2	Ingetrokken richtlijnvoorstellen	11
2.1.2.1	Richtlijnvoorstel overbrenging ondernemingsverliezen	11
2.1.2.2	Richtlijnvoorstel voor de grensoverschrijdende behandeling van verliezen van vaste inrichtingen en dochtervennootschappen	12
2.1.2.3	Deelconclusie	12
2.1.3	Verliesmededeling	12
2.1.3.1	Deelconclusie	17
2.1.4	CCCTB	17
2.1.4.1	Deelconclusie	20
2.2	De visie van het Hof van Justitie EG	21
2.2.1	Verliesverrekening binnen een lichaam	22
2.2.1.1	Deutsche Shell	22
2.2.1.2	Lidl Belgium	23
2.2.1.3	KR Wannsee	24
2.2.1.4	Deelconclusie	26
2.2.2	Verliesverrekening in groepsverband	26
2.2.2.1	Marks & Spencer II	26
2.2.2.2	Papillon	28
2.2.2.3	X Holding	29
2.2.2.4	Philips Electronics	30
2.2.2.5	Deelconclusie	32
2.2.3	Verliesverrekening bij herstructurering	34
2.3	De visie van de Advocaat-generaal	34
2.3.1	Deelconclusie	37
2.4	Slot	37
2.4.1	Samenvatting	37
2.4.2	Mijn mening	42

3 De behandeling van verliezen volgens de wet op de vennootschapsbelasting

3.1	Hoofddregels	41
3.1.1	Deelconclusie	41
3.2	Verliesverrekeningsbeperkingen	42
3.2.1	Artikel 20 VPB	42
3.2.1.1	Beleggingsinstelling	42
3.2.1.2	Houdster- en/of financieringslichaam	43
3.2.2	Artikel 20a VPB	45
3.2.3	Deelconclusie	49
3.3	Verliesverrekening binnen een lichaam	49
3.3.1	Binnenlandse belastingplichtigen	50
3.3.2	Buitenlandse belastingplichtigen	50
3.3.3	Deelconclusie	52
3.4	Verliesverrekening tussen lichamen	52
3.4.1	Deelnemingen	52
3.4.2	Fiscale eenheid	52
3.4.3	Deelconclusie	57
3.5	Verliesverrekening bij herstructurering	57
3.5.1	Samenvatting	60
3.6	Samenvatting	60

4 Is de behandeling van verliezen door de vennootschapsbelasting in overeenstemming met de Europese visie en EU-recht

4.1	De hoofddregels voor verliesverrekening	63
4.1.1	De visie van de Europese Unie op de hoofddregels voor verliesverrekening	63
4.1.2	Toetsing van de hoofddregels voor verliesverrekening aan EU-recht	64
4.2	Verliesverrekeningsbeperkingen	65
4.2.1	De verliesverrekeningsbeperkingen uit artikel 20 VPB	
4.2.1.1	De visie van de Europese Unie op de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 VPB	
4.2.1.2	Toetsing aan EU-recht van de verliesverrekeningsbeperkingen uit artikel 20 VPB	
4.2.2	De verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20a VPB	
4.2.2.1	De visie van de Europese Unie op de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20a VPB	
4.2.2.2	De verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20a VPB aan EU-recht getoetst	
4.3	Verliesverrekening binnen een lichaam	
4.3.1	De visie van de Europese Unie op artikel 15e VPB en artikel 15i VPB	
4.3.2	Toetsing van artikel 15e VPB en artikel 15i VPB aan EU-recht	
4.4	Verliesverrekening tussen lichamen	
4.4.1	De visie van de Europese Unie op verliesverrekening tussen lichamen	
4.4.2	Toetsing van verliesverrekening tussen lichamen aan EU-recht	
4.5	Verliesverrekening bij herstructurering volgens de vennootschapsbelasting	
4.5.1	De visie van de Europese Unie op verliesverrekening bij herstructurering	
4.5.2	Toetsing van de herstructureringsfaciliteiten aan EU-recht	
4.6	Samenvatting	

5 Conclusie

5.1	Deelvraag 1
5.2	Deelvraag 2
5.3	Deelvraag 3
5.4	Probleemstelling

Tabel 1

Literatuurlijst

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

In geheel 2009 verkeerde Nederland in een recessie omdat in alle vier de kwartalen op rij het Bruto Binnenlands Product¹ van Nederland was afgenomen.² In het vierde kwartaal van 2011 tot en met het derde kwartaal van 2012 is het BBP van Nederland weer ieder kwartaal gekrompen.³ Daarnaast blijkt uit de verschillende indicatoren van de conjunctuurklok dat Nederland zich ook in januari 2013 in een fase van laagconjunctuur bevond.⁴ Gezien deze cijfers is de economische situatie in Nederland nu en de afgelopen jaren niet echt best geweest. Ook de economische voorspellingen van de Nederlandse economie in de nabije toekomst zien er somber uit.⁵ Deze verslechterde economische situatie heeft negatieve gevolgen gehad voor het Nederlandse bedrijfsleven. Deze negatieve gevolgen uitten zich doordat winstwaarschuwingen werden gegeven,⁶ verliezen werden geleden⁷ en een recordaantal faillissementen werd uitgesproken.⁸

De economische situatie waar Nederland zich in bevindt, beïnvloedt de commerciële resultaten in negatieve zin. Ondanks het feit dat de commerciële winstbepaling afwijkt van de fiscale winstbepaling heeft de conjunctuur weldegelijk invloed op het fiscale resultaat. De kans dat er fiscaal gezien sprake is van een verlies voor de vennootschapsbelasting wordt door de huidige economische situatie in Nederland dus vergroot. Doordat de kans op een verlies voor de vennootschapsbelasting is vergroot is verliesverrekening binnen de vennootschapsbelasting in de actualiteit beland. Nu nog meer dan anders zullen de belastingplichtigen de grenzen van hun verliesverrekeningsmogelijkheden (moeten) opzoeken. In hun zoektocht naar ruimere verliesverrekeningsmogelijkheden kunnen de belastingplichtigen zich mogelijk gesteund voelen door de visie van de Europese Unie op verliesverrekening door lichamen. De visie van de Europese Unie op verliesverrekening door lichamen wordt gevormd door de visie van de Europese Commissie en de visie van het Hof van Justitie EG ten aanzien van dit onderwerp. Als de vennootschapsbelastingregels ten aanzien van verliesverrekening wordt vergeleken met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening dan kan worden geconstateerd dat deze vennootschapsbelastingregels op bepaalde punten van wijkt van deze visie. Met deze wetenschap kan een belastingplichtige soms een voordeel behalen.

Daarnaast is het nog maar de vraag of de Nederlandse behandeling van verliezen in de vennootschapsbelasting in overeenstemming is met EU-recht. Het onderwerp van deze

¹ Hierna: BBP.

² Met de term recessie sluit ik aan bij de definitie die door het Centraal Bureau voor de Statistiek wordt gehanteerd namelijk dat er minimaal twee kwartalen op rij sprake is van een krimp van het Bruto Binnenlands Product.

³ <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=81171NED&D1=64-65&D2=0-1&D3=60-122&HDR=T&STB=G1,G2&VW=T>

⁴ <http://www.cbs.nl/nl->

NL/menu/themas/dossiers/conjunctuur/publicaties/conjunctuurbericht/inhoud/conjunctuurklok/conjunctuurlok2.htm

⁵ Het Centraal Bureau voor de Statistiek verwacht dat de Nederlandse economie ook in 2013 krimpt. Zij verwacht namelijk een daling van het Bruto Binnenlandse Product van 0,5%. Zie: Centraal Bureau voor de Statistiek, *'Decemberraming 2012: economische vooruitzichten 2013'*, 19 december 2012.

⁶ Bijvoorbeeld KPN en Delta Lloyd zie: Volkskrant, *'KPN: duizenden ontslagen en een winstwaarschuwing'*, ANP 21 april 2011, en, NRC, *'Winstwaarschuwing Delta Lloyd, verzesvoudiging winst Aegon'*, 8 november 2012.

⁷ <http://www.cbs.nl/nl->

NL/menu/themas/dossiers/conjunctuur/publicaties/conjunctuurbericht/inhoud/conjunctuurklok/conjunctuurlok2.htm

⁸ Centraal Bureau voor de Statistiek, Persbericht, *'Recordaantal faillissementen in 2012,'* 23 januari 2013.

masterscriptie wordt dan ook gevormd door de toetsing van de verliesverliesverrekeningsmogelijkheden uit de vennootschapsbelasting aan de visie van de Europese Unie op verliesverrekening door lichamen en aan het EU-recht. Het is namelijk voor zowel belastingplichtigen als de Nederlandse wetgever van belang om te weten in hoeverre de vennootschapsbelastingregels over verliesverrekening in overeenstemming zijn met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening en EU-recht.

1.2 Probleemstelling

Gezien het onderwerp van deze masterscriptie heb ik de volgende probleemstelling geformuleerd:

“Is de behandeling van verliezen binnen de wet op de vennootschapsbelasting in overeenstemming met de visie op ‘verliesverrekening door lichamen’ van de Europese Unie als met het EU-recht?”

1.3 Deelvragen

Voordat de probleemstelling van de masterscriptie kan worden beantwoord zal eerst antwoord worden gegeven op een drietal deelvragen. Deze drie deelvragen luiden als volgt:

- 1 *“Wat is de visie van de Europese Unie op verliesverrekening door lichamen?”*
- 2 *“Hoe worden verliezen binnen de wet op de vennootschapsbelasting behandeld?”*
- 3 *“Is de behandeling van verliezen binnen de wet of de vennootschapsbelasting in strijd met de visie van de Europese Unie en EU-recht?”*

De beantwoording van deze drie deelvragen staat centraal in de eerste drie inhoudelijke hoofdstukken van deze masterscriptie.

1.4 Afbakening

Gezien het onderwerp van deze masterscriptie wordt voornamelijk stil gestaan bij de vennootschapsbelastingaspecten en EU-rechtelijke aspecten die een rol spelen bij verliesverrekening door lichamen. Hierbij wordt er niet ingegaan op de vraag of er mogelijk sprake is van staatssteun. Daarnaast wordt er in deze masterscriptie ook geen aandacht besteed aan de toetsing aan internationaal belastingrecht. Tevens wordt in deze masterscriptie de aanname gemaakt dat een verlies voor de vennootschapsbelasting formeel gezien op de correcte wijze is vastgesteld. De formele regelgeving over het vaststellen van een verlies voor de vennootschapsbelasting uit artikel 20b VPB, artikel 21 VPB en artikel 21a VPB zal in de masterscriptie dan ook niet worden behandeld. Daarnaast wil ik aangegeven dat de in paragraaf 1.8 Inhoud, geschetste inhoud kan worden gezien als een uitbreiding van deze sub paragraaf. Ten slotte wil ik aangeven dat met behulp van voetnoten in deze masterscriptie is aangegeven welke onderwerpen er buiten de reikwijdte van deze masterscriptie vallen.

1.5 Doel van het onderzoek

Het doel van dit onderzoek is tweeledig. Ten eerste wil ik in deze masterscriptie onderzoeken of de behandeling van verliezen binnen de vennootschapsbelasting overeenkomt met de Europese visie op verliesverrekening door lichamen. Ten tweede wil ik onderzoeken of deze vennootschapsbelastingregels in overeenstemming zijn met EU-recht. Door het verrichten van een uitgebreid literatuur- en jurisprudentieonderzoek heb ik de informatie verkregen die nodig is voor de beantwoording van deze probleemstelling. Hierbij wordt de visie van de Europese Unie op verliesverrekening en het EU-recht als toetsingscriterium gehanteerd.

1.6 Opbouw

Deze masterscriptie is opgebouwd uit vijf verschillende hoofdstukken. De titels van deze vijf hoofdstukken luiden als volgt:

Hoofdstuk 1: Inleiding

Hoofdstuk 2: De visie van de Europese Unie op verliesverrekening

Hoofdstuk 3: De behandeling van verliezen volgens de wet op de vennootschapsbelasting

Hoofdstuk 4: De vennootschapsbelastingregels voor de behandeling van verliezen getoetst aan de visie van de Europese Unie op verliesverrekening en EU-recht

Hoofdstuk 5: Conclusie.

Voor een gedetailleerde weergave van de opbouw verwijs ik naar de inhoudsopgave.

1.7 Inhoud

De inhoudelijke behandeling van de probleemstelling vindt plaats in hoofdstuk 2, 3 en 4. Hieronder wordt kort aangegeven wat er in deze inhoudelijke hoofdstukken wordt behandeld.

In hoofdstuk twee wordt de eerste deelvraag beantwoord. In dit hoofdstuk wordt aangegeven wat de visie van de Europese Unie op verliesverrekening door lichamen is. Deze visie kan worden onderverdeeld in de visie van de Europese Commissie en de visie van het Hof van Justitie EG. Beide visies worden dan ook afzonderlijk in dit hoofdstuk behandeld. Daarnaast wordt er in dit hoofdstuk ook stil gestaan bij de visie van de Advocaat-generaal omdat het Hof van Justitie EG nog geen antwoord heeft gegeven op een aantal prejudiciële vragen over verliesverrekening door lichamen terwijl de Advocaat-generaal hier al wel een conclusie over heeft geschreven.

In hoofdstuk drie wordt de tweede deelvraag beantwoord. In dit hoofdstuk zal worden geschetst hoe verliezen door de wet op de vennootschapsbelasting worden behandeld. In dit hoofdstuk wordt aangegeven hoe de hoofdregels van verliesverrekening uitwerken. Daarnaast wordt geschetst hoe de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 VPB en artikel 20a VPB uitwerken. Vervolgens wordt er ook ingegaan op een deel van de resultaatbepaling binnen de vennootschapsbelasting. Er wordt namelijk aandacht besteed aan het verrekenen van verliezen binnen een lichaam. Hiermee bedoel ik het salderen van verschillende onderdelen van de belastbare winst of het Nederlandse inkomen. Dit subonderwerp zal vooral ingaan op vaste inrichtingsrelaties. Vervolgens wordt er ook aandacht besteed aan het verrekenen van verliezen tussen lichamen. Deze mogelijkheid doet zich binnen de vennootschapsbelasting op twee plaatsen voor, namelijk de liquidatieverliesregeling uit artikel 13d VPB en het fiscale eenheidsregime. Ten slotte wordt er ook aandacht besteed aan de gevolgen die herstructureringsituaties die in de Fusierichtlijn worden genoemd kunnen hebben op de verliesverrekeningsmogelijkheden.

Het vierde hoofdstuk van deze masterscriptie is tevens het laatste inhoudelijke hoofdstuk. In hoofdstuk vier worden de verschillende vennootschapsbelastingregels, die in het vorige hoofdstuk zijn behandeld, getoetst aan zowel de visie van de Europese Unie ten aanzien van verliesverrekening door lichamen als EU-recht. Als toetsen aan de visie van de Europese Unie niet mogelijk is dan wordt er, indien relevant, getoetst aan de visie van de Advocaat-generaal. Voor het toetsen aan EU-recht wordt zo veel mogelijk het stappenplan van het Hof van Justitie EG⁹ worden gehanteerd. Met behulp van dit stappenplan wordt getoetst of er sprake is van: grensoverschrijdend verkeer, een belemmering, een rechtvaardiging en of de belastingmaatregel proportioneel is.

⁹ Met het stappenplan van het Hof van Justitie EG bedoel ik dat de volgende elementen worden getoetst: grensoverschrijdend verkeer, belemmering, rechtvaardiging en proportionaliteit.

2 De visie van de Europese Unie op verliesverrekening

In dit hoofdstuk wordt de eerste deelvraag beantwoord. Deze deelvraag luidt: Wat is de visie van de Europese Unie op verliesverrekening door lichamen. De visie van de Europese Unie op verliesverrekening door lichamen valt uiteen in de visie van de wetgevende macht – en de visie van de rechtsprekende macht binnen de Europese Unie. De instantie binnen de Europese Unie die zich bezighoudt met het maken van richtlijnvoorstellen is de Europese Commissie. De visie van de Europese Commissie kan dan ook worden gezien als de visie van de wetgevende macht binnen de Europese Unie. De visie van de Europese Commissie ten aanzien van verliesverrekening door lichamen wordt gevormd door: een ingevoerde richtlijn, ingetrokken richtlijnvoorstellen en de conceptribrichtlijn Common Consolidated Corporate Tax Base.¹⁰ De visie van de Europese Commissie ten aanzien van verliesverrekening door lichamen wordt besproken in paragraaf 2.1. De visie van de rechtsprekende macht binnen de Europese Unie kan worden verkregen door te kijken naar de visie van het Hof van Justitie EG. De visie van het Hof van Justitie EG ten opzichte van verliesverrekening door lichamen kan worden afgeleid uit jurisprudentie. In paragraaf 2.2 worden drie verschillende jurisprudentiegroepen behandeld, namelijk verliesverrekening binnen een lichaam, verliesverrekening tussen lichamen en verliesverrekening bij herstructurering. Omdat er ten aanzien van verliesverrekening door lichamen ook prejudiciële vragen zijn gesteld die nog niet door het Hof van Justitie EG zijn beantwoord, is het relevant om de conclusie van de Advocaat-generaal ten aanzien van deze vragen te bespreken. De visie van de Advocaat-generaal wordt in paragraaf 2.3 afzonderlijk besproken omdat de visie van de Advocaat-generaal niet kan worden gezien als de visie van de rechtsprekende macht binnen de Europese Unie. Wel is de visie van de Advocaat-generaal een belangrijke visie in de Europese Unie die mogelijk in de toekomst door het Hof van Justitie EG kan worden bevestigd.

2.1 De visie van de Europese Commissie

De visie van de Europese Commissie over verliesverrekening door lichamen kan worden afgeleid uit: een ingevoerde richtlijn, ingetrokken richtlijn voorstellen den de conceptribrichtlijn CCCTB. Deze informatiebronnen waaruit de visie van de Europese Commissie ten aanzien van verliesverrekening door lichamen kan worden afgeleid worden in afzonderlijk subparagrafen behandeld.

2.1.1 Fusierichtlijn

De visie van de Europese Unie over verliesverrekening door lichamen kan worden afgeleid uit de nieuwste versie van de Richtlijn van de Raad betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat van kracht.¹¹ De richtlijn beoogt te bewerkstelligen dat de fiscale belemmeringen rond dergelijke transacties worden weggenomen. Doordat deze doelstelling is vormgegeven in een richtlijn moesten de lidstaten deze richtlijn omzetten in nationaal recht. Hierbij kan een lidstaat er voor kiezen om af te wijken van de letterlijke tekst van de richtlijn. De richtlijn is namelijk alleen bindend ten aanzien van het resultaat. Als een lidstaat de richtlijn niet, niet juist of niet tijdig heeft omgezet in nationaal recht dan kan de belastingplichtige zich rechtstreeks beroepen op de richtlijn als toepassing van de richtlijn voor deze belastingplichtige gunstiger is.

¹⁰ Hierna: CCCTB.

¹¹ Richtlijn betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van en SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, Publicatieblad van de Europese Unie L 310/34, 25 november 2009, blz. 34 en 40. Deze richtlijn wordt hierna als Fusierichtlijn aangeduid.

De Fusierichtlijn geldt niet bij alle vormen van herstructurering. Wil de Fusierichtlijn van toepassing kunnen zijn dan moet er aan een drietal vereisten cumulatief worden voldaan:

- Ten eerste moet de rechtsvorm van het lichaam worden genoemd in artikel 3 FR en bijlage 1 van de Fusierichtlijn.
- Ten tweede moet de fiscale vestigingsplaats van het lichaam zijn gelegen in een lidstaat van de Europese Unie. In het geval van een 'dual resident' wordt hier alleen aan voldaan indien dit lichaam ook op basis van het belastingverdrag is gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie.
- Ten derde moet het lichaam volgens artikel 3 FR zijn onderworpen aan één van de belastingen die in bijlage 1 deel B FR worden genoemd. Deze onderworpenheid moet volgens artikel 3 sub c FR zonder keuzemogelijkheid bestaan. Daarnaast mag het lichaam niet subjectief zijn vrijgesteld van deze belasting.

Als aan alle drie deze vereisten wordt voldaan dan zijn de bepalingen van de Fusierichtlijn die door de lidstaten zijn omgezet in nationaal recht van toepassing. De nationaal rechtelijke bepalingen zorgen er bijvoorbeeld voor dat de fusie tussen twee vennootschappen die ieder in een andere lidstaat zijn gevestigd er niet meer toe leidt dat er op dat moment belasting is verschuldigd. Het heffingsmoment wordt uitgesteld zodat grensoverschrijdend fuseren niet wordt belemmerd. Dit is zo vormgegeven dat dit zonder claimverlies gepaard gaat. De onderneming van de inbrengende vennootschap wordt fiscaal namelijk gezien als een vaste inrichting van de ontvangende vennootschap zodat er ten aanzien van de lidstaat waarin de inbrengende vennootschap is gevestigd geen claimverlies optreedt. Deze lidstaat die heffingsbevoegd was ten aanzien van de inbrengende vennootschap is nu immers heffingsbevoegd geworden ten aanzien van de vaste inrichting. De Fusierichtlijn, die is omgezet in nationaal recht, zorgt dus voor uitstel van belastingheffing zodat grensoverschrijdende herstructurering niet wordt belemmerd.¹²

In de Fusierichtlijn zijn ook regels opgenomen die gaan over de behandeling van verliezen. Zoals in de preambule al wordt opgemerkt zijn deze specifieke regels nodig indien de 'inbrengende vennootschap' verliezen heeft die nog niet zijn verrekend.¹³ Met de term 'inbrengende vennootschap' wordt volgens artikel 2 lid f van de Fusierichtlijn bedoeld een vennootschap die de activa en passiva van haar vermogen overdraagt of haar gehele dan wel één of meer takken van bedrijvigheid inbrengt. Indien een vennootschap onverrekenbare verliezen bezit zijn aanvullende regels nodig om de transactie fiscaal onbelemmerd te laten plaatsvinden. Deze regels kunnen worden teruggevonden in artikel 6 FR. Hierin staat dat indien de inbrengende lidstaat een regeling kent dat de overnemende vennootschap ook de verliezen kan overnemen, deze regeling ook moet gelden in grensoverschrijdende situaties. Volgens dit artikel moet de vaste inrichting van de overnemende vennootschap, die is gevestigd in de lidstaat van de inbrengende vennootschap, dan de verliezen van de inbrengende vennootschap overnemen. Hoe dit precies werkt is onduidelijk. Zo is het de vraag of de verliesoverdracht geldt ten aanzien van totaal aan verlies of slechts voor het deel van het verlies dat toerekenbaar is aan de vaste inrichting van de overnemende vennootschap. In mijn ogen hangt dit af van het nationale recht van de lidstaat waar de inbrengende vennootschap is gevestigd.¹⁴ Indien deze lidstaat in een binnenlandse situatie een beperking van verliesoverdracht kent zodat

¹² Met de term 'grensoverschrijdende herstructurering' doel ik op fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil die plaatsvindt tussen vennootschappen die in verschillende lidstaten zijn gevestigd.

¹³ Richtlijn 2009/133/EG van 19 oktober 2009 van de Raad betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, Publicatieblad van de Europese Unie, 25 november 2009, nr. L 310, blz. 35.

¹⁴ S.R. Panchar, *Cursus Belastingrecht Europees belastingrecht*, 7.2.5.C Overname van onverrekenbare verliezen, bijgewerkt tot 29 maart 2012.

slecht het verlies kan worden overgenomen voor zover dit toerekenbaar is aan de vaste inrichting van de overnemende vennootschap dan werkt dat naar mijn mening door naar grensoverschrijdende situaties. In artikel 6 FR staat namelijk dat de werking van de nationaalrechtelijke bepalingen moeten worden opgerekt zodat ze ook gelden in grensoverschrijdende situaties. Dit artikel bevat echter geen expliciete regels voor de wijze waarop het overgedragen verlies kan worden verrekend.¹⁵ Zo is niet bekend of uitsluitend de winst van deze vaste inrichting tot verrekening kan leiden van dit verlies of dat andere positieve resultaten van de overnemende vennootschap die zijn behaald in de lidstaat van de inbrengende vennootschap kunnen worden gebruikt voor verliesverrekening. Doordat vrijwel geen enkel belastingverdrag het ‘force of attraction’ principe hanteert ten aanzien van vaste inrichtingen vind ik dat het overgedragen verlies dat toerekenbaar is aan de vaste inrichting slechts kan worden verrekend met winsten die door deze vaste inrichting zijn behaald.

Naast deze situatie zijn er ook andere situaties denkbaar waarbij er specifieke regels nodig zijn voor de behandeling van verlies. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de inbreng van een vaste inrichting die in een andere lidstaat is gevestigd dan de lidstaat van de inbrengende vennootschap.¹⁶ De regels die hiervoor gelden staan in artikel 10 FR. In dit artikel wordt in beginsel bewerkstelligd dat de lidstaat van de inbrengende vennootschap niet mag heffen over de overdrachtswinst die wordt behaald bij de overdracht van de vaste inrichting. Dit is echter anders indien er tussen deze twee lidstaten op basis van het verdrag is afgesproken dat er op deze situatie niet de vrijstellings- maar de verrekeningsmethode van toepassing is. In dat geval mag de lidstaat waar de inbrengende vennootschap is gevestigd heffen ten aanzien van haar wereldwinst maar moet zij de belasting die verschuldigd zou zij geweest in de vaste inrichtingsstaat verrekenen. Daarnaast regelt dit artikel dat er in de vaste inrichtingsstaat een doorschuifregeling wordt gehanteerd. Het feit dat de vaste inrichting van de ene buitenlandse belastingplichtige overgaat op de andere buitenlandse belastingplichtige mag in dit geval niet leiden tot een heffingsmoment. Ook voor de eventuele verliezen die toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting is wat geregeld in artikel 10 FR. De verliezen die toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting blijven bij deze vaste inrichting. Als de inbrengende vennootschap in het verleden de verliezen van deze vaste inrichting heeft afgetrokken van haar eigen resultaat dan mag deze lidstaat het in aanmerking nemen van verliezen ongedaan maken. Het absolute bedrag aan verlies van de vaste inrichting dat nog in de toekomst kan worden verrekend wordt dan opgeteld bij het belastbare resultaat van de inbrengende vennootschap. Op deze wijze wordt voorkomen dat een verlies twee keer kan worden verrekend.

Uit de Fusierichtlijn kan worden afgeleid hoe de Europese Unie aankijkt tegen verliesverrekening door lichamen bij herstructureringsituaties. De visie van de Europese Unie die uit de Fusierichtlijn kan worden afgeleid geldt echter alleen ten aanzien van herstructureringsituatie die onder de reikwijdte vallen van de Fusierichtlijn. In de Fusierichtlijn wordt geregeld wanneer herstructurering fiscaal geruisloos plaats dient te vinden. In deze richtlijn werd er echter slechts kort aandacht besteed aan de behandeling van verliezen. De regels ten aanzien van verliesverrekening die wel zijn getroffen komen er op neer dat wanneer de inbrengende vennootschap beschikt over onverrekenende verliezen dat deze verliezen dan achter blijven in deze lidstaat in een vaste inrichting die bij het overnemende lichaam gaat behoren. Er vindt dus geen grensoverschrijdende verliesverrekening plaats. Daarnaast is er geregeld in de Fusierichtlijn dat er in bepaalde gevallen wordt doorgeschoven als een buitenlandse vaste inrichting tot de inbreng behoort.

¹⁵ S.R. Pancham, *Cursus Belastingrecht Europees belastingrecht*, 7.2.5.C Overname van onverrekenende verliezen, bijgewerkt tot 29 maart 2012.

¹⁶ Hierbij is het mogelijk dat de vaste inrichting is gevestigd in de lidstaat waarin de overnemende vennootschap is gevestigd. Ook is het mogelijk dat deze vaste inrichting is gevestigd in een andere lidstaat dan waar de overnemende – of de inbrengende vennootschap is gevestigd.

2.1.2 Ingetrokken richtlijnvoorstellen

In het verleden heeft de Europese Commissie twee richtlijnvoorstellen ingediend over verliesverrekening door lichamen die geen van beide zijn uitgegroeid tot richtlijn. Toch bevatten deze richtlijnvoorstellen informatie hoe er door de Europese Commissie destijds werd en misschien nog steeds wel wordt aangekeken tegen verliesverrekening door lichamen.

2.1.2.1 Richtlijnvoorstel overbrenging ondernemingsverliezen

Op 11 september 1984 diende de Europese Commissie het voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-staten met betrekking tot het fiscale stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen¹⁷ in.¹⁸ Met dit voorstel wilde de Europese Commissie bereiken dat ondernemingsverliezen in alle lidstaten op gelijke wijze behandeld zouden worden. Dit voorstel richtte zich op het verlies dat is geleden na rekening te hebben gehouden met de in het buitenland behaalde resultaten van dochtervennootschappen of vaste inrichtingen.¹⁹

In dit voorstel stelde de Europese Commissie verliesverrekeningsregels voor. Deze voorgestelde regels bepaalden dat er nooit meer verlies kon worden verrekend dan dat er aan winst in de heffing was betrokken. Daarnaast stelde de Europese Commissie regels over de verliesverrekeningstermijnen voor. De Europese Commissie wilde de voorwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid niet limiteren in de tijd omdat een dergelijke beperking volgens haar op geen enkele wijze kon worden gerechtvaardigd. Ook stelde zij een achterwaartse verliesmogelijkheid voor die werd beperkt in de tijd. Zij stelde een achterwaartse verliesverrekeningstermijn van twee jaar voor omdat een langere termijn in haar ogen kon leiden tot budgettaire problemen bij de lidstaten. In het gewijzigde voorstel van de verliesrichtlijn werd deze achterwaartse verliesverrekeningstermijn opgerekt naar drie jaar.²⁰

Ook stelde de Europese Commissie in dit richtlijnvoorstel een verliesverrekeningsvolgorde voor. Zij wilde dat de belastingplichtige in beginsel vrij is in zijn keuze met welke winst hij een verlies wil compenseren. Toch bood de Europese Commissie de lidstaten ook de mogelijkheid om hier van af te wijken indien verschillende categorieën winsten onderworpen zijn aan andere tarieven. De lidstaat kon er dan voor kiezen dat verliesverrekening alleen werd toegestaan indien de resultaten waren behaald binnen dezelfde winstcategorie. Hieraan verbond de Europese Commissie de extra voorwaarde dat dit niet mocht leiden tot een ongerechtvaardigd uitstel van verliesverrekening. Naast deze voorgestelde hoofdregels over de verliesverrekeningstermijnen en de verliesverrekeningsvolgorde merkte de Europese Commissie op dat mogelijkheden voor verliesverrekening niet mochten leiden tot misbruik of bedrog door de belastingplichtige.

Zowel het Europese Parlement als het Economische en Sociaal Comité hadden advies gegeven over hoe het voorstel voor de verliesrichtlijn kon worden verbeterd. Zo pleitte het Europese Parlement bijvoorbeeld voor een uniforme antimisbruikbepaling die het mogelijke misbruik en bedrog omtrent verliesverrekening diende tegen te gaan.²¹ Het Economische en Sociaal Comité pleitte voor andere

¹⁷ Hierna: Voorstel verliesrichtlijn.

¹⁸ Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-Staten met betrekking tot het fiscale stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 20 september 1984, nr. C253, blz. 5 en 6.

¹⁹ Wijziging van het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-Staten met betrekking tot het fiscale stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 8 juli 1985, nr. C 170, blz. 3.

²⁰ Ibid.

²¹ Advies van het Europese Parlement inzake het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-Staten met betrekking tot het fiscaal stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 18 februari 1985, nr. C 46, blz. 84.

verliesverrekeningstermijnen.²² Dit comité stelde voor om de achterwaartse verliesverrekeningstermijn aan te passen naar twee jaar en om de voorwaartse verliesverrekeningsmogelijkheden te beperken tot een termijn van acht jaar. Zij vond namelijk, zonder dit verder toe te lichten, dat dat de door de Europese Commissie voorgestelde onbeperkte voorwaartse verliesmogelijkheid onacceptabel was. Ondanks het feit dat het voorstel voor een verliesrichtlijn overwegend positief werd ontvangen leidde dit niet tot een verliesrichtlijn. Op 4 januari 1997 werd het voorstel tot een verliesrichtlijn ingetrokken.²³

2.1.2.2 Richtlijnvoorstel voor de grensoverschrijdende behandeling van verliezen van vaste inrichtingen en dochtervennootschappen

De Europese Commissie diende op 28 februari 1991 opnieuw een richtlijnvoorstel dat zich richtte op de fiscale behandeling van verliezen.²⁴ Ditmaal stond het grensoverschrijdend in aanmerking kunnen nemen van verliezen die waren geleden door een vaste inrichting of een dochtervennootschap die in een andere lidstaat was gevestigd centraal. De Europese Commissie wilde met dit voorstel bereiken dat ten aanzien van verliesverrekening een onderneming die op communautair niveau actief was niet nadeliger werd behandeld dan een onderneming die slechts actief was binnen één lidstaat.²⁵

Indien een vennootschap een vaste inrichting bezit in een andere lidstaat zag de Europese Commissie twee methoden waarop de vennootschap rekening kon houden met de door de vaste inrichting geleden verliezen. Zo kon de verrekeningsmethode worden gehanteerd of de methode van aftrek van verliezen met latere verdiscontering.

Bij toepassing van de verrekeningsmethode was de vennootschap belastingplichtig in de lidstaat waarin hij was gevestigd ten aanzien van zijn wereldwinst. Dit hield in dat ook het resultaat van de vaste inrichting die in een andere lidstaat was gevestigd werd meegenomen in de bepaling van de belastinggrondslag. Het resultaat van de vaste inrichting werd bepaald volgens de belastingregels die golden in het vestigingsland van het hoofd huis.²⁶ Vervolgens werd er berekend hoeveel belasting de vennootschap verschuldigd zou zijn geweest ten aanzien van de wereldwinst. Daarna werd dit bedrag verminderd met de belasting die in de andere lidstaat was verschuldigd. Op deze wijze verhoogde de vaste inrichtingswinst de belastinggrondslag in de vestigingsstaat van de vennootschap maar werd dit gecorrigeerd door de te betalen belasting te verminderen met de in het buitenland betaalde belasting. Als er echter sprake was van een vaste inrichtingsverlies in de andere lidstaat dan verlaagde dit direct de belastinggrondslag van de vennootschap waardoor een vennootschap met een vaste inrichting in een andere lidstaat niet langer nadeliger werd behandeld dan een vennootschap met een binnenlandse vaste inrichting. Indien de lidstaat er voor koos om deze verrekeningsmethode in te voeren dan verplichtte het richtlijnvoorstel dat deze methode door alle belastingplichtigen uit die lidstaat werd toegepast.

Indien een lidstaat er niet voor koos om de verrekeningsmethode in te voeren dan vormde de methode van aftrek van verliezen met latere verdiscontering een alternatief. Bij deze methode

²² Advies van het Economische en Sociaal Comité inzake het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-Staten met betrekking tot het fiscale stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 1 juli 1985, nr. C 160, blz. 35-36.

²³ Intrekking van verschillende voorstellen en ontwerpen van de Commissie, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 4 januari 1997, nr. C 2, blz. 6.

²⁴ Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van verliezen van hun in andere Lid-Staten gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 28 februari 1991, Nr. C 53, blz. 30 t/m 34.

²⁵ Ibid., blz. 30.

²⁶ Advies over het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de verliezen van hun in andere lid-staten gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, Nr. C 120, blz. 41.

werd het in de andere lidstaat behaalde vaste inrichtingsresultaat in beginsel niet meegenomen in de bepaling van de belastinggrondslag. Dit veranderde echter indien er sprake was van een vaste inrichtingsverlies in een andere lidstaat, dan werd dit namelijk wel meegenomen in de bepaling van de belastinggrondslag. Hierbij diende het vaste inrichtingsverlies te worden bepaald aan de hand van de belastingwetgeving die gold in de lidstaat waarin de vaste inrichting was gevestigd.²⁷ Het vestigingsland van het hoofdhuis mocht vervolgens ook de winsten die door deze vaste inrichting werden behaald meenemen in de belastinggrondslag tot het absolute bedrag van het verlies waarmee rekening werd gehouden. Soms duurde het echter lang voordat deze vaste inrichting weer winstgevend werd. Daarnaast kon de situatie zich voordoen dat het vaste inrichtingsverlies definitief werd omdat de vaste inrichting was verkocht of was geliquideerd. Om te voorkomen dat het vestigingsland van het hoofdhuis definitief rekening moest houden met dergelijke verliezen was er in het richtlijn voorstel een bepaling opgenomen.²⁸ Hierin werd geregeld dat lidstaten het absolute bedrag van het vaste inrichtingsverlies dat na een periode van 5 jaar nog niet was ingehaald mocht optellen bij het belastbare object van het hoofdhuis. Daarnaast regelde deze bepaling dat lidstaten dit ook konden doen indien deze vaste inrichting was verkocht, geliquideerd of was omgevormd tot een dochtervennootschap. Hoewel de verrekeningsmethode verplicht moest worden toegepast door vennootschappen indien de lidstaat voor deze methode koos, gold dit niet voor de methode van aftrek van verliezen met latere verdiscontering.²⁹ De keuze was aan de vennootschap of zij deze methode wel of niet wilde toepassen.

Volgens de Europese Commissie was de methode van aftrek van verliezen met latere verdiscontering de meest geschikte methode indien het verlies niet was geleden door een vaste inrichting maar door een dochtervennootschap. Deze methode kon alleen worden toegepast indien de moedervennootschap er voor koos om deze methode ten aanzien van die dochtervennootschap toe te passen. Ten aanzien van deze moedervennootschap eiste het richtlijnvoorstel dat zij minimaal 75% van de aandelen bezat en minimaal de meerderheid van de stemrechten had. Aan de lidstaten werd echter de mogelijkheid gegeven om een lager aandelenbezitsvereiste te formuleren.³⁰ Met behulp van deze methode kon de moedervennootschap rekening houden met het verlies dat door de dochtervennootschap uit een andere lidstaat was geleden. Hierbij diende het verlies van de dochtervennootschap te worden bepaald aan de hand van de belastingwetgeving die gold in de lidstaat waarin de dochtervennootschap was gevestigd. De mate waarin de moedervennootschap rekening kon houden met dit verlies diende te worden bepaald aan de hand van het aandelenbelang. Als het verlies van de dochtervennootschap werd overgedragen aan de moedervennootschap dan mocht deze moedervennootschap haar deelneming niet afwaarderen. Een afwaardering zou namelijk inhouden dat het verlies twee maal in aanmerking werd genomen. Daarnaast hoefde het vestigingsland van de moedervennootschap geen rekening te houden met definitieve verliezen van de dochtervennootschap die bijvoorbeeld waren ontstaan als gevolg van liquidatie. Het stond het vestigingsland van de moedervennootschap vrij om het bedrag aan definitieve verliezen van de dochtervennootschap waarmee rekening werd gehouden ambtshalve op te tellen bij het belastbare bedrag van de moedervennootschap.

²⁷ Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de verliezen van hun in andere Lid-Statens gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 28 februari 1991, nr. C 53, blz. 32.

²⁸ Ibid., blz. 32.

²⁹ Voortel voor een richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de verliezen van hun in andere Lid-Statens gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 28 februari 1991, nr. C 53, blz. 31.

³⁰ Advies over het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de verliezen van hun in andere lid-staten gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 6 mei 1991, nr. C 120, blz. 42.

Ook dit richtlijnvoorstel heeft het niet gered en werd ingetrokken op 9 januari 2004.³¹ Redenen voor het intrekken van dit voorstel konden worden gevonden in het advies van het Economisch en Sociaal Comité. In dit advies gaf zij aan dat zij het juist vond dat de omvang van het verlies werd bepaald door de wetgeving van de lidstaat waarin het verlies was geleden indien de methode van aftrek met latere verdiscontering werd toegepast. Ook onderkende zij dat dit voor moeilijkheden kon gaan zorgen. De belastingsystemen van de verschillende lidstaten waren namelijk uiterst divers. Zo kon het verschil in de bepaling van de grondslag er toe leiden dat een lidstaat rekening moest houden met een tijdelijk verlies dat op basis van de wet- en regelgeving mogelijk niet had bestaan of vele malen kleiner was geweest.³² Daarnaast was het voor de fiscus lastig om na te gaan of dit verlies op de juiste wijze werd bepaald doordat voor de bepaling van de omvang van het verlies de belastingwetgeving diende te worden toegepast van de lidstaat waarin het verlies was geleden in plaats van de lidstaat dat tijdelijk rekening hield met het verlies. Ook het belastingtarief dat van toepassing was op het tijdelijk te verrekenen verlies beïnvloedde in belangrijke mate de waarde van het financiële voordeel.³³ Het matchen van de grondslag uit de ene lidstaat met het tarief van de andere lidstaat kon tot vreemde uitkomsten leiden.

2.1.2.3 Deelconclusie

De twee ingetrokken richtlijnvoorstellen geven aan wat de visie van de Europese Commissie is of was ten aanzien van verliesverrekening door lichamen. Deze visie kan echter niet worden gezien als de visie van de Europese Unie omdat beide voorstellen het niet tot richtlijn hebben geleid. Desondanks geven deze ingetrokken richtlijnvoorstellen goed aan hoe de Europese Commissie destijds tegen verliesverrekening door lichamen aankeek.

Uit het richtlijnvoorstel overbrenging ondernemingsverliezen blijkt dat volgens de Europese Commissie verliezen onbeperkt voorwaarts moeten kunnen worden verrekend. Daarnaast blijkt er uit dit voorstel dat zij pleit voor een beperkte achterwaartse verliesverrekeningstermijn van drie jaar om te voorkomen dat lidstaten in budgettaire problemen komen. Tevens werd er in dit voorstel aangegeven dat de Europese Commissie er in beginsel voorstander van is dat de belastingplichtige zelf kan bepalen met welke winsten hij zijn verlies wil verreken.

In het richtlijn voorstel grensoverschrijdende behandeling van verliezen die zijn geleden door vaste inrichtingen of dochtervennootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd, worden diverse voorstellen voor regels gedaan om te voorkomen dat een communautair opererend lichaam nadeliger wordt behandeld dan een lichaam dat uitsluitend binnenlandse actief is. Voor de behandeling van vaste inrichtingsverliezen die in een andere lidstaat werden geleden, werden twee methodes geschetst. De verrekeningsmethode en de methode met aftrek en latere verdiscontering. Deze tweede methode diende volgens dit voorstel ook gehanteerd te worden ten opzichte van dochtervennootschappen.

2.1.3 Verliesmededeling

Op 19 december 2006 publiceerde de Europese Commissie haar mening ten aanzien van verliesverrekening in de vorm van een mededeling. Dit werd de Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité Fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties.³⁴ In de Verliesmededeling merkte de Europese Commissie op dat winsten en verliezen door de lidstaten op asymmetrische wijze worden behandeld. De winst werd belast in het jaar waarin zij was behaald terwijl er in het verliesjaar vaak geen belastingteruggave plaatsvond. Verliezen konden immers slechts veelal alleen met toekomstige

³¹ Intrekking van voorstellen van de Commissie die niet langer actueel zijn, 9 januari 2004, nr. C 5, blz. 20.

³² Advies over het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de verliezen in hun andere lid-staten gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschap, nr. 120, blz. 42.

³³ Ibid., blz. 42.

³⁴ Hierna: verliesmededeling.

resultaten worden verrekend. Dit timingsverschil leidde tot een cashflownadeel voor de belastingplichtige.³⁵ Daarnaast schreef de Europese Commissie dat verliesverrekening binnen een vennootschap en binnen een ondernemingsgroep in binnenlandse situaties vaak mogelijk is terwijl deze mogelijkheid in grensoverschrijdende situaties veelal niet of slechts in beperkte mate bestaat.

In haar ogen leidde het ontbreken of slechts in beperkte mate toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening tot diverse verstoringen in de Europese Unie die leiden tot welvaartsverlies.³⁶ Dat grensoverschrijdende verliesverrekening slechts in beperkte mate mogelijk was, werd door de Europese Commissie gezien als een van de belangrijkste belemmeringen voor grensoverschrijdend ondernemen en de effectief functionerende interne markt. Zij wilde daarom dat alle lidstaten grensoverschrijdende verliesverrekening binnen een vennootschap of binnen een ondernemingsgroep mogelijk gingen maken.³⁷ Het mogelijk maken van grensoverschrijdende verliesverrekening kon op verschillende manieren.

In de Verliesmededeling gaf de Europese Commissie aan dat het verrekenen van een vaste inrichtingsverlies binnen een vennootschap in een binnenlandse situatie automatisch gebeurde. De vennootschap is namelijk binnenlands belastingplichtige ten aanzien van alle activiteiten die zij in de lidstaat ontplooit. Ook gaf de Europese Commissie aan dat het verrekenen van een vaste inrichtingsverlies dat in een andere lidstaat werd geleden met het resultaat van het hoofdhuis was in de meeste gevallen mogelijk. De wijze waarop dit gebeurde kon echter verschillen. In beginsel maakten de vaste inrichtingsresultaten onderdeel uit van het totale resultaat van de vennootschap. Op grond van belastingverdragen werd de heffingsbevoegdheid ten aanzien van het vaste inrichtingsresultaat toegewezen aan het vaste inrichtingsland. Het vestigingsland van de vennootschap moest daarom voorkoming voor dubbele belasting verlenen met behulp van de vrijstellings- of de verrekeningsmethode. Volgens de Europese Commissie genoot het de voorkeur om bij toepassing van de vrijstellingsmethode tijdelijke aftrek van verliezen toe te staan. Dit kwam ook overeen met het inmiddels ingetrokken 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.³⁸ Deze methode hield in dat de vestigingsstaat van de vennootschap in beginsel geen rekening houdt met het door de vaste inrichting behaalde resultaat maar dat dit anders was indien de vaste inrichting verlies leed. Indien er sprake was van een vaste inrichtingsverlies dan verminderde dit verlies de belastinggrondslag in het land van het hoofdhuis. Zodra de vaste inrichting weer winstgevend was, werd dit verlies ingehaald. Dit betekende dat er in het land van het hoofdhuis de vaste inrichtingswinst bij de belastinggrondslag werd opgeteld tot het absolute bedrag van het vaste inrichtingsverlies dat ook in dit land was verrekend. Hierdoor werd het cashflownadeel als gevolg van het timingsverschil, dat bestond indien er geen tijdelijke aftrek van verliezen werd toegestaan, voorkomen.

Tevens bleek uit de verliesmededeling van de Europese Commissie dat het merendeel van de lidstaten een fiscale regeling kent waarbij belastingaangifte voor een ondernemingsgroep kon worden gedaan.³⁹ Deze regelingen werden nauwelijks grensoverschrijdend toegepast. Het niet

³⁵ Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties, 19 december 2006, COM(2006) 824 definitief, blz. 2.

³⁶ Ibid., blz. 3 en 4.

³⁷ Ibid., blz. 11.

³⁸ Intrekking van voorstellen van de Commissie die niet langer actueel zijn, Publicatieblad van de Europese Unie, 9 januari 2004, nr. C 5, blz. 20.

³⁹ Deze fiscale groepsregelingen kunnen worden onderverdeeld in drie groepen: Overbrenging van verliezen binnen de groep, Pooling van fiscale resultaten binnen de groep en volledige consolidatie. Zie: Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité – Fiscale

hebben van een regeling voor groepsaangifte of het niet toestaan dat deze regeling grensoverschrijdend wordt toegepast verstoort de keuze van de rechtsvorm bij een investeringsbeslissing. De verliezen van een binnenlandse vaste inrichting werden immers automatisch door de vennootschap verrekend met de resultaten van het hoofdhuis, terwijl het verrekenen van een verlies van een dochtervennootschap op het niveau van haar moedervernootschap niet mogelijk was. Daarom werd het aantrekkelijker om vanuit een lidstaat, die geen mogelijkheid tot grensoverschrijdende groepsaangifte kent, grensoverschrijdend te gaan investeren via een vaste inrichting. De Europese Commissie was er voorstander van om deze verstoring weg te nemen door verliesverrekening binnen een groep op een meer gelijke manier te behandelen als verliesverrekening binnen een vennootschap.

De Europese Commissie is er dus voorstander van dat lidstaten een fiscale groepsregeling invoeren waarbij grensoverschrijdende verliesverrekening tot de mogelijkheden behoort. Een goede fiscale groepsregeling waarbij verliezen grensoverschrijdend moeten kunnen worden verrekend moest volgens de Europese Commissie aan de volgende voorwaarden voldoen:

- Het verlies moest direct eenmalig kunnen worden afgetrokken van de winst die een andere groepsvennootschap had behaald.
- Het verlies van de vennootschap moest op zijn minst door de moedervernootschap kunnen worden verrekend.
- In beginsel mogen verliezen niet definitief van de ene naar de andere lidstaat worden verschoven tenzij er sprake was van liquidatieverliezen en een verlies dat in het bronland niet meer kon worden verrekend.
- Eerst moesten alle binnenlandse verliesverrekeningsmogelijkheden worden benut voordat er kon worden overgegaan op grensoverschrijdende verliesverrekening.
- De regeling mocht geen ruimte voor misbruik bieden.⁴⁰

Naast de vereisten van een goede fiscale groepsregeling noemde de Europese Commissie ook een drietal alternatieven voor grensoverschrijdende verliesverrekening tussen vennootschappen.

- Bij het eerste alternatief vond er een definitieve overdracht van verliezen plaats. Dit hield in dat de lidstaat die rekening heeft gehouden met het grensoverschrijdende verlies in de toekomst geen rekening houdt met de winsten van de vennootschap die het verlies had overgedragen. Om de lidstaat die grensoverschrijdend rekening houdt met in een andere lidstaat geleden verliezen moet middels een verrekeningsmechanisme worden gecompenseerd door de lidstaat waarin het lichaam is gevestigd dat zijn verliezen grensoverschrijdend overdraagt.⁴¹
- In het tweede alternatief werden de verliezen in beginsel slechts tijdelijk overgedragen. Dit betekent dat de lidstaat die rekening heeft gehouden met het grensoverschrijdende verlies in de toekomst ook deels rekening mocht houden met de winsten die werden behaald door de vennootschap wiens verlies zij had verrekend. Het afgetrokken verlies werd derhalve in de toekomst ingehaald.⁴²
- Het derde alternatief werd ook wel de geconsolideerde winstmethode genoemd. Bij dit alternatief werden de resultaten van alle of bepaalde dochtervennootschappen uit lidstaten gedurende een bepaalde termijn belast op het niveau van de moedervernootschap. Hierbij mochten de winstuitkeringen tussen de vennootschappen die tot dezelfde groep behoren en die deze regeling toepasten worden genegeerd. Indien de belastingplichtige kon kiezen met welke dochtervennootschappen zij deze regeling wenste toe te passen dan werd dit de selectieve

behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties, kenmerk 17067/06, publicatiedatum 21 december 2006, blz. 7.

⁴⁰ Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties, 19 december 2006, COM(2006) 824 definitief, blz. 9.

⁴¹ Ibid., blz. 9 en 10.

⁴² Ibid., blz. 10.

geconsolideerde-winstmethode genoemd. Als de belastingplichtige deze keuze niet had en slecht kon beslissen of ze deze regeling wel of niet wenste toe te passen dan werd dit de totale geconsolideerde-winstmethode genoemd. In dat geval werd deze methode toegepast ten aanzien van alle dochtervennootschappen.⁴³

2.1.3.1 Deelconclusie

Ondanks het feit dat er aan een mededeling van de Europese Commissie slecht als 'soft law' kan worden aangemerkt, vormt de verliesmededeling een waardevolle bron aan informatie hoe er volgens de Europese Commissie fiscaal gezien om moet worden gegaan met grensoverschrijdende verliesverrekening. Zo geeft zij aan dat aan het niet toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening diverse nadelen kleven. Daarnaast vindt zij dat alle lidstaten de mogelijkheid moeten bieden dat grensoverschrijdende verliezen worden verrekend die zijn geleden binnen één vennootschap. Tevens vindt zij dat een min of meer vergelijkbare regeling moet bestaan ten aanzien van groepen. Hierbij maakt het haar niet uit welk van de door de Europese Commissie geformuleerde verschillende alternatieven door de lidstaat wordt uitgevoerd.

2.1.4 CCCTB

Op 16 maart 2011 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting ingediend.⁴⁴ Het doel van dit voorstel is het bevorderen van de interne markt in Europa. In dit richtlijnvoorstel wordt aan het bedrijfsleven de mogelijkheid geboden om te kiezen voor de CCCTB ten aanzien van het concern in plaats van de nationaalrechtelijke vennootschapsbelasting uit de verschillende lidstaten. Aan het hanteren van de geconsolideerde, gemeenschappelijke heffingsgrondslag van de CCCTB kleven een aantal voordelen. Zo kan dubbele belasting en non-heffing worden voorkomen. Daarnaast zullen de administratieve lasten van het bedrijfsleven afnemen doordat concerns niet langer worden geconfronteerd met verschillende belastinggrondslagen. Ook zal de problematiek van het hanteren van de juiste verrekenprijzen binnen een concern dat in Europa is gelegen zal deels tot het verleden gaan behoren.⁴⁵ Of dit voorstel ook echt een richtlijn gaat worden is onbekend. Uit dit voorstel kan dus (nog) niet worden afgeleid wat de visie van de Europese Unie is ten aanzien van verliesverrekening door lichamen. Wel kan er uit dit voorstel worden afgeleid wat de mening van de Europese Commissie is ten aanzien van verliesverrekening door lichamen.

Consolidatie

De belastinggrondslag van de CCCTB wordt bepaald aan de hand van consolidatie. Dit houdt in dat de verschillende belastinggrondslagen van de groepsmaatschappen worden geconsolideerd. Door de consolidatie worden intragroeptransacties genegeerd. Daarnaast zorgt de consolidatie er voor dat er horizontale verliesverrekening tussen de groepsmaatschappijen kan plaatsvinden. Het geconsolideerde groepsresultaat wordt op basis van een verdeelsleutel toegerekend aan de verschillende lidstaten die vervolgens hun eigen tarief op het aan en toegewezen deel toepassen. Het totaal aan te betalen belasting wordt door de hoofdbelastingplichtige uit artikel 4 lid 6 CCCTB afgedragen aan de hoofdbelastingautoriteit uit artikel 4 lid 22 CCCTB. De hoofdbelastingautoriteit draagt de verantwoordelijkheid dat het juiste deel van de belastingopbrengst bij de betrokken lidstaten terecht komt.

⁴³ Ibid., blz. 10 en 11.

⁴⁴ Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), 16 maart 2011, COM (2011) 121 definitief, 2011/0058 (CNS).

⁴⁵ De geconsolideerde belastinggrondslag van de CCCTB wordt immers bepaald door de belastinggrondslagen van de verschillende groepsmaatschappijen bij elkaar op te tellen. Voor de bepaling van de belastinggrondslag van een maatschappij kan het van belang zijn om verrekenprijzen te hanteren.

Hoofdregels verliesverrekening

Als de geconsolideerde belastinggrondslag van een groep negatief is dan is de hoofdbelastingplichtige geen belasting verschuldigd aan de hoofdbelastingautoriteit. Ook leidt het hebben van een negatieve geconsolideerde belastinggrondslag niet tot een belastingteruggaaf. Dit negatieve geconsolideerde resultaat kan niet achterwaarts in de tijd worden verrekend. Het niet opnemen van een achterwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid is een bewuste keuze. Volgens de Europese Commissie maakt een achterwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid de CCCTB onnodig complex.⁴⁶ Het voorwaarts verrekenen van verliezen is echter wel mogelijk en is opgenomen in artikel 43 CCCTB. In het eerste lid staat dat de verliezen in beginsel onbeperkt voorwaarts kunnen worden verrekend tenzij de CCCTB anders bepaalt. Het tweede lid bewerkstelligt dat het verrekenen van verliezen niet leidt tot een nieuw verlies. Het verlies vermindert namelijk de belastinggrondslag grondslag zonder dat dit leidt tot een negatief bedrag. Als niet het volledige verlies kan worden verrekend in een jaar dan kan het restant van het verlies in een later jaar als nog worden verrekend. Het derde lid bepaalt de verliesverrekeningsvolgorde. Hierin staat dat de oudste verliezen als eerste moeten worden gebruikt om te worden verrekend.

Toetreding tot de CCCTB met verliezen

Hoe een verlies moet worden behandeld bij toetreding tot de CCCTB staat in artikel 48 CCCTB. In artikel 6 CCCTB staat omschreven wanneer er voor toepassing van de CCCTB kan worden gekozen. Ook als een belastingplichtige verliezen bezit kan de keuze worden gemaakt om de CCCTB toe te passen in plaats van de vennootschapsbelasting die volgens nationaalrecht van de lidstaat van toepassing zou zijn. In artikel 48 CCCTB staat beschreven hoe er moet worden omgegaan met het verlies dat is geleden voor toetreding tot de CCCTB en dat volgens de vennootschapsbelasting uit die specifieke lidstaat mogelijk nog voorwaarts verrekend had kunnen worden. In dit artikel staat dat het vóór toetredingsverlies mag worden afgetrokken van de belastinggrondslag van de groepsmaatschappij tot het plafond waarin het nationale recht voorziet. Dit verlies kan worden afgetrokken van het toegewezen deel volgens artikel 102 lid a CCCTB. Dit houdt in dat een dergelijk verlies in beginsel onbeperkt voorwaarts verrekend kan worden. De term 'tot het plafond waarin het nationale recht voorziet' is toegevoegd om er voor de zorgen dat toepassing van de CCCTB niet mag leiden tot een verruiming van de verliesverrekeningsmogelijkheden. Ik vind dat deze toevoeging er voor zorgt dat de verliesverrekeningsbeperkingen die volgens het nationale recht van die lidstaat gelden van kracht blijven ten aanzien van dit verlies ondanks het feit dat er voor toepassing van de CCCTB is geopteerd. Dit is vermoedelijk gedaan om te voorkomen dat er ongewenst gebruik wordt gemaakt van de CCCTB om een incidenteel verliesverrekeningsvoordeel te behalen.

Uittreden uit de CCCTB met verliezen

Ook bij het verlaten van de CCCTB kan een belastingplichtige over verliezen beschikken die nog niet zijn verrekend. Hoe deze verliezen behandeld moeten worden is geregeld in artikel 53 CCCTB. Volgens dit artikel kan de belastingplichtige deze verliezen meenemen naar het nationale vennootschapsbelastingrecht dat sinds het uittreden op hem van toepassing is. Deze verliezen moeten dan ook kunnen worden verrekend volgens de verliesverrekeningsregels die zijn gesteld door de nationale vennootschapsbelasting die van toepassing is in die lidstaat. Rond dit artikel bestaat nog veel onduidelijkheid. Zo is nog niet bekend of het de lidstaten is toegestaan om dit verlies te bepalen naar de maatstaven van hun eigen nationale vennootschapsbelasting of dat de omvang van het verlies van de groepsmaatschappij volgens de CCCTB doorslaggevend is. Daarnaast is onduidelijk wanneer de verliesverrekeningstermijn van de lidstaat in gaat dat rekening gaat houden met dit verlies. Deze termijn kan starten op het moment dat het verlies is ontstaan of op het moment dat dit

⁴⁶ Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), 2011/0058 (CNS), 16 maart 2011, blz. 15, preambule 15.

verlies overgaat naar de nationaalrechtelijke vennootschapsbelasting. Dit kan cruciale gevolgen hebben op de mogelijkheden om dit verlies te kunnen verrekenen. Stel een verlies van een groepsmaatschappij is tien jaar geleden ontstaan terwijl de overgang naar de vennootschapsbelasting nu plaatsvindt. Als de verliesverrekeningstermijn van de vennootschapsbelasting in gaat op het moment dat dit verlies is geleden dan is dit verlies verdampt. Gaat de verliesverrekeningstermijn van de vennootschapsbelasting in op het moment van de overgang dan kan dit verlies nog worden verrekend met de belastbare winst of Nederlands inkomen uit de komende negen jaar. Ik ben van mening dat het de bedoeling van de CCCTB is dat de nationaalrechtelijke verliesverrekeningstermijn pas in gaat op het moment van de overgang. Dit komt namelijk overeen met de handeling van artikel 66 sub c CCCTB die van toepassing is op een verlies wanneer er zowel uit de groep als uit de CCCTB wordt getreden.

Toetreding tot de groep met verliezen

Ook voor de aanwezigheid van verliezen bij toetreding tot de groep zijn specifieke verliesverrekeningsregels in de CCCTB getroffen. Deze regels kunnen worden teruggevonden in artikel 64 CCCTB. Toetreding tot een bepaalde groep kan plaatsvinden als er aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerst moet deze groep meer dan 50% van de stemrechten bezitten. Daarnaast moet de groep voor meer dan 75% van het vermogen bezitten of moet de groep recht hebben op meer dan 75% van de winst.⁴⁷ Als hieraan is voldaan vindt er toetreding tot de groep plaats. Het is mogelijk dat de nieuw toegetreden groepsmaatschappij over onverrekenende verliezen beschikt. Artikel 64 CCCTB geeft aan hoe er in deze situatie moet worden omgegaan met de nog niet gecompenseerde verliezen van de nieuw toegetreden vennootschap. Volgens dit artikel kan dit verlies niet worden verrekend met de geconsolideerde belastinggrondslag. Deze verliezen kunnen voorwaarts worden verrekend met toegewezen deel of met het nationale vennootschapsbelastingrecht dat op de belastingplichtige van toepassing zou zijn indien de CCCTB niet zou zijn toegepast. Dit artikel geeft aan dat dit voortoetredingsverlies moet worden verrekend met het toegewezen deel. Wat onder het toegewezen deel dient te worden verstaan is opgenomen in artikel 4 lid 12 CCCTB. Hierin staat dat het toegewezen deel het aandeel in de geconsolideerde heffingsgrondslag van een groep is dat op basis van artikel 86 t/m 102 CCCTB aan een groepsmaatschappij wordt toegerekend. Volgens deze methode kan het verlies slechts worden verrekend met dat deel van de geconsolideerde belastinggrondslag dat aan de hand van de verdeelsleutel kan worden toegerekend aan de lidstaat waarvan de belastingplichtige inwoner is. Het is dus niet mogelijk om met dit verlies de geconsolideerde belastinggrondslag te verminderen voordat de verdeelsleutel wordt toegepast. Het kan dus gebeuren dat dit verlies wordt gecompenseerd met het toegewezen deel terwijl deze belastingplichtige op 'stand-alone basis' helemaal geen winst zou hebben gemaakt. Daarnaast kan zich de situatie voordoen dat de belastingplichtige op 'stand-alone basis' wel winstgevend is geweest maar dat dit verlies niet kan worden verrekend omdat er geen sprake is van een toegewezen deel omdat de geconsolideerde gemeenschappelijke vennootschapsbelastinggrondslag negatief is. Daarnaast bepaalt dit artikel wanneer toetreding tot de groep gelijktijdig plaatsvindt als toetreding tot de CCCTB dat de voortoetredingsverliezen kunnen worden verrekend tot het plafond waar de nationale wetgeving in voorziet. Deze toevoeging is naar mijn beleving gedaan om te voorkomen dat voor toetreding tot de CCCTB wordt gekozen vanwege een éénmalig verliesverrekeningsvoordeel.

Uittreden uit de groep met een groepsverlies

In dit artikel 69 CCCTB is aangegeven hoe er moet worden omgegaan met een negatieve geconsolideerde belastinggrondslag van een groep indien er een groepsmaatschappij uittreedt. In dit artikel is geregeld dat het niet mogelijk is om een verlies mee te geven aan een uittredende groepsmaatschappij. Het verlies blijft daarom bij de rest van de groep achter en kan voorwaarts worden gecompenseerd volgens de regels van artikel 43 CCCTB.

⁴⁷ Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), 2011/0058 (CNS), 16 maart 2011, blz. 15.

Beëindiging van een groep met verliezen

Ook voor de beëindiging van een groep zijn specifieke regels omtrent het verlies getroffen. Deze regels kunnen worden teruggevonden in artikel 65 & 66 CCCTB. In artikel 65 CCCTB wordt er ingegaan op de beëindiging van een groep. In dit artikel is bepaald dat de geconsolideerde belastinggrondslag en alle niet-gecompenseerde verliezen van de groep op basis van de verdeelsleutel uit artikel 86 t/m 102 CCCTB worden toegerekend aan de verschillende groepsmaatschappijen.

In artikel 66 CCCTB wordt er in gegaan op de vraag hoe de verliezen moeten worden behandeld nadat de groep beëindigd is. Als een groep beëindigd is kunnen zich een aantal verschillende situaties voordoen. Ten eerste kan een belastingplichtige die niet langer tot een groep behoort doorgaan met de CCCTB. Volgens artikel 66 lid a CCCTB kan in deze situatie het verlies onbeperkt voorwaarts worden verrekend volgens de regels uit artikel 43 CCCTB. Ten tweede kan zich de situatie voordoen dat de belastingplichtige toetreedt tot een ander groep. In dat geval bepaalt artikel 66 lid b CCCTB dat dit verlies slechts voorwaarts kan worden verrekend met het aan hem toegewezen deel. Deze behandeling is vergelijkbaar met de behandeling van een voorttoetredingsverlies. Ten derde kan het ook mogelijk zijn dat de belastingplichtige niet alleen de groep heeft verlaten maar ook uit de CCCTB treedt. In dat geval bepaalt artikel 66 lid c CCCTB hoe dit verlies moet worden behandeld. Volgens dit lid moet dit verlies worden voort gewenteld en verrekend volgens de regels van de nationale vennootschapsbelasting dat op de belastingplichtige van toepassing wordt. Hierbij moet volgens de tekst van dit lid worden gedaan alsof de verliezen zijn ontstaan terwijl de belastingplichtige aan de nationaalrechtelijke vennootschapsbelasting was onderworpen.

Bedrijfsreorganisatie en verliezen

Wanneer er sprake is van een bedrijfsreorganisatie kunnen aanvullende regels van toepassing zijn ten aanzien van verliezen. Deze regels zijn opgenomen in artikel 71 CCCTB. Het eerste lid regelt de verdeling en verrekening van verliezen als één of meer groepen, of twee of meer groepsmaatschappijen, door een bedrijfsreorganisatie deel uit gaan maken van een andere groep. Op basis van de artikelen 86 t/m 102 CCCTB wordt het onverrekenende verlies op basis van factoren zoals die gelden in het jaar van de bedrijfsreorganisatie toegerekend aan de verschillende groepsmaatschappijen. Deze verliezen kunnen mogelijk in de toekomst voorwaarts worden verrekend met het toegewezen deel van de desbetreffende groepsmaatschappij. Het tweede lid regelt de behandeling van verlies wanneer er sprake is van een fusie zoals omschreven in artikel 2 lid a sub (i) en (ii) Fusierichtlijn tussen twee of meer hoofdbelastingplichtigen. In dit geval worden nog niet gecompenseerde verliezen van een groep op basis van de verdeelsleutel uit artikel 86 t/m 102 CCCTB zoals die gelden in het fusiejaar toegerekend aan de verschillende groepsmaatschappijen. Ook in dit geval kan dit verlies voorwaarts worden verrekend met het toegewezen deel van de groepsmaatschappij.

2.1.4.1 Deelconclusie

Doordat de conceptrichtlijn CCCTB een voorstel is voor een richtlijn kan uit dit voorstel uitgroeien tot de visie van de Europese Unie ten aanzien van verliesverrekening mits dit voorstel uitgroeit tot een richtlijn. Zolang er nog slechts gesproken kan worden van een richtlijnvoorstel kan hieruit niet de visie van de Europese Unie ten aanzien van verliesverrekening door lichamen worden afgeleid. Wel kan er uit dit richtlijnvoorstel worden afgeleid wat de visie van de Europese Commissie is ten aanzien van verliesverrekening door lichamen. Volgens de Europese Commissie moeten de volgende regels met betrekking tot verliesverrekening uit de CCCTB worden nageleefd:

- Ten eerste vindt er consolidatie plaats van de door de groep behaalde resultaten. Indien het geconsolideerde resultaat negatief is dan kan dit verlies onbeperkt voorwaarts worden verrekend met andere geconsolideerde resultaten. Achterwaartse verliesverrekening is echter niet mogelijk.

- Als er wordt toetreden tot de CCCTB dan kan een eventueel voortoetredingsverlies voorwaarts worden verrekend met het aan deze groepsmaatschappij toegewezen deel. Hierbij geldt als extra voorwaarde dat het toetreden tot de CCCTB niet mag leiden tot een eenmalig verliesverrekeningsvoordeel.
- Indien er wordt uitgetreden uit de CCCTB dan wordt het verlies meegenomen. Verliesverrekening vindt vervolgens plaats op basis van de nationaalrechtelijke regels.
- Als er sprake is van een nieuw toetreden groepsmaatschappij die al over verliezen beschikte dan kan deze groepsmaatschappij deze verliezen voorwaarts verrekenen met het aan haar toegewezen deel.
- Wanneer een groepsmaatschappij besluit uit te treden en er is sprake van een verlies op groepsniveau dan blijft dit verlies achter bij de groep.
- Indien een groep volledig wordt beëindigd wordt een eventueel groepsverlies op basis van de verdeelsleutel toegerekend aan de verschillende groepsmaatschappijen die dit verlies voorwaarts kunnen verrekenen met het aan hen toegewezen deel.
- Is er echter sprake van een bedrijfsreorganisatie dan wordt het groepsverlies op basis van de verdeelsleutel toegedeeld waarna dit verlies voorwaarts kan worden verrekend met het aan de groepsmaatschappij toegewezen deel.

2.2 De visie van het Hof van Justitie EG

Aan het Hof van Justitie EG kunnen prejudiciële vragen worden gesteld die moeten worden getoetst aan EU-recht. Deze vragen kunnen zowel afkomstig zijn van nationale rechtsorganen als uit infractieprocedures. Het Hof van Justitie hoeft de prejudiciële vraag echter niet te beantwoorden als ze in al uitspraak heeft gedaan in een vergelijkbare zaak. Dit wordt ‘acte éclairé’ genoemd. Ook hoeft het Hof van Justitie EG geen antwoord te geven op een vraag waarvan het antwoord al duidelijk is. Dit wordt ‘acte clair’ genoemd. Als er geen sprake is van ‘acte éclairé’ of ‘acte clair’ dan zal het Hof van Justitie EG aan de hand van het stappenplan de prejudiciële vraag gaan beantwoorden. Als eerste stap wordt er dan nagegaan of er sprake is van grensoverschrijdend verkeer. Dit is noodzakelijk om te kunnen toetsen of het EU-recht van toepassen is. Vervolgens wordt er getoetst of er sprake is van een belemmering. Meestal wordt er dan getoetst of er sprake is van een strijdigheid met het primaire EU-recht. Er wordt dan nagegaan of er sprake is van een beperking van het vrije verkeer van: goederen, werknemers, vestiging, diensten en kapitaal. Het kan echter ook voorkomen dat er niet wordt getoetst aan primair EU-recht maar aan secundair EU-recht zoals een richtlijn. Nadat er vast is komen te staan dat er sprake is van een belemmering wordt nagegaan of de belemmering kan worden gerechtvaardigd. In het verleden werden de volgende rechtvaardigingsgronden door het Hof van Justitie EG geaccepteerd: het uitvoeren van doeltreffende fiscale controles, het coherentie van het belastingsysteem, een specifieke antimisbruikmaatregel tegen belastingfraude of –ontwijking en het fiscale territorialiteitsbeginsel. Als de belemmering kan worden gerechtvaardigd dan zal het Hof van Justitie EG vervolgens nagaan of de huidige belastingmaatregel proportioneel is. Dit houdt in dat de belastingregel zijn doel op dusdanige wijze bereikt dat deze regel niet verder gaat dan nodig is. Nadat deze stappen zijn doorlopen heeft het Hof van Justitie EG voldoende informatie verzameld om te kunnen oordelen of de belemmering ook daadwerkelijk in strijd is met EU-recht.

De Europese visie ten aanzien van verliesverrekening door lichamen kan worden ingevuld door te kijken naar de visie van het Hof van Justitie EG die naar voren komt uit verschillende arresten. Deze arresten heb ik onderverdeeld in een drietal categorieën:

- Verliesverrekening binnen een lichaam
- verliesverrekening in groepsverband, en,
- verliesverrekening bij herstructurering.⁴⁸

⁴⁸ Met de term verliesverrekening bij herstructurering wordt uitsluitend stil gestaan bij verliesverrekening bij herstructureringssituaties die onder de reikwijdte van de Fusierichtlijn vallen.

2.2.1 Verliesverrekening binnen een lichaam

Over het verrekenen van verliezen binnen een lichaam heeft het Hof van Justitie EG verschillende uitspraken gedaan. Zo heeft het Hof van Justitie EG in 2008 in drie Duitse zaken uitspraak gedaan over de behandeling van verliezen in vaste inrichtingsrelaties. Dit waren de arresten Deutsche Shell, Lidl Belgium en KR Wannsee.⁴⁹ Deze drie Duitse zaken zijn hieronder toegelicht.

2.2.1.1 Deutsche Shell

Op 28 februari 2008 werd er door het Hof van Justitie EG uitspraak gedaan in zaak Deutsche Shell.⁵⁰ Deze zaak ging over het in Duitsland gevestigde Deutsche Shell GmbH en haar Italiaanse vaste inrichting. De Italiaanse vaste inrichting werd door Deutsche Shell GmbH in 1974 opgericht. Tussen het jaar 1974 en 1991 werd er een dotatiekapitaal van het hoofdhuis verstrekt aan de Italiaanse vaste inrichting. In 1992 werd de vaste inrichting ingebracht in een dochtervennootschap waarna Deutsche Shell GmbH vervolgens de aandelen van deze dochtervennootschap vervreemde. De terugbetaling van het dotatiekapitaal, het resultaat van de transacties, vond plaats in Italiaanse lires. Omwisselen van dit resultaat naar Duitse mark zorgde voor een wisselkoersverlies. Dit verlies van 10.829.825 Duitse mark werd echter niet in aanmerking genomen in Duitsland omdat daar ten aanzien van de vaste inrichting een objectvrijstelling werd gehanteerd. Tevens werd dit verlies niet in aanmerking genomen in Italië omdat daar het verlies niet zichtbaar werd omdat de Italiaanse belastinggrondslag in Italiaanse lires werd bepaald. In dit arrest stond derhalve de vraag centraal of de weigering van de Duitse belastingdienst om rekening te houden met het valutaverlies van 10.829.825 Duitse mark in strijd is met EU-recht.

Doordat Deutsche Shell grensoverschrijdend heeft geïnvesteerd in een vaste inrichting in Italië is er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Als gevolg van deze grensoverschrijdende activiteit is een wisselkoersverlies geleden waarmee zowel in Duitsland als Italië geen rekening wordt gehouden. Dit probleem zou zich niet hebben voorgedaan als Deutsche Shell had geïnvesteerd in een in Duitsland gelegen vaste inrichting. De grensoverschrijdende situatie wordt dus nadeliger behandeld als de objectief vergelijkbare binnenlandse situatie. Er is daarom sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging.⁵¹ Om deze beperking te kunnen rechtvaardigen werden door de Duitse belastingautoriteit twee rechtvaardigingsargumenten aangedragen.⁵² Ten eerste claimde de Duitse belastingautoriteit dat de Duitse behandeling van wisselkoersresultaten coherent is. Een wisselkoersverlies was namelijk niet aftrekbaar terwijl er ook geen belasting verschuldigd was over een wisselkoers winst. Een nadeel van een eventueel wisselkoersverlies vult dus uit ten het voordeel van een eventuele wisselkoerswinst.⁵³ Dit rechtvaardigingsargument werd niet door het Hof van Justitie EG geaccepteerd. De vergelijkbare behandeling van een wisselkoersverlies en een wisselkoerswinst is niet relevant voor de beoordeling van het coherentiebeginsel.⁵⁴ Wil het coherentiebeginsel als rechtvaardigingsgrond worden geaccepteerd dan moet er sprake zijn van een strikte correlatie tussen aftrekbaarheid en belastingheffing. Deze correlatie moest plaatsvinden binnen één heffingsterritorium, bij één belastingplichtige, binnen één belasting. Het is in mijn ogen daarom volkomen terecht dat dit rechtvaardigingsargument geen stand heeft gehouden. Als tweede rechtvaardigingsargument beriep Duitsland zich op de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. In het belastingverdrag Duitsland-Italië werd geregeld dat het land waarin het hoofdhuis is gevestigd de vaste inrichtingsresultaten die in het andere land zijn behaald vrijstelt. Dit

⁴⁹ Hof van Justitie EG, Deutsche Shell, 28 februari 2008, BNB 2009/84, en, Hof van Justitie EG, Lidl Belgium, 15 mei 2008, BNB 2009/85, en, Hof van Justitie EG, KR Wannsee, 23 oktober 2008, BNB 2009/86.

⁵⁰ Hof van Justitie EG, Deutsche Shell, 28 februari 2008, BNB 2009/84, r.o. 32.

⁵¹ Ibid., r.o. 31 en 32.

⁵² Ibid., r.o. 33.

⁵³ Ibid., r.o. 43.

⁵⁴ Ibid., r.o. 36 en 40.

leidde er volgens Duitsland toe dat het land waarin het hoofdhuis is gevestigd ook geen rekening hoeft te houden met het wisselkoersverlies.⁵⁵ Ook dit argument voldeed volgens het Hof van Justitie EG niet als rechtvaardigingsgrond. In beginsel onderschreef het Hof van Justitie EG dat een lidstaat geen rekening hoefde te houden met het verlies van een vaste inrichting als deze lidstaat volgens het afgesloten belastingverdrag niet heffingsbevoegd was. Daarnaast verplicht de vrijheid van vestiging lidstaten er niet toe dat dispariteiten tussen belastingstelsel weg moesten worden genomen.⁵⁶ Het wisselkoersverlies waar het in deze casus om ging, kon echter niet opkomen in Italië waardoor dit verlies slechts in Duitsland zichtbaar was. Een beroep op de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid kon dan ook niet anders dan stranden.⁵⁷ Omdat de beperking van de vrijheid van vestiging niet kon worden gerechtvaardigd was het niet in aanmerking nemen van het wisselkoersverlies door Duitsland in strijd met EU-recht.⁵⁸ Tevens werd er in dit arrest de vraag gesteld of het ook in strijd is met EU-recht als Duitsland slechts een aftrek van het wisselkoersverlies toestond voor zover Duitsland de winst van de Italiaanse vaste inrichting in de heffing heeft betrokken.⁵⁹ Ook deze behandeling van het wisselkoersverlies vormde een beperking van de vrijheid van vestiging omdat een groot deel van het wisselkoersverlies dan niet aftrekbaar was.⁶⁰ Ook ditmaal werden de diverse aangedragen rechtvaardigingsargumenten niet geaccepteerd.⁶¹ Dit kan worden verklaard doordat er geen enkel verband bestaat tussen een eventueel wisselkoersresultaat en het door de vaste inrichting behaalde winst. Ook slechts beperkt in aanmerking nemen van een wisselkoersverlies tot het maximum van de vaste inrichtingswinst dat in de heffing was betrokken is dus in strijd met EU-recht.⁶² Duitsland moest dus toestaan dat Deutsche Shell het volledige wisselkoersverlies van 10.829.825 Duitse mark in aftrek bracht.

2.2.1.2 Lidl Belgium

Op 15 mei 2008 heeft het Hof van Justitie EG uitspraak gedaan in de zaak Lidl Belgium.⁶³ De commanditaire vennootschap Lidl Belgium had twee in Duitsland gevestigde vennoten. Hierbij diende Lidl Belgium Beteiligungs GmbH te worden gezien als de beheerende vennoot terwijl Lidl Stiftung & Co. KG de commanditaire vennoot was. Samen vormden zij het samenwerkingsverband Lidl Belgium, dat voornamelijk actief was in België. De commanditaire vennootschap Lidl Belgium heeft een vaste inrichting in Luxemburg die in 1999 verlieslijdend was. Doordat de commanditaire vennootschap Lidl Belgium fiscaal als transparant werd vroegen de in Duitsland gevestigde vennoten zich af of het in strijd is met EU-recht dat zij geen rekening mochten houden met het vaste inrichtingsverlies uit Luxemburg omdat Duitsland een objectvrijstelling ten aanzien van buitenlandse vaste inrichtingsresultaten hanteerde.⁶⁴

Doordat het fiscaal transparante Lidl Belgium, wiens vennoten in Duitsland waren gevestigd, had geïnvesteerd in een vaste inrichting in Luxemburg was er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Het in Luxemburg geleden vaste inrichtingsverlies kon niet door de in Duitsland gevestigde vennoten in aftrek worden gebracht. Als deze vaste inrichting niet in Luxemburg was gevestigd maar in Duitsland dan hadden de Duitse vennoten wel rekening kunnen houden met het vaste inrichtingsverlies. Er was dus sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging omdat de grensoverschrijdende situatie nadeliger werd behandeld dan de objectief vergelijkbare binnenlandse

⁵⁵ Ibid., r.o. 35.

⁵⁶ Ibid., r.o. 42 en 43.

⁵⁷ Ibid., r.o. 44.

⁵⁸ Ibid., r.o. 45.

⁵⁹ Ibid., r.o. 46.

⁶⁰ Ibid., r.o. 47.

⁶¹ Ibid., r.o. 48 t/m 52.

⁶² Ibid., r.o. 53.

⁶³ Hof van Justitie EG, Lidl Belgium, 15 mei 2008, BNB 2009/85.

⁶⁴ Ibid., r.o. 14.

situatie.⁶⁵ Om deze beperking te kunnen rechtvaardigen werden door diverse regeringen⁶⁶ twee rechtvaardigingsargumenten aangedragen. Namelijk het handhaven van de verdeling van de heffingsbevoegdheid en het gevaar op dubbele verliesverrekening.⁶⁷ Er werd dus een beroep gedaan op twee van de drie rechtvaardigingsargumenten die gecombineerd als een rechtvaardigingsgrond werden geaccepteerd in het arrest Marks & Spencer II. De evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid zou worden verstoord als Duitsland rekening moest houden met het vaste inrichtingsverlies. Op basis van het belastingverdrag was Luxemburg namelijk uitsluitend heffingsbevoegd waardoor Luxemburg als enige rekening houdt met zowel de positieve – als negatieve resultaten die door de in Luxemburg gevestigde vast inrichting worden behaald.⁶⁸ Het tweede rechtvaardigingsargument hield in dat de kans op de dubbele verliesverrekening bestond als Duitsland rekening zou houden met het vaste inrichtingsverlies.⁶⁹

Voor beide rechtvaardigingsargumenten tezamen werd aangegeven dat zij een beperking van de vrijheid van vestiging in deze casus konden rechtvaardigen. Het was dus niet noodzakelijk dat aan alle drie de rechtvaardigingsargumenten uit rechtsoverweging 51 van het Marks & Spencer II arrest gecombineerd werd voldaan.⁷⁰ Nu er voor de beperking van de vrijheid van vestiging een rechtvaardiging bestond moest worden getoetst of de fiscale regeling proportioneel was. Bij deze toets werd gecontroleerd of het niet in Duitsland in aanmerking kunnen nemen van het in Luxemburg opgelopen vaste inrichtingsverlies niet verder ging dan nodig was. Uit rechtsoverweging 55 uit het Marks en Spencer II arrest bleek in welke situaties er toch rekening diende te worden gehouden met grensoverschrijdend verlies ondanks het feit dat de fiscale regeling gerechtvaardigd was. Lidl Belgium slaagde er echter niet in om aannemelijk te maken dat er sprake was van een dergelijke uitzonderingssituatie. Het vaste inrichtingsverlies werd namelijk in 2003 alsnog verrekend in Luxemburg.⁷¹ In werd er dus geoordeeld dat de Duitse behandeling van het Luxemburgse vaste inrichtingsverlies in deze situatie proportioneel was.⁷² De door Duitsland gehanteerde objectvrijstelling ten aanzien van in een andere lidstaat behaalde vaste inrichtingsresultaten was in deze situatie dus niet in strijd met EU-recht.⁷³

2.2.1.3 KR Wannsee

Op 23 oktober 2008 heeft het Hof van Justitie EG uitspraak gedaan in de zaak KR Wannsee.⁷⁴ In deze casus ging het om het in Duitsland gevestigde Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH⁷⁵ die sinds 1982 een vaste inrichting in Oostenrijk bezat. Deze vaste inrichting werd echter in het jaar 1994 verkocht. In de periode van 1982 tot en met het 1990 was de Oostenrijkse vaste inrichting verlieslijdend. Deze vaste inrichtingsverliezen had KR Wannsee bij de bepaling van haar belastinggrondslag in Duitsland in aanmerking kunnen nemen. De Duitse regeling hield in dat ook de later behaalde winsten van de vaste inrichting bij de bepaling van de Duitse belastinggrondslag in aanmerking zouden worden genomen tot het absolute bedrag van de verliezen waarmee in Duitsland in het verleden rekening was gehouden. Tegen deze bijtelling in Duitsland maakte KR Wannsee bezwaar omdat een deel van de vaste inrichtingsverliezen in Oostenrijk niet meer voorwaarts kon worden verrekend omdat de Oostenrijkse voorwaartse verliesverrekeningstermijn van 7 jaar was

⁶⁵ Ibid., r.o. 23 t/m 25.

⁶⁶ Namelijk de regeringen van: Duitsland, Griekenland, Frankrijk, Nederland, Finland, Zweden en het Verenigd Koninkrijk.

⁶⁷ Hof van Justitie EG, Lidl Belgium, 15 mei 2008, BNB 2009/85, r.o 30.

⁶⁸ Ibid., r.o. 33.

⁶⁹ Ibid., r.o. 35 en 36.

⁷⁰ Ibid., r.o. 37, 40 en 42.

⁷¹ Ibid., r.o. 47, 50 en 51.

⁷² Ibid., r.o. 53.

⁷³ Ibid., r.o. 54.

⁷⁴ Hof van Justitie EG, KR Wannsee, 23 oktober 2008, BNB 2009/86.

⁷⁵ Hierna: KR Wannsee.

verstrekken. KR Wannsee stelde de vraag of de Duitse bijtelling van de vaste inrichtingswinsten van 746.828 Duitse mark, die diende als compensatie van het eerder in aftrek toegestane vaste inrichtingsverlies, in strijd is met artikel 31 van de EER-Overeenkomst als het vaste inrichtingsverlies niet langer meer kon worden verrekend in het vaste inrichtingsland omdat daar de voorwaartse verliesverrekeningstermijn was verstreken.⁷⁶

Doordat KR Wannsee grensoverschrijdend had geïnvesteerd in een in Oostenrijk gevestigde vaste inrichting was er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Volgens de Duitse wetgeving verminderde zowel een vaste inrichtingsverlies dat werd geleden in Duitsland als een vaste inrichtingsverlies dat werd geleden in bijvoorbeeld Oostenrijk de Duitse belastinggrondslag. Hierdoor werd een vaste inrichtingsverlies voor de Duitse belastingwetgeving gelijk behandeld ongeacht waar dit verlies was geleden. Zodra de in het verleden verlieslijdende, buitenlandse vaste inrichting weer winst ging maken dan werd deze winst begrepen in de Duitse belastinggrondslag tot een maximum van het verlies dat in het verleden absoluut in aanmerking was genomen. Hierdoor werd een buitenlandse vaste inrichting van een in Duitsland gevestigde vennootschap op dezelfde wijze behandeld als een binnenlandse vaste inrichting van een in Duitsland gevestigde vennootschap. In mijn ogen werd de grensoverschrijdende situatie dan ook niet nadeliger behandeld dan een binnenlandse situatie. Beide situaties werden namelijk gelijk behandeld behalve wanneer een binnenlandse vaste inrichting meer winst behaalde dan er in het verleden rekening mee was gehouden. Dat werd de binnenlandse situatie namelijk nadeliger behandeld dan de grensoverschrijdende situatie omdat alle winsten van de binnenlandse vaste inrichting in de belastinggrondslag vallen.

Naar mijn mening kon er dan ook geen sprake zijn van een belemmering van de vrijheid van vestiging uit artikel 31 EER-Overeenkomst.⁷⁷ Daarom zou verdere toetsing aan het stappenplan van het Hof van Justitie EG overbodig worden. Want wanneer er geen sprake was van een beperking dan kon deze beperking ook niet in strijd zijn met de EER-overeenkomst. Het Hof van Justitie EG was echter een andere mening toegedaan en constateerde dat er sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging.⁷⁸ Doordat het Hof van Justitie EG een beperking had geconstateerd toetste zij vervolgens of deze beperking kon worden gerechtvaardigd. Als rechtvaardigingsargument werd aangedragen dat het Duitse belastingstelsel een symmetrische logica vormde. Tussen de aftrek van het verlies van een buitenlandse vaste inrichting en de latere bijtelling tot het absolute maximum van het afgetrokken verlies vormde een rechtstreeks, persoonlijk en feitelijk verband volgens het Hof van Justitie EG. Hierbij was de bijtelling het logische complement van de aftrek uit het verleden.⁷⁹ Dit argument werd door het Hof van Justitie EG als rechtvaardigingsgrond geaccepteerd om de samenhang van het Duitse belastingstelsel te kunnen waarborgen.⁸⁰

Dit rechtvaardigingsargument zou naar mijn mening in geen enkele ander zaak door het Hof van Justitie EG worden geaccepteerd. Deze gezochte rechtvaardiging is in mijn beleving alleen door het Hof van Justitie EG geaccepteerd om een niet bestaande belemmering te kunnen rechtvaardigen. Nadat het Hof van Justitie EG deze vreemde rechtvaardigingsgrond had geaccepteerd werd er getoetst of de bijtelling uit het Duitse belastingstelsel proportioneel was. Er werd nagegaan of de Duitse regeling niet verder ging dan nodig was. Doordat slechts bijtelling van buitenlandse vaste inrichtingswinsten kon plaatsvinden tot het absolute maximum van het eerder in aftrek toegestane buitenlandse vaste inrichtingsverlies was de Duitse regeling volgens het Hof van Justitie EG

⁷⁶ Hof van Justitie EG, KR Wannsee, 23 oktober 2008, BNB 2009/86, r.o. 26 & 27.

⁷⁷ In gelijke zin Wattel in zijn noot van 23 oktober 2008 bij BNB 2009/86.

⁷⁸ Hof van Justitie EG, KR Wannsee, 23 oktober 2008, BNB 2009/86, r.o. 37 t/m 39.

⁷⁹ Ibid., r.o. 42.

⁸⁰ Ibid., r.o. 43.

proportioneel.⁸¹ De bijtelling in Duitsland van 746.828 Duitse mark was dus niet in strijd met artikel 31 van de EER-Overeenkomst.⁸²

2.2.1.4 Deelconclusie

In de zaken Deutsche Shell, Lidl Belgium en KR Wannsee heeft het Hof Van Justitie EG uitspraak gedaan op prejudiciële vragen die zich richtten op verliesverrekening binnen een lichaam. Uit deze zaken kan dan ook de visie van het Hof van Justitie EG ten aanzien van verliesverrekening binnen een lichaam worden afgeleid. Zo leert het Deutsche Shell arrest dat wanneer er sprake is van een wisselkoersverlies dat uitsluitend in het vestigingsland van een lichaam zichtbaar wordt, dat dit land rekening moet houden met dat verlies. Het andere land, het vaste inrichtingsland, kan immers geen rekening houden met een verlies dat niet zichtbaar is. Een resultaat dat naar zijn aard slechts in één land zichtbaar kan zijn kan daarom ook alleen door dat land in aanmerking worden genomen. Het weigeren van een wisselkoers verlies vormt hierdoor een ongeoorloofde belemmering van de vrijheid van vestiging.

Uit het Lidl Belgium arrest blijkt dat het hanteren van een objectvrijstelling ten opzicht van een vaste inrichting in beginsel niet in strijd is met EU-recht. Er werd echter wel aangegeven in dit arrest dat dit anders kan zijn indien er sprake is van een verlies dat voldoet aan de vereisten van de uitzonderingssituatie die in rechtsoverweging 55 van het Marks & Spencer II arrest is genoemd.

Wanneer ik de arresten Lidl Belgium en Deutsche Shell tezamen bekijk leid ik hier uit af dat ook wanneer er een objectvrijstelling wordt gehanteerd het vestigingsland van het lichaam rekening moet houden met het wisselkoersverlies als dit verlies alleen maar zichtbaar is in het vestigingsland van het lichaam.

Met de redenering van het Hof van Justitie EG in het arrest KR Wannsee ben ik het echter niet eens. In mijn ogen is er in deze zaak namelijk geen sprake van een belemmering. De door het Hof van Justitie EG geformuleerde rechtvaardigingsgrond in dit arrest is in mijn ogen erg gezocht. Ik ben dan ook van mening dat dit arrest grotendeels moet worden genegeerd in de bepaling van de visie van het Hof van Justitie EG ten aanzien van verliesverrekening binnen een lichaam. Het enige wat wel uit dit arrest kan worden afgeleid is dat het hanteren van een systeem waarbij het verlies van een vaste inrichting wordt afgetrokken waarna er vervolgens heffing over vaste inrichtingswinsten plaatsvindt tot het absolute maximum van het vaste inrichtingsverlies dat in aanmerking is genomen niet in strijd is met EU-recht.

2.2.2 Verliesverrekening in groepsverband

In het verleden heeft het Hof van Justitie EG zich driemaal uitgelaten over verliesverrekening in groepsverband namelijk in de arresten Marks & Spencer II, Papillon, X Holding en Philips Electronics. In deze zaken ging het veelal over het toepassen van een groepsregeling waardoor er namens een groep belasting aangifte kon worden gedaan. Vaak ging het om de vraag of het weigeren van een regeling waarin er namens een groep aangifte werd gedaan in strijd was met EU-recht. Daarnaast speelde de vraag of, en zo ja in hoeverre, grensoverschrijdende verliesverrekening tussen lichamen moest worden geaccepteerd.

2.2.2.1 Marks & Spencer II

Op 13 december 2005 deed het Hof van Justitie EG voor het eerst uitspraak op de vraag, of de weigering om een groepsregeling toe te passen ten aanzien van een in een andere lidstaat gevestigde rechtspersoon in strijd was met EU-recht. In deze casus wilde de in het Verenigd

⁸¹ Ibid., r.o. 45.

⁸² Ibid., r.o. 55.

Koninkrijk gevestigde Marks & Spencer plc⁸³ de Engelse 'group relief' regeling toepassen inhoudende dat verliezen met winsten binnen hetzelfde concern kunnen worden verrekend zolang de concernvennootschappen inwoner zijn van het Verenigd Koninkrijk of in het Verenigd Koninkrijk economische activiteiten verrichten. Deze regeling wilde Marks & Spencer toepassen met haar dochtervennootschappen die in Frankrijk, België en Duitsland waren gevestigd en in het Verenigd Koninkrijk geen economische activiteiten verrichten. Deze dochtervennootschappen waren namelijk een stuk minder succesvol dan verwacht en leden verliezen. De Franse dochtervennootschap werd daarom verkocht terwijl de handelsactiviteiten van de overige dochtervennootschappen werden gestaakt. Marks & Spencer wilde de verliezen van deze dochtervennootschappen middels de 'group relief' regeling aftrekken van haar winst. De bepalingen uit de 'group relief' regeling stond een dergelijke aftrek echter niet toe. De vraag was of deze weigering in strijd was met EU-recht.⁸⁴

Omdat Marks & Spencer dochtervennootschappen had opgericht in andere lidstaten was er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Ten aanzien deze buitenlandse dochtervennootschappen kon de 'group relief' regeling niet worden toegepast terwijl deze regeling wel had kunnen worden toegepast als deze dochtervennootschappen in het Verenigd Koninkrijk waren gevestigd. Er was dus sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging, omdat een grensoverschrijdende situatie nadeliger werd behandeld dan de objectief vergelijkbare binnenlandse situatie.⁸⁵ Om deze belemmering te kunnen rechtvaardigen werd een drietal rechtvaardigingsargumenten aangedragen. Deze argumenten luiden als volgt:

- Het huidige systeem zorgt voor een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.
- Als Engeland de aftrek van het verlies van de in het buitenland gevestigde dochtervennootschap zou toestaan dan ontstaat het gevaar op dubbele verliesverrekening.
- Daarnaast bestaat het gevaar van belastingontwijking als het verlies niet door de vestigingsstaat van de dochtervennootschap wordt verrekend.⁸⁶

De combinatie van deze drie rechtvaardigingsargumenten werd door het Hof van Justitie EG geaccepteerd als rechtvaardigingsgrond voor deze beperking van de vrijheid van vestiging.⁸⁷

Vervolgens werd er getoetst of de Britse 'group relief' regeling proportioneel was. Het Hof van Justitie EG oordeelde dat de Britse 'group relief' regeling over het algemeen proportioneel uitpakte, maar dat er situaties denkbaar waren waarin het weigeren van de 'group relief' regeling disproportioneel was. De volgende situaties waarin de Britse 'group relief' regeling grensoverschrijdend moest worden toegepast werden door het Hof van Justitie EG onderscheiden:

- 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.⁸⁸

Het Hof van Justitie EG antwoordde dat de weigering tot het grensoverschrijdend toepassen van de 'group relief' regeling in beginsel niet in strijd was met EU-recht. Deze strijd met EU-recht bestond

⁸³ Hierna Marks & Spencer.

⁸⁴ Hof van Justitie EG, Marks & Spencer II, 13 december 2005, BNB 2006/72, r.o. 27.

⁸⁵ Ibid., r.o. 33 en 34.

⁸⁶ Ibid., r.o. 43.

⁸⁷ Ibid., r.o. 51.

⁸⁸ Ibid., r.o. 55.

echter wel indien sprake was van een situatie die viel onder de door het Hof van Justitie EG geformuleerde uitzonderingssituatie waarin de ‘group relief’ regeling disproportioneel uitpakte.⁸⁹

2.2.2.2 Papillon

Op 27 november 2008 heeft het Hof van Justitie EG het arrest Papillon gewezen.⁹⁰ In deze zaak ging het om het in Frankrijk gevestigde Société Papillon⁹¹ die 100% van de aandelen in het in Nederland gevestigde Artist Performance and Communication BV⁹² bezat. De Nederlandse tussenhouder bezat op haar beurt 99,9% van de aandelen in het in Frankrijk gevestigde Kiron SARL. Het in Frankrijk gevestigde Papillon wilde samen met haar in Frankrijkgevestigde kleindochtervennootschap een ‘fiscale integratie’ regeling toepassen die kan worden gezien als een soort fiscale eenheid. Dit werd door de Franse fiscus niet toegestaan. De vraag was of de weigering van het toepassen van een groepsregeling op de in Frankrijk gevestigde moedervennootschap en kleindochtervennootschap in overeenstemming was met EU-recht, omdat de tussenhouder in een andere lidstaat was gevestigd.⁹³

Omdat de in Frankrijk gevestigde moederschap, Papillon, via een in Nederland gevestigde tussenhouder, APC BV, de in Frankrijk gevestigde kleindochtervennootschap, Kiron Sarl, aanhield was er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Doordat de Franse ‘fiscale integratie’ regeling wel had kunnen worden toegepast als de tussenhouder ook in Frankrijk was gevestigd en niet kon worden toegepast nu deze tussenhouder in Nederland was gevestigd was er sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging. De grensoverschrijdende situatie werd immers nadeliger behandeld dan de objectief vergelijkbare situatie omdat de ‘fiscale integratie’ regeling werd geweigerd waardoor horizontale verliesrekening tussen de in Frankrijk gelegen groepsvennootschappen niet mogelijk was.⁹⁴

Ter rechtvaardiging van deze belemmering werden de drie rechtvaardigingsargumenten aangehaald die gecombineerd als rechtvaardigingsgrond werden geaccepteerd in het arrest Marks & Spencer II. Namelijk: de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, het voorkomen van dubbele verliesverrekening en het bestrijden van belastingontwijking.⁹⁵ In deze casus werden deze rechtvaardigingsargumenten echter niet door het Hof van Justitie EG geaccepteerd. Hier ging het namelijk over het niet toe mogen passen van een ‘fiscale integratie’ regeling tussen de moedervennootschap en haar kleindochtervennootschap die beide waren gevestigd in Frankrijk. Doordat de moedervennootschap en haar kleindochtervennootschap deze ‘fiscale integratie’ regeling wensten toe te passen had deze casus uitsluitend betrekking op een binnenlandse situatie. Hierdoor komt de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid van de verschillende lidstaten niet in gevaar. Daarnaast bestond het risico van dubbele verliesverrekening niet omdat de moedervennootschap en haar kleindochtervennootschap uitsluitend activiteiten hebben ontplooid waarvoor alleen Frankrijk heffingsbevoegd kon zijn.

Om deze zelfde redenen kon de beperking van de vrijheid van vestiging ook niet worden gerechtvaardigd met het bestrijden van belastingontwijking als argument.⁹⁶ Naast deze rechtvaardigingsargumenten die niet door het Hof van Justitie EG als rechtvaardigingsgrond werd geaccepteerd werd er ook een alternatief rechtvaardigingsargument aangedragen namelijk het

⁸⁹ Ibid., r.o. 59.

⁹⁰ Hof van Justitie EG, Papillon, 27 november 2008, zaaknummer C-418/07.

⁹¹ Hierna: Papillon.

⁹² Hierna: APC BV.

⁹³ Hof van Justitie EG, Papillon, 27 november 2008, zaaknummer C-418/07, r.o. 14.

⁹⁴ Ibid., r.o. 18, 21, 25 en 31.

⁹⁵ Ibid., r.o. 34 en 35.

⁹⁶ Ibid., r.o. 36, 38 en 39.

waarborgen van de samenhang van het belastingstelsel.⁹⁷ Dit rechtvaardigingsargument werd door het Hof van Justitie EG wel geaccepteerd als een rechtvaardigingsgrond voor deze beperking van de vrijheid van vestiging. De 'fiscale integratie' regeling was namelijk een samenhangend geheel. In de eerste plaats was horizontale verliesverrekening tussen de in Frankrijk gevestigde moeder- en dochtervennootschap mogelijk. Het verlies van de dochtervennootschap kon namelijk direct worden verrekend met de winst van de moedervennootschap. Daarnaast golden er regels in de 'fiscale integratie' regeling waardoor de moedervennootschap geen voorziening mocht treffen van vanwege het feit dat haar dochtervennootschap verlieslijdend was. Op deze wijze werd voorkomen dat een verlies tweemaal in aanmerking werd genomen. In dit arrest was er een tussenhoudster gevestigd in Nederland. Als het verlies van de kleindochtervennootschap werd verrekend met de winst van de moedervennootschap bestond het risico dat de Nederlandse tussenhoudster een voorziening trof vanwege het feit dat de kleindochtervennootschap verlieslijdend was. Hierdoor zou het verlies tweemaal in aanmerking kunnen worden genomen. Dit werd onwenselijk gevonden waardoor het waarborgen van de samenhang van de Franse 'fiscale integratie' regeling door het Hof van Justitie EG werd aanvaard als rechtvaardigingsgrond voor de beperking van de vrijheid van vestiging.⁹⁸

Vervolgens toetste het Hof van Justitie EG of de Franse 'fiscale integratie' regeling proportioneel was. Deze regeling mocht namelijk niet verder gaan dan noodzakelijk was om de samenhang van het Franse belastingstelsel te waarborgen. Daarom onderzocht het Hof van Justitie EG of er ook een minder belemmerende maatregel mogelijk was waarbij de samenhang van de Franse 'fiscale integratie' regeling kon worden gewaarborgd. Toepassing van de Franse 'fiscale integratie' werd kort gezegd geweigerd doordat het voor de Franse fiscus niet duidelijk was over er bij de Nederlandse tussenhoudster ook rekening werd gehouden met het verlies van de Franse kleindochtervennootschap middels een voorziening. Doordat de Franse fiscus niet over deze informatie beschikte werd toepassing van de 'fiscale integratie' regeling geweigerd. Het was echter mogelijk om de Franse 'fiscale integratie' regeling proportioneeler te maken door het bieden van een bewijsmogelijkheid. Als het bewijs kon worden geleverd dat er in Nederland geen rekening werd gehouden met het verlies van de Franse kleindochterrekening middels een voorziening, was het weigeren om de Franse 'fiscale integratie' regeling toe te passen disproportioneel.⁹⁹ Het Hof van Justitie EG antwoordde dat de Franse 'fiscale integratie' regeling in zijn huidige vorm in strijd was met EU-recht.¹⁰⁰

2.2.2.3 X Holding

Nu het Hof van Justitie EG alleen had aangegeven dat de Engelse 'group relief' regeling slechts in bepaalde gevallen leidt tot strijdigheid met EU-recht deed zich de vraag voor hoe dit nu zit met de groepsregelingen uit andere lidstaten. Zo werd de Hoge Raad op 11 juli 2008 geconfronteerd met de vraag of de inspecteur het verzoek tot een grensoverschrijdende fiscale eenheid terecht had afgewezen.¹⁰¹ In deze zaak wilde de Nederland gevestigde vennootschap een fiscale eenheid vormen met haar in België gelegen dochtervennootschap waarin zij een belang had van 100%. De naar Belgisch recht opgerichte vennootschap, waarvan de feitelijke leiding in België was gelegen, had in Nederland geen vaste inrichting waardoor zij niet als buitenlandse belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting kon worden aangemerkt. Op grond van de wettekst was het derhalve niet mogelijk om een fiscale eenheid te vormen. De Hoge Raad besloot om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie EG om te onderzoeken of het weigeren van een grensoverschrijdende

⁹⁷ Ibid., r.o. 41.

⁹⁸ Ibid., r.o. 41 en 46 t/m 51.

⁹⁹ Ibid., r.o. 52 en 60 t/m 62.

¹⁰⁰ Ibid., r.o. 63.

¹⁰¹ Hoge Raad, 11 juli 2008, BNB 2008/305.

fiscale eenheid in strijd was met EU-recht. Het Hof van Justitie EG heeft vervolgens geantwoord op de vraag of het weigeren van de grensoverschrijdende fiscale eenheid in strijd was met EU-recht.¹⁰²

De in Nederland gevestigde moedervennootschap wilde een fiscale eenheid gaan vormen met de in België gevestigde dochtervennootschap. Doordat de dochtervennootschap niet in Nederland maar in België was gevestigd was er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Een ingezeten moedervennootschap met een ingezeten dochtervennootschap die een fiscale eenheid wilden vormen bevonden zich namelijk in een objectief vergelijkbare situatie als een ingezeten moedervennootschap met een dochtervennootschap die een andere lidstaat was gevestigd die een fiscale eenheid wilden vormen. Het wel toestaan van een fiscale eenheid in een binnenlandse situatie en het niet toestaan van een fiscale eenheid in een grensoverschrijdende situatie zorgde er voor dat het minder aantrekkelijk werd om een dochtervennootschap in een andere lidstaat op te richten. Dit zorgde er voor dat er sprake was van een beperking van de vrijheid van vestiging aantrekkelijk.¹⁰³

Ter rechtvaardiging van deze belemmering werd aangedragen dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime in overeenstemming was met het fiscale territorialiteitsbeginsel. Het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid zou er immers toe leiden dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten zou worden verstoord. De moedervennootschap zou dan vrijelijk kunnen beslissen in welke lidstaat rekening werd gehouden met de door de dochtervennootschap geleden verliezen.

Het beroep op het fiscale territorialiteitsbeginsel werd door het Hof van Justitie EG geaccepteerd als rechtvaardigingsgrond.¹⁰⁴ Vervolgens werd er getoetst of het fiscale eenheidsregime proportioneel was. De belanghebbende en de Europese Commissie namen het standpunt in dat het weigeren van een niet-ingezeten 100% dochtervennootschap in een fiscale eenheid niet proportioneel was.¹⁰⁵ In hun ogen werd een dochtervennootschap die gevoegd was in de fiscale eenheid behandeld als ware het een vaste inrichting. Zij zagen dan ook een maatregel voor ogen door een buitenlandse dochtervennootschap die in een fiscale eenheid werd gevoegd te behandelen als ware het een buitenlandse vaste inrichting. Deze maatregel verhoogde in hun ogen de proportionaliteit. Dit werd door het Hof van Justitie EG echter niet gevolgd.¹⁰⁶

Volgens het Hof van Justitie EG bevonden een in de andere lidstaat gelegen dochtervennootschap en de in de andere lidstaat gelegen vaste inrichting zich niet in een objectief vergelijkbare situatie. Een lidstaat kon dan ook niet worden verplicht om een regeling die gold voor het tijdelijk verrekenen van verliezen van een buitenlandse vaste inrichting ook open te stellen voor niet-ingezeten dochtervennootschappen. Het Hof van Justitie EG vond derhalve dat het weigeren van een niet-ingezeten dochtervennootschap om toe te treden tot een fiscale eenheid een proportionele maatregel was. Het weigeren van een grensoverschrijdende fiscale eenheid was volgens het Hof van Justitie EG dan ook niet in strijd met EU-recht.¹⁰⁷

2.2.2.4 Philips Electronics

Op 6 september 2012 werd er door het Hof van Justitie EG uitspraak gedaan in de zaak Philips Electronics.¹⁰⁸ In deze zaak stond de Britse 'group relief' regeling centraal. Het ging in deze zaak over

¹⁰² Hof van Justitie EG, X Holding, 25 februari 2010, zaaknummer C-337/08, r.o. 15.

¹⁰³ Ibid., r.o. 19 en 24.

¹⁰⁴ Ibid., r.o. 32 en 33.

¹⁰⁵ Ibid., r.o. 35.

¹⁰⁶ Ibid., r.o. 36.

¹⁰⁷ Ibid., r.o. 43.

¹⁰⁸ Hof van Justitie EG, Philips Electronics, 6 september 2012, zaaknummer C-18/11.

de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde joint venture Philips Electronics UK.¹⁰⁹ Deze vennootschap, die onderdeel uitmaakte van de Philips Group, had een dochtervennootschap in Nederland. Deze dochtervennootschap, genaamd LG Philips Displays Netherlands BV, had op haar beurt een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk. Deze vaste inrichting was echter verlieslijdend. In de jaren 2001 t/m 2004 heeft Philips Electronics geprobeerd om de vaste inrichtingsverliezen te verrekenen met haar eigen winst. De Britse belastingdienst stond deze vorm van verliesverrekening echter niet toe.

In dit arrest stond de vraag centraal of het in strijd was met EU-recht om aanvullende voorwaarden te stellen aan de toepassing van de Britse 'group relief' regeling indien de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vaste inrichting niet behoorde tot een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap maar tot een vennootschap die in een andere lidstaat was gevestigd.

Doordat Philips Electronics niet rechtstreeks een vaste inrichting had in het Verenigd Koninkrijk maar dat deze vaste inrichting toebehoorde aan haar dochtervennootschap LG Philips Displays Netherlands BV die in Nederland was gevestigd was er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Omdat de aanvullende vereisten voor de toepassing van de 'group relief' regeling alleen gelden als de vaste inrichting werd gehouden door een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap was er sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging. De grensoverschrijdende situatie werd immers nadeliger behandeld dan de objectief vergelijkbare binnenlandse situatie.¹¹⁰

Ter rechtvaardiging van deze belemmering werden twee rechtvaardigingsargumenten aangedragen, namelijk het voorkomen van dubbele verliesverrekening en de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.¹¹¹

Het Hof van Justitie EG merkte op dat een beroep op de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid niet kan slagen omdat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid niet in gevaar komt. Het Verenigd Koninkrijk was namelijk heffingsbevoegd ten aanzien van zowel Philips Electronics als de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vaste inrichting.¹¹² Ook het beroep op het voorkomen van dubbele verliesverrekening hield om dezelfde redenen geen stand. Het Hof van Justitie EG was namelijk van mening dat de heffingsbevoegdheid van het Verenigde Koninkrijk niet werd geraakt door wat er met LG Philips Displays Netherlands BV in Nederland gebeurde.

De behandeling van de vaste inrichtingsverliezen in de staat van het hoofdhuis kon niet rechtvaardigen dat er in het Verenigd Koninkrijk aanvullende voorwaarden werden gesteld voor het toepassen van de 'group relief' regeling.¹¹³ Nadat het Hof van Justitie EG beide rechtvaardigingsargumenten afzonderlijk als rechtvaardigingsgrond had verworpen, gaf zij aan dat ook een combinatie van deze twee argumenten niet als rechtvaardigingsgrond kon worden geaccepteerd. Voor het verwerpen van deze combinatie als rechtvaardigingsgrond had het Hof van Justitie EG dezelfde argumenten als voor het verwerpen van de afzonderlijke argumenten.¹¹⁴ Het Hof van Justitie EG was dus van mening dat het stellen van de aanvullende voorwaarden niet kon worden gerechtvaardigd met de rechtvaardigingsargumenten die in deze zaak werden aangedragen. Er werd dus geoordeeld dat de aanvullende eis in strijd was met EU-recht.¹¹⁵

¹⁰⁹ Hierna: Philips Electronics.

¹¹⁰ Hof van Justitie EG, Philips Electronics, 6 september 2012, zaaknummer C-18/11, r.o. 16 en 20.

¹¹¹ Ibid., r.o. 21.

¹¹² Ibid., r.o. 23, 25 en 27.

¹¹³ Ibid., r.o. 28 t/m 32.

¹¹⁴ Ibid., r.o. 34.

¹¹⁵ Ibid., r.o. 35.

Ik ben van mening dat deze aanvullende eis alleen in strijd werd geacht met EU-recht om de verkeerde rechtvaardigingsargumenten werden aangedragen. In het Papillon arrest, die in mijn ogen kan worden vergeleken met het Philips Electronics arrest, werd een beroep op de samenhang van het belastingstel namelijk geaccepteerd als een rechtvaardigingsgrond. Ik vind dat dit rechtvaardigingsargument ook in deze zaak opgaat. Daarnaast ben ik van mening dat de aanvullende eis proportioneel is waardoor deze eis niet in strijd is met EU-recht.

2.2.2.5 Deelconclusie

De zaken Marks & Spencer II, Papillon, X Holding en Philips Electronics waarin het Hof van Justitie EG uitspraak heeft gedaan hebben één ding gemeen. Ze gaan allemaal over verliesverrekening in groepsverband. Uit deze arresten kan de visie van het Hof van Justitie EG ten aanzien van verliesverrekening in groepsverband worden afgeleid. In het arrest Marks & Spencer II heeft het Hof van Justitie EG aangegeven dat het weigeren van de toepassing van de 'group relief' regeling ten aanzien van in het buitenland gevestigde dochtervennootschappen in beginsel kan worden gerechtvaardigd. Een drietal rechtvaardigingsargumenten werd als combinatie geaccepteerd als rechtvaardigingsgrond.¹¹⁶ Daarnaast werd er in dit arrest een uitzonderingssituatie geformuleerd wanneer het weigeren van de 'group relief' regeling disproportioneel uitpakt.

In het Papillon arrest werd aangegeven dat het toepassen van een fiscale integratieregeling ten aanzien van een moedervernootschap en haar kleindochtervennootschap die beide in Frankrijk zijn gelegen moet worden toegestaan. Zij bevinden zich beide in hetzelfde fiscale heffingsterritorium waardoor het toepassen van een fiscale integratieregeling mogelijk is. Het weigeren van de fiscale integratieregeling is niet disproportioneel indien de buitenlandse tussenhoudster middels een voorziening ook rekening heeft houden met het verlies. Frankrijk moet daarom aan de belastingplichtige een bewijsmogelijkheid bieden zodat kan worden bewezen dat de in de andere lidstaat gevestigde tussenhoudster geen rekening houdt met het door de dochtervennootschap geleden verlies. Als deze bewijsmogelijkheid niet wordt geboden dan is de Franse weigering van het toepassen van de integratie regeling disproportioneel en in strijd met EU-recht.

In het X Holding arrest was er geen sprake van binnenlandse verliesverrekening maar van grensoverschrijdende verliesverrekening. In dit arrest gaf het Hof van Justitie EG aan dat het weigeren van een grensoverschrijdende fiscale eenheid kan worden gerechtvaardigd met een beroep op het fiscale territorialiteitsbeginsel. Nederland hoefde de 100%-dochtervennootschap die in het buitenland was gevestigd dus niet te behandelen als ware het een vaste inrichting. Het arrest Philips Electronics is enigszins vergelijkbaar met het arrest Papillon. In dit geval ging het echter niet om het toepassen van een groepsregeling ten opzichte van uitsluitend lichamen maar van het toepassen van een groepsregeling ten aanzien van een lichaam en een vaste inrichting van een in het buitenland gelegen dochtervennootschap. Ook in deze situatie wilde men een groepsregeling toepassen ten aanzien van activiteiten die zich binnen het heffingsterritorium van één land bevonden. Het Hof van Justitie EG was vond het stellen van extra voorwaarden in strijd is met EU-recht. Deze conclusie van het Hof van Justitie EG is naar mijn mening zo uitgevallen omdat de juiste rechtvaardigingsgrond, namelijk de samenhang van het belastingstelsel, niet werd aangedragen wat wel gebeurde in het arrest Papillon.

Al deze arresten tezamen bekeken leid ik de visie van het Hof van Justitie EG af dat regels voor verliesverrekening in groepsverband in beginsel open moeten staan ten aanzien van alle

¹¹⁶ Het eerste rechtvaardigingsargument hield in dat door de weigering een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid worden gegarandeerd. Het tweede rechtvaardigingsargument hield in dat het niet weigeren van de 'group relief' regeling tot gevolg heeft dat er een risico ontstaat van dubbele verliesverrekening. Terwijl het derde rechtvaardigingsargument aangaf dat het toestaan van de 'group relief' regeling tot gevolg heeft dat het gevaar van belastingontwijking wordt vergroot.

groepsactiviteiten die in een land worden ontplooid ongeacht of dit middels een lichaam of een vaste inrichting gebeurt. Grensoverschrijdende verliesverrekening is volgens het Hof van Justitie EG bij verliesverrekening in groepsverband slechts bij hoge uitzondering mogelijk. Grensoverschrijdende verliesverrekening hoeft een lidstaat naar mijn mening namelijk alleen te accepteren als er is voldaan aan de uitzonderingssituatie uit het Marks & Spencer II arrest, namelijk dat verliesverrekening in de lidstaat waarin het verlies werd geleden definitief onmogelijk is geworden.

2.2.3 Verliesverrekening bij herstructurering

Over de behandeling van verliezen bij herstructurering heeft het Hof van Justitie EG zich één keer uitgelaten in een arrest. Dit was het arrest Foggia waarin er sprake was van een fusie waarbij de verdwijnende vennootschap nagenoeg alleen compensabele verliezen bezat.

Op 10 november 2011 heeft het Hof van Justitie EG uitspraak gedaan in het arrest Foggia.¹¹⁷ De in Portugal gevestigde vennootschap Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA¹¹⁸ heeft middels een fusie¹¹⁹ drie andere in Portugal gelegen houdstervenootschappen, die tot dezelfde groep behoren, overgenomen. Foggia wilde de nog aanwezige verliezen van deze verdwijnende vennootschappen verrekenen. De Portugese fiscus ging hiermee akkoord ten aanzien van twee van de drie verdwijnende vennootschappen. De Portugese fiscus stond echter niet toe dat Foggia het nog niet verrekende verlies van Riguardiana – Sociedade Gestora de Participações Sociais SA¹²⁰ ging verrekenen omdat Foggia geen enkel economisch belang had bij Riguardiana. In dit arrest ging het om de vraag of de Fusierichtlijn moet worden uitgelegd dat een fusie tussen twee groepsvennootschappen heeft plaatsgevonden op grond van ‘zakelijke overwegingen’ als er sprake is van een klein positief effect op de structurele kosten van de groep en de overgenomen vennootschap slechts grote verliezen overdraagt aan de overnemende vennootschap.¹²¹

Als eerste constateerde het Hof van Justitie EG dat ondanks het feit dat er geen sprake was van grensoverschrijdend verkeer het toch mogelijk was om te toetsen aan EU-recht. De Fusierichtlijn was in Portugal namelijk op dusdanige wijze geïmplementeerd dat een binnenlandse situatie op dezelfde wijze werd behandeld als een grensoverschrijdende situatie.¹²² Vervolgens gaf het Hof van Justitie EG uitleg over de term ‘zakelijke overwegingen’.

In een eerder arrest, Leur-Bloem, had het Hof van Justitie EG al aangegeven dat het uitsluitend nastreven van fiscaal voordeel niet kan worden gezien als ‘zakelijke overwegingen’. Uit het arrest Foggia blijkt dat de aanwezigheid van een fiscaal motief er niet per definitie voor hoeft te zorgen dat er geen sprake was van ‘zakelijke overwegingen’. Zo lang de fiscale overwegingen niet van doorslaggevende aard zijn geweest mag worden aangenomen dat er sprake is van ‘zakelijke overwegingen’. Was het fiscale motief echter wel van doorslaggevende betekenis dan was het hoofddoel of één van de hoofddoelen van de transactie belastingfraude of belastingontwijking.¹²³

Daarna gaf het Hof van Justitie EG aan dat zij zich niet in de positie bevond om te oordelen over deze specifieke casus. Wel gaf zij in rechtsoverweging 39 t/m 51 criteria die de nationale rechter in oenschouw moest houden bij de beoordeling van de specifieke casus die speelde in dit arrest.¹²⁴

¹¹⁷ Hof van Justitie EG, Foggia, 10 november 2011, BNB 2012/5.

¹¹⁸ Hierna: Foggia.

¹¹⁹ In dit arrest komt niet duidelijk naar voren over welke soort fusie het gaat. Doordat met de term fusie in de Fusierichtlijn werd bedoeld op een juridische fusie neem ik aan dat er in deze casus sprake was van een juridische fusie.

¹²⁰ Hierna: Riguardiana.

¹²¹ Hof van Justitie EG, Foggia, 10 november 2011, BNB 2012/5, r.o. 30.

¹²² Ibid., r.o. 20, 23 en 28.

¹²³ Ibid., r.o. 34 t/m 36.

¹²⁴ Ibid., r.o. 39 t/m 51.

Vervolgens beantwoordde het Hof van Justitie EG de gestelde prejudiciële vraag. In dit antwoord gaf zijn aan dat het aan de nationale rechter was om te oordelen of er in die specifieke casus wel of geen sprake was van 'zakelijke overwegingen'. De nationale rechter moet beoordelen of er sprake was van 'belastingfraude of -ontwijking' in de zin van de Fusierichtlijn. Het feit dat er een marginale structurele kostenbesparing gepaard ging met de fusie was inherent aan het fuseren zelf en vormde derhalve onvoldoende grond op zichzelf beschouwd om als 'zakelijke overwegingen' aangemerkt te kunnen worden.¹²⁵

Ten aanzien van verliesverrekening in herstructureringsituaties waarop de Fusierichtlijn van toepassing is, is slechts één arrest geweest: Foggia. Dit arrest kan worden gezien als de visie van het Hof van Justitie EG ten aanzien van verliesverrekening in dergelijke herstructureringsituaties. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat het aan de nationale rechter is om te beoordelen of het hoofddoel of één der hoofddoelen van de fusie is ingegeven door belastingfraude of -ontwijking. Ten aanzien van de specifieke casus werd aangegeven dat een marginale kostenbesparing in vergelijking met het fiscale voordeel niet voldoende is om er voor te zorgen dat de fusie is ingegeven door zakelijke overwegingen. De kostenbesparing is namelijk inherent aan de fusie.¹²⁶ Het Hof van Justitie EG is dus van mening dat de nationale rechter moet beoordelen of het verliesverrekeningsmotief kan worden gezien als belastingontwijking in de zin van de Fusierichtlijn.

2.3 De visie van de Advocaat-generaal

Nog lang niet in alle lidstaten is er sprake van een verliesverrekeningssysteem dat in overeenstemming is met EU-recht. Dit komt doordat er nog onduidelijkheden bestaan waarover het Hof van Justitie EG zich nog niet heeft uitgelaten. In deze paragraaf zal worden ingegaan op de conclusie van de Advocaat-generaal ten aanzien van prejudiciële vragen over verliesverrekening door lichamen waarop het Hof van Justitie EG nog niet heeft geantwoord.

In de zaak A Oy werden twee prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie EG die zij voorsnog niet heeft beantwoord. In deze zaak wilde de in Finland gevestigde A Oy fuseren met een in Zweden gelegen vennootschap. Van deze Zweedse vennootschap, B AB, had het Finse A Oy alle aandelen in het bezit. De handelsactiviteiten die door het Zweedse B AB werden ontplooid werden stopgezet. Dit zorgde er voor dat er in deze vennootschap alleen nog maar verplichtingen zaten namelijk twee langlopende huurcontracten. Hierdoor was B AB verlieslijdend. A Oy wilde fuseren met het verlieslijdende B AB. Door deze fusie zou B AB worden ontbonden en zou haar gehele vermogen overgaan op A Oy. A Oy wil de verliezen die nog in B AB aanwezig waren overnemen en in de toekomst gaan verrekenen. Dit werd door de Finse belastingdienst niet toegestaan waardoor er op 9 maart 2011 twee prejudiciële vragen werden ingediend.¹²⁷ Deze twee vragen heeft de Advocaat-generaal Kokott beantwoord in haar conclusie.

De Advocaat-generaal gaf in haar conclusie aan dat de verwijzende rechter in feite wil weten of een nationale regeling die niet toestaat dat de in het buitenland opgelopen verliezen worden overgenomen door de overnemende vennootschap in strijd is met EU-recht. Om deze vraag te kunnen beantwoorden keek zij eerst of er sprake was van strijdigheid met secundair EU-recht¹²⁸ waarna zij vervolgens keek of er sprake was van strijd met primair EU-recht.

Als eerste toetste de Advocaat-generaal of de casus onder de reikwijdte van de Fusierichtlijn viel. Doordat de vennootschappen uit deze casus voldeden aan de vereisten van de Fusierichtlijn was

¹²⁵ Ibid., r.o. 52.

¹²⁶ Ibid., r.o. 47 en 48.

¹²⁷ Publicatieblad van de Europese Unie, C-145/17, 14 mei 2011.

¹²⁸ Secundair EU-recht bestaat uit: verordeningen, richtlijnen, beschikkingen, aanbevelingen die door de Europese Commissie, de Raad van Ministers en het Europees Parlement worden vastgesteld en uitgebracht. Bron: http://www.europa-nu.nl/id/vha3v69v5wxr/secundair_gemeenschapsrecht

deze richtlijn ook van toepassing op deze casus. De vraag was nu echter of de Fusierichtlijn ook voor deze specifieke casus iets regelde voor de aanwezige verliezen van de verdwijnende vennootschap. In artikel 6 FR wordt behandeld hoe de verliezen van de verdwijnende vennootschap kunnen worden verrekend. In dit artikel staat dat de verliezen van de verdwijnende vennootschap konden worden verrekend door een vaste inrichting van de overnemende vennootschap mits deze vaste inrichting is gevestigd in dezelfde lidstaat als de verdwijnende vennootschap.

Doordat A Oy niet beschikte over een vaste inrichting in Zweden en omdat er in B AB geen onderneming meer werd gedreven was er geen sprake van een vaste inrichting in Zweden die deze verliezen kon verrekenen. A Oy wilde daarom de verliezen van het verdwijnende B AB zelf gaan verrekenen in Finland. Dit is volgens de Finse nationale wet echter niet mogelijk. Volgens de Fusierichtlijn kan het verlies van de verdwijnende vennootschap uitsluitend worden overgedragen aan een vaste inrichting van de overnemende vennootschap die zich in dezelfde lidstaat bevindt als de verdwijnende vennootschap. De Finse nationale regeling die een verliesoverdracht aan A Oy zelf weigerde, is daarom niet in strijd met de Fusierichtlijn. Er bestaat dus geen strijd met secundair EU-recht.¹²⁹ Met deze analyse van de Advocaat-generaal ben ik het eens.

Ondanks het feit dat de Finse nationale regeling niet in strijd is met de Fusierichtlijn kan het wel mogelijk zijn dat deze regeling in strijd is met primair EU-recht. Om dit te kunnen toetsen hanteerde de Advocaat-generaal het bekende stappenplan van het Hof van Justitie EG. Als eerste werd er geconstateerd dat er sprake was van grensoverschrijdend verkeer. De in Finland gevestigde vennootschap A Oy wil immers gaan fuseren met de in Zweden gevestigde vennootschap B AB. Vervolgens ging de Advocaat-generaal na of er sprake was van een belemmering van de vrijheid van vestiging van de overnemende vennootschap A Oy. Als A Oy een zou gaan fuseren met een binnenlandse vennootschap die nog over niet gecompenseerde verliezen beschikt dan zou zij deze verliezen zelf kunnen verrekenen.¹³⁰ Nu A Oy wil fuseren met een buitenlandse vennootschap die over onverrekenende verliezen beschikt kan zij deze niet zelf verrekenen. Dit houdt in dat de Finse nationale regels de vrijheid van vestiging beperkt.¹³¹ Een rechtvaardiging voor deze belemmering kon in de ogen van de Advocaat-generaal worden gevonden in de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. De Finse nationale regeling zorgde er namelijk voor dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid werd gehandhaafd. Als Finland het verrekenen van verliezen wel zou toestaan dan zou dit leiden tot een inbreuk van de verdeling van de heffingsbevoegdheid omdat Finland dan verliesverrekening zou moeten toestaan maar niet over de winsten zou kunnen heffen.¹³² Vervolgens toetste de Advocaat-generaal of er sprake was van de in het Marks & Spencer II arrest geschetste uitzonderingssituatie. Deze uitzondering luidde als volgt:

“in een situatie waarin 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, 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.”¹³³

Als aan deze uitzonderingssituatie werd voldaan dan zou dit er toe leiden dat het verlies van B AB kan worden verrekend in Finland door A Oy.

¹²⁹ Advocaat-generaal Juliane Kokott, C-123/11 conclusie, 19 juli 2012, r.o. 24 t/m 29.

¹³⁰ Ik neem nu en voor de verdere beantwoording van de prejudiciële vragen net als de Advocaat-generaal in r.o. 38 aan dat verliesverrekening niet het enige motief van de juridische fusie is. Door deze aanname kan er dus geen sprake zijn van misbruik van recht.

¹³¹ Advocaat-generaal Juliane Kokott, C-123/11 conclusie, 19 juli 2012, r.o. 35,36,38 en 42.

¹³² Ibid., r.o. 44.

¹³³ Hof van Justitie EG, Marks & Spencer II, C446/03, BNB 2006/72, 13 december 2005, r.o. 55.

De Advocaat-generaal betwijfelt echter of deze uitzonderingssituatie er in deze casus toe zal leiden dat grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk wordt. Zij gaf aan dat in deze zaak in beginsel sprake was van de uitzonderingssituatie zoals was geformuleerd in het Marks & Spencer II arrest. Verliesverrekening in Zweden was namelijk niet meer mogelijk omdat de eerst de onderneming werd gestaakt en de Zweedse vennootschap vervolgens als gevolg van de fusie met het in Finland gevestigde A Oy zou verdwijnen. Deze verliezen waren definitief geworden en konden in Zweden niet meer worden gecompenseerd. Desondanks was de Advocaat-generaal van mening dat Finland grensoverschrijdende verliesverrekening niet hoefde toe te staan. Vennootschappen mochten namelijk niet de keuzevrijheid bezitten om te kiezen in welke lidstaat een verlies in aanmerking werd genomen. Volgens de Advocaat-generaal was er in deze situatie sprake van een keuzevrijheid ten aanzien van waar de verliezen van B AB werden verrekend. Zowel het staken van de onderneming in Zweden, het fusieverzoek als de volgorde waarin deze beslissingen werden genomen vormden keuzes van de betrokken vennootschappen. De keuzes beïnvloedden in hoeverre de verliezen van B AB in Zweden konden worden verrekend. Deze keuzes zouden er volgens de Advocaat-generaal niet toe mogen leiden dat kon worden gekozen welke lidstaat rekening dient te houden met het verlies.¹³⁴ Omdat de belastingplichtige volgens de Advocaat-generaal de vrije keuzemogelijkheid bezat over welke lidstaat rekening diende te houden met het verlies is volgens haar de Marks & Spencer II uitzondering niet van toepassing ondanks het feit dat er aan de vereisten uit rechtsoverweging 55 van het Marks & Spencer II arrest werd voldaan.

Deze mening van de Advocaat-generaal deel ik niet. Het weigeren van de grensoverschrijdende verliesverrekening kan naar mijn mening worden gerechtvaardigd met een beroep op de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. Het toestaan van de grensoverschrijdende verliesoverdracht zou er namelijk toe leiden dat de belastingplichtigen keuzevrijheid bezitten over welk land rekening moet gaan houden met de verliezen. Dit is in het Marks & Spencer II arrest ook onderkend bij het accepteren van de rechtvaardigingsgrond.¹³⁵ Ik vind het daarom niet terecht om bij de beoordeling van de uitzonderingssituatie uit het Marks & Spencer II arrest terug te komen op de eventuele keuzevrijheid omdat dit in het Marks & Spencer II arrest ook niet gebeurde. Daarom ben ik van mening dat grensoverschrijdende verliesverrekening in deze casus moet worden toegestaan, mits er geen sprake is van strijd met de Fusierichtlijn, er is voldaan aan de vereisten van de uitzonderingssituatie uit rechtsoverweging 55 van het Marks & Spencer II arrest en er geen sprake is van misbruik van recht. Op dit punt ben ik dus een andere mening toegedaan dan de Advocaat-generaal.

Vervolgens toetste de Advocaat-generaal of de Finse regeling in haar ogen proportioneel is. Dit was het geval omdat deze regeling in haar ogen niet verder ging dan nodig was om haar doelstelling te bereiken.¹³⁶ Zij adviseerde daarom het Hof van Justitie EG om te antwoorden dat Finse weigering van grensoverschrijdende verliesverrekening niet in strijd was met EU-recht.¹³⁷

Gezien de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag van de Advocaat-generaal hoefde zij eigenlijk niet meer in te gaan op de tweede prejudiciële vraag. Voor het geval het Hof van Justitie EG haar advies ten aanzien van de eerste prejudiciële vraag niet opvolgt, besloot zijn ook om de tweede prejudiciële vraag te beantwoorden. Deze tweede vraag hield in of het grensoverschrijdende verlies moest worden bepaald aan de hand van de regels van de lidstaat die zij verliet of aan de hand van de lidstaat dat rekening met dit verlies moest gaan houden.¹³⁸ Volgens de Advocaat-generaal diende het grensoverschrijdende verlies te worden bepaald aan de hand van de regels van ontvangstlidstaat

¹³⁴ Advocaat-generaal Juliane Kokett, C-123/11 conclusie, 19 juli 2012, r.o. 57 t/m 59.

¹³⁵ Hof van Justitie EG, Marks & Spencer II, C-446/03, BNB 2006/72, 13 december 2005, r.o. 46 en 49.

¹³⁶ Advocaat-generaal Juliane Kokett, C-123/11, conclusie, 19 juli 2012, r.o. 61, 63, 66 en 68.

¹³⁷ Ibid., r.o. 69.

¹³⁸ Ibid., r.o. 70.

omdat alleen in dat geval een grensoverschrijdende fusie op eenzelfde wijze werd behandeld als een binnenlandse fusie.¹³⁹ Ik ben het eens met de Advocaat-generaal dat de omvang van het grensoverschrijdende verlies niet meer mag bedragen dan dat de omvang van dit verlies zou zijn geweest volgens de regels van het vestigingsland van het verlies overnemende lichaam. Ik vind het namelijk onacceptabel als een land rekening moet houden met een grensoverschrijdend verlies dat volgens de fiscale regels van het verlies overnemende land niet zou bestaan of vele male kleiner is.

De situatie waarin de bepaling van het grensoverschrijdende verlies volgens het ontvangstland lager uitpakt dan volgens de regels van het oorsprongslid kan in mijn ogen worden gerechtvaardigd omdat dispariteiten tussen belastingstelsels worden geaccepteerd.

2.3.1 Deelconclusie

Doordat het nog onduidelijk is hoe het Hof van Justitie EG aankijkt tegen het grensoverschrijdend overdragen van verliesverrekeningspotentieel in het geval een herstructurering die onder de reikwijdte valt, is alleen de visie van de Advocaat-generaal ten aanzien van deze situatie duidelijk. Advocaat-generaal Kokett heeft immers een conclusie geschreven bij de zaak A Oy.

In deze conclusie geeft zij aan dat het weigeren van een fiscaal geruisloze fusie niet in strijd is met de Fusierichtlijn. Vervolgens gaat zij in op de vraag of het weigeren van de verliesoverdracht in strijd is met primair EU-recht. In beginsel geeft zij aan dat er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging maar dat deze beperking kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. Vervolgens komt zij tot de conclusie dat er geen sprake is van de uitzonderingssituatie die in het Marks & Spencer II arrest is geformuleerd. De vennootschappen mogen volgens haar niet de keuzevrijheid bezitten over welk land rekening dient te houden met het verlies. Grensoverschrijdende verliesverrekening is volgens haar in deze casus dus niet mogelijk. Naast de eerste prejudiciële vraag gaat de Advocaat-generaal ook in op de tweede prejudiciële vraag voor het geval dat haar antwoorden ten aanzien van de eerste prejudiciële vraag niet worden gevolgd. Met haar beantwoording van de tweede vraag geeft zij aan dat mocht er sprake zijn van grensoverschrijdende verliesoverdracht dat dan de omvang van dit verlies moet worden bepaald volgens de maatstaven van de lidstaat die dit verlies ontvangt. Alleen dan wordt volgens haar de grensoverschrijdende fusie hetzelfde behandeld als een binnenlandse fusie. Ik deel de mening van de Advocaat-generaal dat de omvang van het verlies dat maximaal in aanmerking komt voor grensoverschrijdende verliesverrekening dient te worden bepaald door de fiscale regels van het ontvangstland.

2.4 Slot

In dit hoofdstuk is onderzocht wat de visie van de Europese Unie op verliesverrekening door lichamen is. Deze visie wordt gevormd door de visie van de Europese Commissie en de visie van het Hof van Justitie EG ten aanzien van verliesverrekening door lichamen. Daarnaast werd er ook gekeken naar de visie van de Advocaat-generaal ten aanzien van verliesverrekening door lichamen. In de volgende subparagraaf worden de belangrijkste conclusies van de visie van de Europese Unie ten aanzien van verliesverrekening weergegeven. In de daaropvolgende subparagraaf wordt aangegeven op welke punten mijn mening afwijkt van de visie van de Europese Unie.

2.4.1 Samenvatting

In deze subparagraaf wordt aangegeven wat de visie van de Europese Unie ten aanzien van verliesverrekening door lichamen is. Hieronder staat aangegeven wat de belangrijkste conclusies zijn die uit de verschillende informatiebronnen kunnen worden getrokken.

¹³⁹ Ibid., r.o. 70 t/m 73.

In de Fusierichtlijn, die secundair EU-recht vormt, worden regels gesteld die bewerkstelligen dat bepaalde vormen intracommunautaire herstructurering geruisloos kan verlopen. Indien er sprake is van een grensoverschrijdende fusie waarbij één van de fuserende vennootschappen beschikt over compensabele verliezen dan worden deze verliezen toegerekend aan de vaste inrichting van deze vennootschap die in hetzelfde land is gevestigd als deze vennootschap. Er wordt dan dus geen verlies overgedragen van de ene – naar de andere lidstaat. Hoe een dergelijke grensoverschrijdende fusie werkt indien er geen sprake is van een vaste inrichting van de verdwijnende vennootschap in het vestigingsland van de verdwijnende vennootschap waaraan het onverrekenende verlies kan worden toegerekend is nog onduidelijk. Hierover zijn inmiddels prejudiciële vragen gesteld in de zaak A Oy. Daarnaast is er in de Fusierichtlijn ook geregeld dat er in bepaalde gevallen doorschuiving plaatsvindt indien een buitenlandse vaste inrichting tot de inbreng behoort.

Uit de twee ingetrokken richtlijnvoorstellen kan worden afgeleid dat de visie van de Europese Commissie van destijds niet overeenkwam met de visie van de meerderheid van de Raad van destijds. Anders waren deze voorstellen immers uitgegroeid tot richtlijnen en niet ingetrokken. Toch bevatten deze ingetrokken richtlijnvoorstellen informatie over de visie van de Europese Commissie ten aanzien van verliesverrekening door lichamen. Uit het oudste ingetrokken richtlijnvoorstel blijkt dat de Europese Commissie van mening is dat verliezen onbeperkt voorwaarts moeten kunnen worden verrekend terwijl er een achterwaartse verliesverrekeningstermijn van drie jaar moet worden gehanteerd. Ook is de Europese Commissie er in beginsel voorstander van de belastingplichtige kan bepalen met welke winsten hij zijn verlies wil verrekenen. Uit het andere ingetrokken richtlijnvoorstel blijkt dat de Europese Commissie voorstander is van het grensoverschrijdend verrekenen van een vaste inrichtingsverlies middels de verrekeningsmethode of de methode met aftrek en latere verdiscontering. Deze tweede methode was volgens de Europese Commissie ook geschikt om rekening te houden met verliezen die door de dochtervennootschap, die in een andere lidstaat was gevestigd, waren geleden.

In de verliesmededeling die kan worden aangemerkt als 'soft law' komt de visie van de Europese Commissie naar voren. Uit deze mededeling blijkt dat de Europese Commissie van mening is dat grensoverschrijdende verliesverrekening binnen een lichaam mogelijk moet zijn. Daarnaast geeft zij aan dat een groepsregeling waardoor grensoverschrijdend verliezen worden verrekend door de lidstaten moet worden toegestaan. Voor de wijze waarop de grensoverschrijdende verliezen behandeld kunnen worden noemt zij een aantal alternatieven.

De conceptribrichtlijn CCCTB vormt onderdeel van de Europese Commissie In de conceptribrichtlijn CCCTB worden diverse regels gesteld omtrent de bepaling van een gemeenschappelijke geconsolideerde belastinggrondslag.

Het resultaat dient namelijk eerst te worden geconsolideerd alvorens er aan belastingheffing kan worden toegekomen. Als het geconsolideerde resultaat negatief is dat kan dit uitsluitend voorwaarts worden verrekend met andere geconsolideerde resultaten. Indien er op het moment van toetreding sprake is van een verlies bij de belastingplichtige dan kan dit verlies voorwaarts worden verrekend met het toegewezen deel van deze groepsmaatschappij. Terwijl bij uittreding uit de CCCTB een eventueel onverrekend verlies van een groepsmaatschappij kan worden meegenomen naar de nationaalrechtelijke belasting. Ook indien een belastingplichtige voor de toetreding tot een groep al verliezen heeft dan kunnen deze verliezen uitsluitend voorwaarts worden verrekend met het aan hem toegewezen deel.

Als een groepsmaatschappij uit een groep treedt dan blijft het eventuele groepsverlies achter bij de resterende groep. Dit is echter anders indien de groep ophoudt te bestaan. In dat geval wordt het groepsverlies op basis van verdeelsleutels toegedeeld aan de verschillende groepsmaatschappijen. Indien een groepsmaatschappij vervolgens deel gaat uit maken van een andere groep dan wordt dit toegedeelde verlies behandeld als een voortoetredingsverlies. Indien er sprake is van een bedrijfsorganisatie dan wordt het groepsverlies op basis van de verdeelsleutel

toegerekend aan de groepsmaatschappijen. Dit kan vervolgens worden verrekend met het toegewezen deel van de verschillende groepsmaatschappijen.

Bij de behandeling van de visie van het Hof van Justitie EG ten aanzien van verliesverrekening door lichamen heb ik een onderscheid gemaakt in drie categorieën. Namelijk: verliesverrekening binnen een lichaam, verliesverrekening in groepsverband en verliesverrekening bij herstructurering. Uit de arresten waarin verliesverrekening binnen een lichaam centraal stonden kunnen een aantal dingen worden afgeleid. Zo blijkt uit het Deutsche Shell arrest dat de lidstaat waar een verlies zichtbaar is dat door zijn aard slecht zichtbaar kan zijn in één staat door deze ene staat in aanmerking moet worden genomen. Duitsland moest de aftrek van het wisselkoersverlies toestaan. In het Lidl Belgium arrest werd aangegeven dat het Hof van Justitie EG in beginsel een objectvrijstelling ten aanzien van buitenlandse vaste inrichtingsresultaten accepteert omdat dit in overeenstemming is met het fiscale territorialiteitsbeginsel. Tevens wordt er in dit arrest aangegeven dat de uitzonderingssituatie uit het Marks & Spencer II arrest niet uitsluitend ziet op de resultaten uit een andere lidstaat die worden geboekt door een lichaam maar ook op de resultaten uit een andere lidstaat die worden behaald door een vaste inrichting. In deze casus werd echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat er sprake is van de Marks & Spencer II uitzondering.

Ook in de categorie verliesverrekening in groepsverband heeft het Hof van Justitie EG diverse uitspraken gedaan waaruit kan worden afgeleid hoe hij hier tegen aankijkt. Ook binnen deze categorie kan een onderscheid worden gemaakt namelijk verliesverrekening binnen één heffingsterritorium of verliesverrekening tussen verschillende heffingsterritoria. Ten aanzien van de eerste subcategorie geldt dat het Hof van Justitie EG van mening is dat groepsregelingen waarbij verliesverrekening binnen een groep plaatsvindt open moeten staan in grensoverschrijdende situaties ten aanzien van de binnenlandse resultaten. Hierbij maakt het niet uit of de binnenlandse resultaten worden geboekt door lichamen zoals in het Papillon arrest of dat een deel van de binnenlandse resultaten worden behaald met een vaste inrichting zoals in het Philips Electronics arrest het geval was.

Ten aanzien van de categorie verliesverrekening in groepsverband geldt dat het Hof van Justitie EG van mening is dat verliesverrekening tussen verschillende heffingsterritoria alleen bij hoge uitzondering kan geschieden. Het weigeren van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in het X Holding arrest kon dus ook worden gerechtvaardigd met een beroep op het fiscale territorialiteitsbeginsel. Wanneer er sprake is van de uitzonderlijke situatie waarin een staat rekening moet houden met grensoverschrijdend verlies staat in rechtsoverweging 55 van het arrest Marks & Spencer II. Deze uitzondering luidt als volgt: *“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.”*

De laatste categorie ten aanzien waarvan de mening van het Hof van Justitie EG is geschetst gaat over verliesverrekening bij herstructureringsituaties die onder de reikwijdte van de Fusierichtlijn vallen. Over dit onderwerp bestaat vrijwel geen jurisprudentie. Het wordt uitsluitend in het arrest Foggia behandeld. Uit dit arrest blijkt dat de nationale rechter zelf moet bepalen of het hoofddoel of één der hoofddoelen belastingfraude of –ontwijking is. Ten aanzien van de specifieke casus werd aangegeven dat dat een marginale kostenbesparing in vergelijking met het fiscale voordeel niet voldoende is om er voor te zorgen dat de fusie is ingegeven door zakelijke overwegingen. Deze kostenbesparing is namelijk inherent aan de fusie.

Omdat er prejudiciële vragen zijn gesteld ten aanzien van verliesverrekening door lichamen die nog niet zijn beantwoord door het Hof van Justitie EG is er gekeken naar de visie van de Advocaat-generaal zoals deze naar vorenkomt in haar conclusie bij de zaak A Oy. In deze zaak werd grensoverschrijdende verliesoverdracht geweigerd ten aanzien van een juridische fusie waarbij één van de fuserende lichamen nagenoeg uitsluitend bestond uit compensabele verliezen. Volgens de Advocaat-generaal was deze weigering niet in strijd met de Fusierichtlijn of primair EU-recht ondanks het feit dat er werd voldaan aan de in rechtsoverweging 55 gestelde vereisten ten aanzien van een uitzonderingssituatie uit het Marks & Spencer II arrest. De Advocaat-generaal was namelijk van mening dat belastingplichtigen niet de vrije keuzemogelijkheid moeten krijgen om te beslissen welke lidstaat rekening moet houden met het verlies.

2.4.2 Mijn mening

In dit hoofdstuk heb ik aangegeven wat de visie van de Europese Unie is ten aanzien van verliesverrekening door lichamen. Om de visie van de Europese Unie te kunnen weergeven is er naar verschillende informatiebronnen gekeken. Mijn mening wijkt echter op bepaalde punten af van de mening die uit deze informatiebronnen kan worden afgeleid.

Zo ben ik van mening dat de verliesverrekeningsmogelijkheden niet in de tijd moeten zijn beperkt. Zowel voorwaarts – als achterwaartse verliesverrekening moet onbeperkt mogelijk zijn. Daarnaast vind ik dat het aanvullende vereiste in het arrest Philips Electronics niet in strijd zou zijn geweest met EU-recht als er een andere rechtvaardigingsgrond zou zijn aangedragen. Ik vind dat de samenhang van het belastingstelsel, die in een vergelijkbaar arrest Papillon werd geaccepteerd, ook in dat arrest zou zijn geaccepteerd. De aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond zou er naar mijn mening toe leiden dat er geen strijdigheid met EU-recht zou bestaan omdat het aanvullende vereiste in mijn ogen proportioneel is. Daarnaast deel ik de mening van de Advocaat-generaal in haar conclusie bij A Oy niet. Ik ben namelijk van mening dat grensoverschrijdende verliesverrekening in deze casus wel moet worden toegestaan omdat er sprake is van de uitzonderingssituatie die in rechtsoverweging 55 van het Marks en Spencer II arrest is geformuleerd.

3 De behandeling van verliezen volgens de wet op de vennootschapsbelasting

In dit hoofdstuk wordt de tweede deelvraag beantwoord. Deze deelvraag luidde: Hoe worden verliezen binnen de wet op de vennootschapsbelasting behandeld. Om deze deelvraag te kunnen beantwoorden wordt er stil gestaan bij wat de hoofdregels van de verliesverrekening in de vennootschapsbelasting zijn en hoe zij uitwerken. Daarnaast wordt er gekeken naar de verliesverrekeningsbeperkingen die worden gesteld in artikel 20 VPB en artikel 20a VPB. In de laatste drie paragrafen wordt er ingegaan op de verliesverrekeningsmogelijkheden: binnen een lichaam, binnen een groep en bij herstructurering.

3.1 Hoofdregels

In deze paragraaf wordt behandeld hoe de hoofdregels voor verliesverrekening in de vennootschapsbelasting werken. Hierbij zal de aannahme worden gemaakt dat de verliezen van de belastingplichtige op basis van correcte, bij voor bezwaarvatbare, beschikkingen zijn vastgesteld.¹⁴⁰ Zonder deze voor bezwaar vatbare beschikking kan een verlies op grond van artikel 20 lid 2 VPB namelijk niet worden verrekend.¹⁴¹ Bij de werking van de hoofdregels voor verliesverrekening in de vennootschapsbelasting zal worden ingegaan op de in tijd beperkte verliesverrekeningstermijnen en volgorde waarop verliesverrekening moet plaatsvinden.

Verliesverrekeningstermijnen

De verliesverrekeningsmogelijkheid die in de vennootschapsbelasting is opgenomen is gelimiteerd in de tijd. Zo kan een verlies worden verrekend met de positieve belastbare winst of het Nederlandse inkomen dat is behaald in het voorafgaande jaar. Als het verlies niet of niet geheel kan worden verrekend met de belastbare winst of het Nederlandse inkomen uit het voorafgaande jaar dan kan dit verlies voorwaarts worden verrekend met de belastbare winst of het Nederlandse inkomen dat in de komende negen jaar wordt behaald. Doordat de verliesverrekeningsmogelijkheid uit de vennootschapsbelasting is beperkt in de tijd is het mogelijk dat een deel van de verliezen niet wordt verrekend. De verliesverrekeningstermijnen uit artikel 20 lid 2 VPB vormen derhalve een inbreuk op het totaalwinstbeginsel uit artikel 3.8 IB die middels de schakelbepaling uit artikel 8 lid 2 ook van toepassing is op de vennootschapsbelasting. Deze inbreuk op het totaalwinstbeginsel vind ik onacceptabel. Ik ben dan ook voorstander van het hanteren van zowel een onbeperkte voorwaartse – als een onbeperkte achterwaartse verliesverrekeningstermijn.

Verliesverrekeningsvolgorde

In artikel 20 lid 7 VPB is de wettelijke verliesverrekeningsvolgorde bepaald. Volgens de huidige wettelijke regelgeving is de volgorde waarop de verliezen zijn ontstaan doorslaggevend voor de volgorde waarop deze verliezen kunnen worden verrekend. In artikel 20 lid 7 VPB is namelijk bepaald dat het oudste verlies, dat nog voor compensatie in aanmerking komt, als eerste moet worden verrekend.

3.1.1 Deelconclusie

De vennootschapsbelasting kent een achterwaartse verliesverrekeningstermijn van één jaar en een voorwaartse verliesverrekeningstermijn van negen jaar. Door verliesverrekeningstermijnen te hanteren wordt er een inbreuk gemaakt op het totaalwinstbeginsel dat niet kan worden gerechtvaardigd. Ik ben er dan ook voorstander van om geen verliesverrekeningstermijnen te

¹⁴⁰ Deze aannahme geldt ook ten aanzien van de rest van de masterscriptie tenzij uitdrukkelijk anders wordt aangegeven.

¹⁴¹ Op de formele regelgeving die geldt voor de vaststelling van een verlies die is opgenomen in artikel 20b VPB, artikel 21VPB en artikel 21a VPB zal niet worden ingegaan.

hanteren. Daarnaast kent de vennootschapsbelasting een wettelijke verliesverrekeningsvolgorde die er voor zorgt dat het oudste verlies dat nog voor verliesverrekening in aanmerking komt als eerst dient te worden verrekend. Ik vind de wettelijke verliesverrekeningsvolgorde in principe juist omdat bij het hanteren van deze verliesverrekeningsvolgorde de kans op verliesverdamping vanwege het verstrijken van de verliesverrekeningstermijnen klein is.

3.2 Verliesverrekeningsbeperkingen

Naast de hoofdregels voor verliesverrekening is er in de vennootschapsbelasting ook een tweetal artikelen opgenomen waarin inbreuken worden gemaakt op deze hoofdregels. Dit zijn namelijk artikel 20 VPB en artikel 20a VPB. De verliesverrekeningsbeperkingen uit beide artikelen zijn hieronder afzonderlijk toegelicht.

3.2.1 Artikel 20 VPB

Naast het feit dat de hoofdregels voor verliesverrekening, namelijk de verliesverrekeningstermijn en –volgorde, zijn opgenomen in artikel 20 VPB bevat dit artikel ook inbreuken op deze hoofdregels. De in artikel 20 VPB gemaakte inbreuken op de hoofdregels voor verliesverrekening kunnen worden onderverdeeld in twee categorieën. Namelijk de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 lid 3 VPB waarbij het al dan niet hebben van de status van beleggingsinstelling van belang is en de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 lid 4 VPB die geldt ten aanzien van het verrekenen van een houdster- en/of financieringsverlies.

3.2.1.1 Beleggingsinstelling

Artikel 20 lid 3 VPB is ingevoerd naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad op 11 november 1992.¹⁴² Uit dit arrest bleek dat een verlies van een beleggingsinstelling kon worden verrekend met de eerder behaalde winst van hetzelfde lichaam. Hierbij maakt het niet uit dat deze winsten werden behaald door de belastingplichtige in een jaar waarin zij niet viel aan te merken als een beleggingsinstelling. In de wettekst van destijds werd namelijk een dergelijk onderscheid niet gemaakt. Dit leidde er toe dat een verlies, dat onderworpen was aan het 0%-tarief, kon worden verrekend met een winst, die onderworpen was aan het gebruikelijke vennootschapsbelastingtarief. Deze uitspraak werd door de wetgever als ongewenst ervaren en leidde tot de invoering van artikel 20 lid 3 VPB.¹⁴³

In artikel 20 lid 3 VPB wordt een extra voorwaarde gesteld ten aanzien van verliesverrekening die toeziet op het al dan niet worden aangemerkt als een beleggingsinstelling. Met de term beleggingsinstelling wordt er gedoeld op de fiscale beleggingsinstelling die is omschreven in artikel 28 VPB.¹⁴⁴ Op grond van artikel 20 lid 3 VPB kan een verlies dat is geleden door een beleggingsinstelling uitsluitend worden verrekend met een positieve belastbare winst of positief Nederlands inkomen dat is behaald in een jaar waarin deze belastingplichtige wederom is aangemerkt als een beleggingsinstelling. Ook de tegenovergestelde situatie wordt in artikel 20 lid 3 VPB geregeld waardoor een verlies dat wordt geleden door een niet-beleggingsinstelling alleen maar kan worden verrekend met een positieve belastbare winst of een positief Nederlands inkomen dat deze belastingplichtige heeft behaald in een jaar waarin zij niet is aangemerkt als een fiscale beleggingsinstelling.

¹⁴² Hoge Raad, 11 november 1992, BNB 1993/207.

¹⁴³ Door de invoering van artikel 20 lid 3 VPB wordt voorkomen dat de Hoge Raad uitspraak van 11 november 1992 uit BNB 1993/207 nu nog kan worden toegepast.

¹⁴⁴ Met de term beleggingsinstelling wordt niet gedoeld op de vrijgestelde beleggingsinstelling uit artikel 6a VPB. De vrijgestelde beleggingsinstelling is namelijk subjectief vrijgesteld voor de vennootschapsbelasting waardoor er geen belastingobject meer dient te worden bepaald. Het is daarom ook onmogelijk voor een vrijgestelde beleggingsinstelling om een verlies te hebben zoals in artikel 20 lid 1 VPB is gedefinieerd.

Ik vind het terecht dat de wetgever een verlies van een fiscale beleggingsinstelling uitsluitend wil verrekenen met een belastbare winst of Nederlands inkomen van dezelfde belastingplichtige die wederom werd aangemerkt als een fiscale beleggingsinstelling. Deze inbreuk kan namelijk worden gerechtvaardigd door de verschillende tarieven die van toepassing zijn op een resultaat dat is behaald door een fiscale beleggingsinstelling en het resultaat dat is behaald door een belastingplichtige die niet de status van een fiscale beleggingsinstelling bezit.

3.2.1.2 Houdster- en/of financieringslichaam

Uit artikel 20 lid 4 t/m 6 VPB blijkt dat aan het verrekenen van een houdster- en/of financieringsverlies extra voorwaarden worden gesteld. Zo kan een verlies dat wordt aangemerkt als een houdster- en/of financieringsverlies uitsluitend worden verrekend met de belastbare winst of het Nederlandse inkomen van de belastingplichtige uit een jaar waarin de belastingplichtige wederom werd aangemerkt als een houdster- en/of financieringslichaam. Hierbij kan de wettelijke verliesverrekeningsvolgorde uit artikel 20 lid 7 VPB negatieve gevolgen hebben op de het verrekenen van een houdster- en/of financieringsverlies. Voor de verliesverrekeningsbeperking die geldt ten aanzien van een houdster- en/of financieringsverlies bestaat naar mijn mening geen rechtvaardiging en is uitsluitend ingegeven door budgettaire motieven. Ik wil dan ook dat deze verliesverrekeningsbeperking zo snel mogelijk wordt afgeschaft omdat zij in strijd is met het totaalwinstbeginsel en negatieve gevolgen heeft voor het fiscale vestigingsklimaat van Nederland.

Hieronder wordt toegelicht wanneer een belastingplichtige wordt aangemerkt als een houdster- en/of financieringslichaam en hoe een houdster- en/of financieringsverlies door de belastingplichtige kan worden verrekend.

Houdster- en/of financieringslichaam

Zoals de term al doet vermoeden wordt een verlies slechts aangemerkt als een houdster- en/of financieringsverlies als dit verlies is geleden door een belastingplichtige die kan worden aangemerkt als een houdster- en of financieringslichaam.

Volgens de wettekst uit artikel 20 lid 4 VPB is er sprake van een houdster- en/of financieringsverlies als de feitelijke werkzaamheid van een belastingplichtige gedurende het gehele of nagenoeg het gehele verliesjaar uitsluitend of nagenoeg uitsluitend bestaat uit het houden van deelnemingen of het direct of indirect financieren van met hem verbonden lichamen. Om deze definitie beter te kunnen begrijpen zullen de zeven afzonderlijke termen van deze definitie worden toegelicht.

Ten eerste blijkt uit de term ‘belastingplichtige’ dat de verliesverrekeningsbeperking die geldt ten aanzien van een houdster – en/of financieringsverlies geldt voor zowel binnenlandse – als buitenlandse belastingplichtigen.

Ten tweede is het van belang om te weten wat er met de term ‘feitelijke werkzaamheid’ wordt bedoeld. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat in eerste instantie gekeken wordt naar de tijdsbesteding van de werknemers die blijkt uit de loonadministratie om te kunnen bepalen waarmee de belastingplichtige zich feitelijk bezighoudt. Hoewel dit vaak de belangrijkste factor is, blijkt uit Kamerstukken dat ook andere factoren meewegen in de bepaling waarmee een belastingplichtige zich feitelijk bezighoudt. Zo kan er bijvoorbeeld ook worden gekeken naar de samenstelling van de commerciële winst en van de activa en passiva van de commerciële balans.¹⁴⁵ Het gewicht dat aan al deze verschillende factoren moet worden gehangen, hangt af van de mate van arbeidsintensiviteit van de onderneming.

Ten derde verdient de term ‘gehele of nagenoeg gehele jaar’ toelichting. Met deze term wordt bedoeld dat de belastingplichtige zicht voor ten minste 90% van het boekjaar bezighoudt met het verrichten van houdster- en/of financieringsactiviteiten.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Kamerstukken II 2003-2004, 29 210, nr. 25.

¹⁴⁶ D.R. Post, *De handel in verlieslichamen en de houdsterverliesregeling*, Deventer: Kluwer, tweede herziene druk, 2009, blz. 124.

Ten vierde wordt met de term ‘uitsluitend of nagenoeg uitsluitend’ bedoeld dat de activiteiten van de belastingplichtige voor 90% of meer bestaan uit houdster- en/of financieringsactiviteiten.¹⁴⁷ Het is dus mogelijk dat een belastingplichtige zich structureel elke maand voor 10% richt op overige activiteiten zonder dat de status als houdster- en/of financieringsmaatschappij in gevaar komt.

Ten vijfde moet de term ‘het houden van deelnemingen’ worden toegelicht. ‘Het houden van deelnemingen’ wordt namelijk aangemerkt als het verrichten van houdsteractiviteiten. Om de term ‘het houden van deelnemingen’ beter te kunnen begrijpen is het van belang om te weten wat er wordt bedoeld met het woord deelneming. Voor de betekenis van het woord deelneming moet worden gekeken naar art. 13 VPB.¹⁴⁸ Van een deelneming is dan sprake als de belastingplichtige ten minste 5% van de aandelen of stemrechten in het andere lichaam bezit. Het maakt voor de term ‘het houden van deelnemingen’ niet uit of de deelnemingen actief dan wel passief door de belastingplichtige worden aangehouden.¹⁴⁹ Tevens maakt het voor deze term niet uit of medewerkers van de belastingplichtige de houdsteractiviteiten uitvoeren of dat ingehuurde derden dit doen.¹⁵⁰ In beide gevallen worden immers materieel gezien houdsteractiviteiten ten behoeve van de belastingplichtige verricht.

Ten zesde moet de term ‘het direct of indirect financieren van met hem verbonden lichamen’ worden toegelicht. Om deze term goed te kunnen begrijpen moet er kritisch worden gekeken naar de afzonderlijke begrippen waaruit deze term is opgebouwd. Deze begrippen zijn: ‘financieren’, ‘direct of indirect’ en ‘verbonden lichamen’. Jammer genoeg is de betekenis van het begrip ‘financieren’ niet toegelicht in de parlementaire geschiedenis. Ik neem daarom aan dat voor de betekenis van het woord ‘financieren’ moet worden gekeken naar het civiele recht. In het civiele recht zijn namelijk voorbeelden te vinden waardoor de term ‘financieren’ duidelijker wordt. Ook de betekenis van het begrip ‘direct of indirect’ blijkt niet uit de parlementaire geschiedenis. Naar mijn idee moet dit begrip als volgt worden uitgelegd. Het toevoegen van het begrip ‘direct of indirect’ is gedaan om ontwijking door het tussenschuiven van een derde tegen te gaan. Zo zou een belastingplichtige geld kunnen aanhouden bij een bank onder de voorwaarde dat deze bank hetzelfde bedrag zou uitlenen aan een met een belastingplichtige verbonden persoon. Door de toevoeging van de term ‘direct of indirect’ worden deze twee situaties, die materieel gezien gelijk zijn, ook niet verschillend behandeld. Voor de definitie van het begrip ‘verbonden lichamen’ moet worden gekeken naar artikel 10a lid 4 en 6 VPB. In deze leden staat gedefinieerd wanneer een lichaam wordt gezien als een met de belastingplichtige verbonden lichaam.

Ten zevende verdient het woordje ‘of’ toelichting. Het was namelijk de vraag of ook een combinatie van deelnemingsactiviteiten en financieringsactiviteiten er voor konden zorgen dat een belastingplichtige werd aangemerkt als een houdster- en/of financieringslichaam. In de literatuur werd dit bestreden.¹⁵¹ Volgens S.R. Pancham, G.W.J.M. Kampschöer, H. Maatoug en J.P. de Boer zorgde het woordje ‘of’ er voor dat een combinatie van beide activiteiten niet leidde tot toepassing van de verliesbeperkingsregeling die geldt voor houdster- of financieringslichamen. De Hoge Raad heeft op 24 juni 2011 echter anders besloten.¹⁵² Uit zijn uitspraak blijkt dat ook een combinatie van houdsteractiviteiten en financieringsactiviteiten kan leiden tot het aanmerken van een belastingplichtige als een houdster- en/of financieringslichaam. Het woordje ‘of’ dient volgens de Hoge Raad op die plaats in de wettekst te worden gelezen als en/of.

¹⁴⁷ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 augustus 2003, nr. CPP2003/1611, VN 2003/46.12.

¹⁴⁸ Vraag 133 van de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 9 december 2003, nr. AFP2003/910M, V-N 2003/62.9.

¹⁴⁹ Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 25, p. 34.

¹⁵⁰ Rechtbank s’-Gravenhage, 1 juli 2008, nr. 07/05066, NTFR 2008/1714 (noot Thomas).

¹⁵¹ Zie o.a. S.R. Pancham en G.W.J.M. Kampschöer, ‘Beperking verliesverrekening: De “echte” Bosal-reparatie,’ *WFR* 2003/1929, onderdeel 3.1 en H. Maatoug en J.P. de Boer, ‘Two is a party, three is a crowd (II),’ *MBB* 2004/3, p. 102 en D.R. Post, *De handel in verlieslichamen en de houdsterverliesregeling*, Deventer: Kluwer, 2009, blz. 127.

¹⁵² Hoge Raad, 24 juni 2011, BNB 2011/244, r.o. 3.3.3.

Kortgezegd is er sprake van een houdster- en/of financieringslichaam als de belastingplichtige zich gedurende het gehele of nagenoeg het gehele jaar uitsluitend of nagenoeg uitsluitend feitelijk bezig houdt met het houden van deelnemingen en/of het direct of indirect financieren van met hem verbonden lichamen.¹⁵³

Het verrekenen van een houdster- en/of financieringsverlies

Als een belastingplichtige wordt aangemerkt als een houdster- en/of financieringslichaam en er wordt een verlies geleden in dat jaar dan noem ik dit verlies een houdster- en/of financieringsverlies. Dit verlies kan in beginsel slechts worden verrekend als er cumulatief is voldaan aan de werkzaamhedentoets en de vorderingentoets die in artikel 20 lid 4 VPB worden gesteld. Beide toetsen worden hieronder afzonderlijk toegelicht.

De werkzaamhedentoets is opgenomen in artikel 20 lid 4 sub a VPB. Deze toets houdt in dat een houdster- en/of financieringsverlies alleen mag worden verrekend met de belastbare winsten of Nederlandse inkomens die de belastingplichtige heeft behaald in een jaar waarin zij eveneens werd aangemerkt als een houdster- en/of financieringslichaam. Er dient dus te worden getoetst of de feitelijke werkzaamheid van de belastingplichtige gedurende het gehele of nagenoeg het gehele winstjaar uitsluitend of nagenoeg uitsluitend bestaat uit het houden van deelnemingen en/of het direct of indirect financieren van met hem verbonden lichamen. Daarnaast moet er worden bekeken of artikel 20 lid 6 VPB niet van toepassing is op de belastingplichtige in het winstjaar.

De vorderingentoets is opgenomen in artikel 20 lid 4 sub b VPB en werkt als volgt: de belastingplichtige moet continu een (toetsings)saldo bepalen. Dit saldo ontstaat door de fiscale boekwaarden van de vorderingen op verbonden lichamen te verminderen met de fiscale boekwaarden van schulden aan verbonden lichamen. Dit toetsingssaldo wordt continu getoetst aan het saldo dat bij voor bezwaar vatbare beschikking is vastgesteld op grond van artikel 20b lid 5 VPB. Het saldo dat bij voor bezwaar vatbare beschikking is vastgesteld betreft het saldo van de fiscale boekwaarden van vorderingen aan verbonden lichamen verminderd met de fiscale boekwaarden van schulden aan verbonden lichamen, zoals die aanwezig waren aan het einde van het jaar waarin het houdster- en/of financieringsverlies is geleden. Om aan de vorderingentoets te kunnen voldoen moet in 90% van het jaar of meer het continu bepaalde saldo lager of gelijk zijn aan het saldo dat bij voor bezwaar vatbare beschikking is vastgesteld. Volgens artikel 20 lid 4 sub b VPB mag het continu bepaalde saldo gedurende het gehele of nagenoeg het gehele jaar namelijk niet uitgaan boven het saldo dat bij voor bezwaar vatbare beschikking op grond van artikel 20b lid 5 VPB is vastgesteld.

Als er niet kan worden voldaan aan de vorderingentoets maar wel aan de werkzaamhedentoets dan kan het houdster- en/of financieringsverlies alsnog door de belastingplichtige worden verrekend als de belastingplichtige aannemelijk maakt dat het falen van de vorderingentoets niet in overwegende mate was ingegeven met als doel het verruimen van de verliesverrekeningsmogelijkheden. Het is dus aan de belastingplichtige om aan te tonen dat zakelijke motieven ten grondslag liggen aan het falen voor de vorderingentoets.

3.2.2 Artikel 20a VPB

Artikel 20a VPB bestaat omdat de wetgever handel in verlieslichamen als iets onwenselijks beschouwt. Wanneer de aandelen van het (nagenoeg) lege verlieslichaam werden verkocht konden anderen dan de oorspronkelijke aandeelhouders mogelijk profiteren van de voorwaartse verliesverrekeningsmogelijkheden. Het feit dat een nieuwe aandeelhouder kon profiteren van

¹⁵³ Op deze definitie wordt door artikel 20 lid 6 VPB echter een inbreuk gemaakt. Dit lid geeft namelijk aan dat een belastingplichtige niet als houdster- en/of financieringslichaam aangemerkt wordt als ten minste 25 werknemers, zich op basis van volledige werktijd berekend, bezig houden met het verrichten van werkzaamheden die niet worden aangemerkt als houdster- en/of financieringswerkzaamheden.

verliezen die in het verleden zijn geleden in een periode waarin hij nog geen aandeelhouder was, werd als onrechtvaardig beschouwd.¹⁵⁴ Het verliespotentieel behoorde immers toe aan de vorige aandeelhouder. Ik ben van mening dat hier een belangrijke denkfout wordt gemaakt. De oorspronkelijke aandeelhouder kan namelijk al geprofiteerd hebben van het verliesverrekeningspotentieel. Als de koper en verkoper verwachten dat het verliesverrekeningspotentieel kan worden benut dan vertegenwoordigd het verliesverrekeningspotentieel een zekere waarde die tot uitdrukking komt in de prijs van de aandelen. Van misbruik is dan ook geen sprake. De inbreuk die artikel 20a VPB hierop maakt vormt een inbreuk op het totaalwinstbeginsel dat in mijn ogen niet kan worden gerechtvaardigd. Ik ben dan ook van mening dat het beter is om artikel 20a VPB af te schaffen.

De werking van de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20a VPB wordt hieronder toegelicht. Zo wordt er uitgelegd wanneer het belang in de belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd. Daarna wordt er uitgelegd wat de gevolgen van deze wijziging zijn op de voorwaartse verliesverrekeningsmogelijkheden. Vervolgens wordt er toegelicht wat de gevolgen van deze wijziging kunnen zijn voor de achterwaartse verliesmogelijkheid. Tevens wordt er nog ingegaan op de herwaarderingsmogelijkheid die wordt geboden voor als verliezen dreigen te verdampen door toedoen van artikel 20a VPB.

Het uiteindelijke belang in de belastingplichtige is in belangrijke mate gewijzigd

De verliesverrekeningsbeperking die in artikel 20a VPB is opgenomen kan in beginsel pas van toepassing zijn als 'het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd'. Uit Kamerstukken blijkt dat er met het woordje 'belang' aansluiting werd gezocht met andere artikelen uit de vennootschapsbelasting.¹⁵⁵ Uit de uitspraak van de Hoge Raad van 8 april 2011 blijkt dat voor de interpretatie van het woordje 'belang' niet de zeggenschap maar het financiële belang van doorslaggevende invloed is.¹⁵⁶

Er wordt in artikel 20a VPB echter niet gesproken over de term 'belang' maar over de term 'uiteindelijk belang'. De toevoeging van het woord uiteindelijk impliceert dat indien de aandeelhouder bijvoorbeeld een BV is er door deze BV heen dient te worden gekeken naar haar achterliggende aandeelhouders. Op deze wijze is het uiteindelijk belang altijd in het bezit van natuurlijke personen of lichamen waarin geen belang kan worden gehouden zoals een stichting of een vereniging.¹⁵⁷

Van een wijziging in het uiteindelijke belang van de belastingplichtige is sprake als het uiteindelijke belang in de belastingplichtige voor 30% of meer is gewijzigd.¹⁵⁸ Voor de bepaling of het uiteindelijke belang in de belastingplichtige voor 30% of meer is gewijzigd moet het uiteindelijke belang in de belastingplichtige aan het begin van het oudste jaar waarvan een verlies nog niet is verrekend worden vergeleken met het eidelijke belang in de belastingplichtige welke ontstaat als gevolg van de aandeelhouderswijziging. Met de term het oudste jaar waarin een verlies nog niet volledig is verrekend wordt naar mijn mening in beginsel bedoeld op het jaar dat beschikt over nog niet verrekende verliezen waarvan de verliesverrekeningstermijnen nog niet zijn verstreken. Dit houdt in

¹⁵⁴ Zie bijvoorbeeld: D.R. Post, *De handel in verlieslichamen en de houdsterverliesregeling*, Deventer: Kluwer, tweede herziene druk, 2009, blz. 2.

¹⁵⁵ Kamerstukken II, 2000-2001, 27 209, nr. 7, blz. 16.

¹⁵⁶ Hoge Raad, 8 april 2011, BNB 2011/156.

¹⁵⁷ F. Horzen, *Verliesverrekening in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2010, blz. 81.

¹⁵⁸ Zie bijvoorbeeld: D.R. Post, *De handel in verlieslichamen en de houdsterverliesregeling*, Deventer: Kluwer, tweede herziene druk, 2009, blz. 39.

dat het oudste jaar als gevolg van de voorwaartse verliesverrekeningstermijn kan opschuiven.¹⁵⁹ Dit is ook de mening van de Staatssecretaris van Financiën, dit blijkt uit antwoorden op Kamervragen.¹⁶⁰ In specifieke gevallen blijkt het oudste jaar echter op een ander jaar te doelen. De uitleg hiervan is opgenomen in artikel 20a lid 7 VPB.¹⁶¹ Indien er sprake is van een wijziging in het uiteindelijke belang van de belastingplichtige in belangrijke mate dan is de verliesverrekeningsbeperking van artikel 20a VPB van toepassing.¹⁶²

Voorwaartse verliesverrekening

Als er sprake is van een wijziging in belangrijke mate van het uiteindelijke belang in de belastingplichtige dan kan dit gevolgen hebben voor de voorwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid van de belastingplichtige. Een verlies dat is geleden voordat het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd kan in beginsel niet meer voorwaarts worden verrekend. Hetzelfde geldt voor de winst na giftenaftrek die is behaald voor de wijziging in het wijzigingsjaar. Als dit bedrag negatief is wordt dit namelijk fictief toegerekend aan de belastbare winst of het Nederlandse inkomen dat is behaald in het voorafgaande jaar.¹⁶³ Als de toerekening aan het voorafgaande jaar niet mogelijk is omdat in het wijzigingsjaar de belastingplicht was begonnen dan wordt dit negatieve bedrag niet in aanmerking genomen. Als het toerekenen aan het voorafgaande jaar echter wel mogelijk is dan zorgt deze fictieve toerekening er niet voor dat een nieuw boekjaar ontstaat. Wel zorgt deze fictieve toerekening er voor dat een inbreuk wordt gemaakt op de wettelijke verliesverrekeningstermijnen uit artikel 20 lid 2 VPB.

Een verlies dat is geleden voordat het belang in de belastingplichtige in belangrijke mate werd gewijzigd kan in beginsel niet meer voorwaarts worden verrekend. In artikel 20a lid 4 VPB wordt echter een mogelijkheid geboden zodat voorwaartse verliesverrekening ten aanzien van het verliesjaar toch mogelijk is. Om voor deze voorwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid in aanmerking te kunnen komen moet voor het verliesjaar cumulatief worden voldaan aan de beleggingstoets en de inkrimpingstoets.

Aan de beleggingstoets wordt voldaan als het verliesjaar wordt aangemerkt als een niet-beleggingsjaar. Dit houdt in dat gedurende negen maanden van het verliesjaar de bezittingen van de belastingplichtige niet voor 50% of meer uit beleggingen mag bestaan. Wat voor de werking van artikel 20a VPB wordt bedoeld met de term 'beleggen' staat omschreven in artikel 20a lid 8 VPB. Dit betekent dus dat de fictie uit artikel 2 lid 5 VPB niet doorwerkt naar artikel 20a VPB.

De inkrimpingstoets houdt in dat vlak voor de wijziging het totaal aan werkzaamheden van de belastingplichtige niet mag zijn afgenomen tot minder dan 30% van de werkzaamheden die aanwezig waren aan het begin van het oudste jaar.¹⁶⁴ Daarnaast houdt de inkrimpingstoets in dat ten tijde van de wijziging niet het voornemen mag bestaan om de totale omvang van de werkzaamheden zoals die aanwezig waren aan het begin van het oudste jaar binnen drie jaar te laten afnemen met minimaal 70%. Voor het toetsen van de inkrimpingstoets worden op grond van artikel 20a lid 5 VPB de werkzaamheden die samenhangen met de wijziging in belangrijke mate van het uiteindelijke belang in de belastingplichtige buiten beschouwing gelaten.

¹⁵⁹ C. Spanjersberg en A.P.J.D. Rambhadjan, 'De nieuwe verliescompensatie een toetsing van nieuwe toetsen', *WFR* 2001/738.

¹⁶⁰ Kamerstukken II, 1999-2000, 27 209, V-N BP21/19.5, blz. 4222.

¹⁶¹ Voor de rest van de masterscriptie maak ik de aanname dat artikel 20a lid 7 VPB niet van toepassing is tenzij expliciet anders is aangegeven.

¹⁶² In deze masterscriptie wordt aangenomen dat er geen sprake is van een situatie die valt onder de reikwijdte van artikel 20a lid 2 of 3 VPB.

¹⁶³ A.C.P. Bobeldijk, 'Met de winst-bv valt geen winst meer te behalen', *WFR* 2010/1424.

¹⁶⁴ F. Horzen, *Verliesverrekening in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer, tweede druk, blz. 89.

Als er in het verliesjaar zowel wordt voldaan aan de beleggingstoets als de inkrimpingstoets dan kan het verlies voorwaarts worden verrekend volgens artikel 20a lid 6 VPB.¹⁶⁵ Dit houdt in dat het verlies voorwaarts mag worden verrekend met de belastbare winst of het Nederlandse inkomen dat is behaald in het winstjaar dat ook werd aangemerkt als een niet-beleggingsjaar.¹⁶⁶ Als een belastingplichtige er echter niet in slaagt om te voldoen aan de inkrimpingstoets dan kan het verlies dat is geleden in het niet-beleggingsjaar mogelijk toch voorwaarts worden verrekend op grond van artikel 20a lid 11 VPB. Het verlies kan op verzoek van de belastingplichtige toch voorwaarts worden verrekend met dat deel van de belastbare winst of het Nederlandse inkomen dat valt toe te rekenen aan werkzaamheden die de belastingplichtige al ontplooid vlak voor het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate werd gewijzigd, mits de belastingplichtige dit aannemelijk maakt.¹⁶⁷

Achterwaartse verliesverrekening

Als het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd kan dit gevolgen hebben voor de achterwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid van de belastingplichtige. Een verlies dat is geleden nadat het belang in de belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd kan in beginsel niet meer achterwaarts worden verrekend. Hetzelfde geldt voor de winst na giftenaftrek die is behaald na de wijziging in het wijzigingsjaar. Als dit bedrag negatief is wordt dit namelijk fictief toegerekend aan de belastbare winst of het Nederlandse inkomen dat is behaald in het volgende jaar.¹⁶⁸ Als toerekening aan het volgende jaar niet mogelijk is omdat de belastingplichtige eindigde in het wijzigingsjaar dan wordt dit negatieve bedrag niet in aanmerking genomen. Als de fictieve toerekening aan het volgende jaar wel mogelijk is dan zorgt deze toerekening voor een inbreuk op de wettelijke verliesverrekeningstermijn uit artikel 20 lid 2 VPB.

Een verlies dat is geleden nadat het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd kan in beginsel niet meer achterwaarts worden verrekend. Toch wordt er in artikel 20a lid 8 VPB een mogelijkheid geboden die het achterwaarts verrekenen van het verlies over het wijzigingsmoment heen mogelijk maakt. Om van deze verliesverrekeningsmogelijkheid gebruik te kunnen maken moet de belastingplichtige voldoen aan zowel de inkrimpingstoets als de beleggingstoets die in artikel 20a lid 9 VPB is geformuleerd. Deze inkrimpingstoets houdt in dat de werkzaamheden van de belastingplichtige in de tussenliggende periode niet mogen zijn gestaakt of nagenoeg geheel zijn gestaakt. Om aan de inkrimpingstoets te kunnen voldoen mogen de werkzaamheden van de belastingplichtige niet met 90% of meer zijn afgenomen in de tussenliggende periode. De beleggingstoets houdt in dat de bezittingen van de belastingplichtige, in zowel het verliesjaar als het jaar waarmee de belastingplichtige wenst te verrekenen, gedurende minimaal negen maanden niet voor 50% of meer mogen bestaan uit beleggingen.¹⁶⁹

Als aan zowel de inkrimpingstoets als de beleggingstoets is voldaan en de achterwaartse verliesverrekeningstermijn nog niet is verstreken dan is achterwaartse verliesverrekening mogelijk.¹⁷⁰

Herwaarderingsmogelijkheid

In artikel 20a lid 12 VPB wordt aan de belastingplichtige een herwaarderingsmogelijkheid geboden om te voorkomen dat verliesverdamping plaatsvindt als gevolg van de werking van artikel 20a VPB.¹⁷¹

¹⁶⁵ Ibid., blz. 93.

¹⁶⁶ De belastingplichtige kan een verzoek indienen om middels bij een voor bezwaarvatbare beschikking meer duidelijkheid te krijgen of voorwaartse verliesverrekening mogelijk is. Er kan namelijk een verzoek worden ingediend voor de beantwoording van de in artikel 20a lid 10 sub a, b en c VPB gestelde vragen.

¹⁶⁷ F. Horzen, *Verliesverrekening in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2010, blz. 95.

¹⁶⁸ A.C.P. Bobeldijk, 'Met de winst-bv valt geen winst meer te behalen', *WFR* 2010/1424.

¹⁶⁹ D.R. Post, *De handel in verlieslichamen en de houdsterverliesregeling*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2009, blz. 102.

¹⁷⁰ De belastingplichtige kan een verzoek indienen om bij een voor bezwaarvatbare beschikking meer duidelijkheid te krijgen of achterwaartse verliesverrekening mogelijk is. Er kan namelijk een verzoek worden ingediend voor de beantwoording van de in artikel 20a lid 10 sub b, d en e VPB gestelde vragen.

Deze herwaarderingsmogelijkheid houdt in dat vlak voor het moment waarop de voorwaartse verliesverrekeningstermijn van deze verliezen verstrijkt de belastingplichtige op verzoek mag herwaarderen. De belastingplichtige kan dit doen door de herinvesteringsreserve te laten vrijvallen zodat er een belastbare winst ontstaat waarmee deze verliezen kunnen worden verrekend. Ook kan de belastingplichtige er voor kiezen om de boekwaarden van zijn bezittingen te verhogen tot maximaal de waarde in het economische verkeer waardoor de verliezen kunnen worden verrekend. Het herwaarderen van de boekwaarden van de bezittingen mag er echter niet toe leiden dat de boekwaarde van een verplichting wordt verhoogd. Desondanks bezit de belastingplichtige veel vrijheid ten aanzien van het herwaarderen. Zo mag de belastingplichtige zelf bepalen welke bezittingen er worden geherwaardeerd. Daarnaast bezit de belastingplichtige de keuzevrijheid in welke mate het herwaarderen geschiedt zolang de herwaardering maar niet meer bedraagt dan de waarde in het economische verkeer.¹⁷²

3.2.3 Deelconclusie

Op de hoofdregels voor verliesverrekening zijn in de vennootschapsbelasting diverse inbreuken gemaakt. Deze inbreuken zijn opgenomen in artikel 20 VPB en artikel 20a VPB. Zo wordt er in artikel 20 lid 3 VPB een inbreuk gemaakt op de verliesverrekeningsregels die er voor zorgt dat er een strikt onderscheid wordt gemaakt tussen de resultaten die de belastingplichtige behaalt met de status van een fiscale beleggingsinstelling en de resultaten die de belastingplichtige behaalt zonder de status van een fiscale beleggingsinstelling. Deze inbreuk op de hoofdregels voor verliesverrekening vind ik gerechtvaardigd omdat het resultaat van een fiscale beleggingsinstelling onderworpen is aan het 0% tarief terwijl het gewone vennootschapsbelastingtarief geldt voor de resultaten die niet zijn behaald door een fiscale beleggingsinstelling.

De andere verliesverrekeningsbeperkingen uit artikel 20 VPB en artikel 20a VPB kunnen in mijn ogen niet worden gerechtvaardigd. Ik vind dat de twee verliesverrekeningsbeperkingen een inbreuk op het totaalwinstbeginsel vormen, wat negatieve gevolgen heeft voor het fiscale vestigingsklimaat van Nederland. Budgettaire belangen vind ik een slecht motief om deze verliesverrekeningsbeperkingen in stand te houden. Deze verstorende verliesverrekeningsbeperkingen kunnen immers budgetneutraal worden doorgevoerd met een zeer kleine stijging van het vennootschapsbelastingtarief.

3.3 Verliesverrekening binnen een lichaam

Naast de hoofdregels voor verliesverrekening en de verliesverrekeningsbeperkingen die gelden voor zowel binnenlandse belastingplichtigen als buitenlandse belastingplichtigen waarin verliesverrekening door de jaren heen wordt geregeld zijn er ook specifieke vennootschapsbelastingregels opgesteld waarin de resultaatbepaling van een lichaam centraal staat. Voor de bepaling van het resultaat van een lichaam worden immers de verschillende soorten resultaten van een lichaam met elkaar gesaldeerd. Met de term verliesverrekening binnen een lichaam doel ik op de situatie waarin een negatief resultaat met een positief resultaat van hetzelfde lichaam wordt gesaldeerd.¹⁷³ Het verrekenen van verliezen binnen een lichaam kan worden onderverdeeld in twee categorieën namelijk binnenlandse belastingplichtigen en buitenlandse belastingplichtigen. Beide categorieën worden hieronder in de paragrafen 3.3.1 en 3.3.2 toegelicht.

¹⁷¹ F. Horzen, *Verliesverrekening in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2010, blz. 96.

¹⁷² D.R. Post, *De handel in verlieslichamen en de houdsterverliesregeling*, Deventer: Kluwer, tweede herziene druk, 2009, blz. 106.

¹⁷³ Hoewel er volgens de fiscale wetgeving geen sprake is van verliesverrekening maar van resultaatbepaling zal het salderen van verschillende resultaten in hetzelfde lichaam in het vervolg worden aangeduid als verliesverrekening binnen een lichaam.

3.3.1 Binnenlandse belastingplichtigen

Als een lichaam wordt aangemerkt als een binnenlandse belastingplichtige dan wordt het object van de vennootschapsbelasting in beginsel gevormd door de wereldwinst. Of er ook echt daadwerkelijk vennootschapsbelasting verschuldigd is over de wereldwinst hangt af van belastingverdragen.¹⁷⁴ Het belastbare object van de binnenlandse belastingplichtige wordt dus gevormd door zowel de in Nederland behaalde resultaten als de resultaten die dit lichaam in het buitenland heeft behaald met elkaar te salderen. Voor de bepaling van het resultaat van de binnenlandse belastingplichtige die winst heeft behaald met een in het buitenland gevestigde vaste inrichting zijn specifieke regels opgenomen in afdeling 2.10a van de vennootschapsbelasting. Deze artikelen zijn ingevoerd vanwege het budgettaire belang en bewerkstelligen daarnaast dat deelnemingen en vaste inrichtingen op een meer gelijke wijze worden behandeld.¹⁷⁵ Aan de noodzaak van de gelijke behandeling van vaste inrichtingen en deelnemingen wordt echter getwijfeld.¹⁷⁶ Ik ben van mening dat er uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG niet kan worden afgeleid dat de lidstaat waarin de belastingplichtige is gevestigd er toe wordt verplicht om de in de andere lidstaat gevestigde vaste inrichting op eenzelfde wijze te behandelen als een in een andere lidstaat gevestigde deelneming. In de in afdeling 2.10a van de vennootschapsbelasting opgenomen artikelen zijn er twee van belang voor de behandeling van verliezen. Dit zijn artikel 15e VPB en artikel 15i VPB. Beide artikelen worden hieronder toegelicht.

Artikel 15e VPB

Artikel 15e VPB vormt het hart van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten. In dit artikel is namelijk bepaald hoe de objectvrijstelling werkt. Volgens artikel 15e lid 1 VPB moet de winst uit een andere staat worden verminderd met de positieve en negatieve bedragen van de winst uit die staat.¹⁷⁷ Wat er met de term 'winst uit een ander staat' wordt bedoeld staat omschreven in artikel 15e lid 2 VPB. In dit lid staan twee verschillende definities van deze term gegeven. De eerst genoemde definitie ziet op het feit dat de vaste inrichting is gevestigd in een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft afgesloten terwijl de tweede definitie op de situatie ziet dat de vaste inrichting is gevestigd in een land waarmee Nederland geen belastingverdrag heeft afgesloten. Artikel 15e lid 6 VPB bepaalt vervolgens dat de winst die door de in het buitenland gevestigde vaste inrichting moet worden bepaald met behulp van de zelfstandigheidsfictie. Dit houdt in dat het resultaat van de in het buitenland gevestigde vaste inrichting moet worden bepaald alsof de vaste inrichting een zelfstandige onafhankelijke onderneming vormt. Als zowel de 'winst uit een andere staat' en 'de positieve en negatieve bedragen van deze winst' van de vaste inrichting die in een andere staat is gevestigd zijn vastgesteld dan kan de objectvrijstelling die in artikel 15e lid 1 VPB is opgenomen worden toegepast. Als gevolg van dit lid moet bijdragewinst van deze vaste inrichting worden verminderd met de aftrekwinst van deze vaste inrichting. Omdat de bijdragewinst en de aftrekwinst in veel gevallen aan elkaar gelijk zijn werkt artikel 15e VPB vaak uit als een objectvrijstelling. Er zijn echter ook gevallen denkbaar waarin de bijdragewinst en de aftrekwinst niet aan elkaar gelijk zijn. Het verschil tussen de bijdragewinst en de aftrekwinst kan dan worden verklaard door valutaverschillen of doordat een bedrijfsmiddel duurzaam is overgebracht naar de

¹⁷⁴ Gezien de afbakening van deze masterscriptie zal er niet worden ingegaan op verdragsrechtelijke aspecten. De aanname wordt gemaakt dat Nederland de in de vennootschapsbelasting gecreëerde heffingsbevoegdheid kan uitoefenen, tenzij uitdrukkelijk anders wordt aangegeven.

¹⁷⁵ Memorie van Toelichting, Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/2012, nr. 3, blz. 14 en Nota naar aanleiding van het Verslag, Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/2012, 33 003, nr. 10, blz. 26.

¹⁷⁶ A.J.A Stevens, 'De objectvrijstelling', *NTRF Beschouwingen* 2012-4, 29 december 2011.

¹⁷⁷ Deze objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten geldt volgens artikel 15e lid 8 VPB echter niet voor de belastingplichtige die wordt aangemerkt als een fiscale beleggingsinstelling. Daarnaast geldt deze objectvrijstelling volgens artikel 15e lid 7 VPB in beginsel niet voor de resultaten die een laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming behaald tenzij het desbetreffende belastingverdrag Nederland verplicht om een vrijstelling te verlenen. Voor de betekenis van de term 'laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming' wil ik verwijzen naar artikel 15g VPB.

buitenlandse vaste inrichting. Omdat de bijdragenwinst lang niet altijd gelijk is aan de aftrekwinst van een belastingplichtige ben ik van mening dat het zuiverder is om artikel 15e VPB een quasi-objectvrijstelling te noemen in plaats van een objectvrijstelling.¹⁷⁸

Artikel 15i VPB

In artikel 15i VPB wordt er een inbreuk gemaakt op de werking van de quasi-objectvrijstelling die is opgenomen in artikel 15e VPB. In artikel 15i VPB wordt artikel 15e VPB namelijk voor een bepaalde situatie buiten toepassing verklaard. Artikel 15i VPB regelt dat de quasi-objectvrijstelling niet van toepassing is als de binnenlandse belastingplichtige ophoudt met het genieten van winst uit de andere staat. Het resultaat dat verband houdt met de staking van de in het buitenland gevestigde onderneming valt dus niet onder de quasi-objectvrijstelling, maar wordt door artikel 15i VPB op een andere wijze behandeld. Alvorens er aan de werking van artikel 15i VPB wordt toegekomen moet worden geconstateerd dat er sprake is van een stakingsverlies. Wil het verlies, of een deel van het verlies, in beginsel worden aangemerkt als een stakingsverlies in de zin van artikel 15i VPB dan moet er aan twee cumulatieve vereisten worden voldaan die in artikel 15i lid 2 VPB worden genoemd:

- Ten eerste moet de bepaling van de buitenlandse ondernemingswinst in de andere staat in de zin van artikel 15e VPB per saldo uitkomen op een negatief bedrag.
- Ten tweede mag er door de andere staat op geen enkele wijze tegemoetkoming bij de belastingheffing zijn verleend ten aanzien van dit negatieve bedrag.

Als aan deze vereisten is voldaan dan wordt het verlies in beginsel aan gemerkt als een stakingsverlies in de zin van artikel 15i VPB. De werking van deze beide vereisten kunnen er echter ook voor zorgen dat slechts een deel van het verlies in beginsel kan worden aangemerkt als een stakingsverlies. In het derde lid van artikel 15i VPB is een situatie genoemd die er voor zorgt dat een verlies niet wordt aangemerkt als een stakingsverlies ondanks dat er aan de beide vereisten uit artikel 15i lid 2 VPB is voldaan. Er is geen sprake van een stakingsverlies bij de belastingplichtige als een ander dan de belastingplichtige, bijvoorbeeld een verbonden lichaam, tegemoetkoming bij de belastingheffing heeft gekregen met betrekking tot verliezen die deel uit zouden maken van het stakingsverlies. Als er is voldaan aan de vereisten van een stakingsverlies uit artikel 15i lid 2 VPB en er is geen sprake van de situatie die in artikel 15i lid 3 VPB is omschreven dan kan het stakingsverlies in aftrek worden gebracht op het tijdstip dat op grond van artikel 15i lid 4 VPB is bepaald. Het stakingsverlies komt in aftrek op het tijdstip waarop de belastingplichtige niet langer winst uit de andere staat geniet en er is voldaan aan twee cumulatieve vereisten:

- Het eerste vereiste houdt in dat de activiteiten van de belastingplichtige in die andere lidstaat niet voor 30% of meer mogen zijn voortgezet door een verbonden lichaam van de belastingplichtige.
- Het tweede vereiste houdt in dat de hoogte van het in aanmerking te nemen stakingsverlies moet zijn gebleken.

Ten aanzien van het tweede vereiste geldt dat de belastingplichtige dit kan laten vaststellen door een bij voor bezwaar vatbare beschikking van de inspecteur. Dit is geregeld in artikel 15i lid 7 VPB. De belastingplichtige moet dan om deze bij voor bezwaar vatbare beschikking verzoeken en moet bij dit verzoek een berekening overleggen waaruit blijkt wat volgens hem dit saldo moet zijn. Zelfs als het stakingsverlies op de juiste wijze en op het juiste moment in aftrek is gebracht bestaat nog de mogelijkheid dat deze aftrek wordt teruggenomen. Deze aftrekpost kan op grond van artikel 15i lid 5 VPB worden teruggenomen als de belastingplichtige binnen drie jaar na het stakingstijdstip opnieuw winst uit die andere staat gaat genieten. Het absolute bedrag van het eerder in aanmerking genomen stakingsverlies vergroot dan het belastbare object van de belastingplichtige. Deze bijtelling valt door de werking van artikel 15i lid 6 VPB niet onder de quasi-objectvrijstelling uit artikel 15e VPB.

3.3.2 Buitenlandse belastingplichtigen

¹⁷⁸ Zie in gelijke zin: F.P.G. Pötgens en J.W. Bellingwout, 'Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?', *WFR* 2012/654, 17 mei 2012.

Buitenlandse belastingplichtigen zijn beperkt belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting omdat volgens artikel 3 VPB de subjectieve buitenlandse belastingplicht pas ontstaat zodra er sprake is van Nederlands inkomen. Voor een buitenlandse belastingplichtige is het verrekenen van verlies binnen een lichaam uitsluitend mogelijk door een negatief onderdeel van het Nederlandse inkomen te salderen met één of meer positieve resultaten die als Nederlands inkomen worden aangemerkt die de belastingplichtige in hetzelfde jaar heeft behaald. Wat er met de term 'Nederlands inkomen' wordt bedoeld is opgenomen in artikel 17 lid 3 sub a, b en c VPB. Voor de bepaling van het belastbare object van een buitenlandse belastingplichtige is door artikel 18 VPB slechts een deel van vennootschapsbelastingregels van toepassing die gelden voor binnenlandse belastingplichtigen. Zo gelden de bepalingen uit artikel 15e VPB en artikel 15i VPB bijvoorbeeld niet voor buitenlandse belastingplichtigen.

3.3.3 Deelconclusie

Voor het verrekenen van verliezen binnen een lichaam zijn aanvullende regels gesteld die gelden voor binnenlandse belastingplichtigen. Deze regels richten zich op de situatie dat een binnenlandse belastingplichtige beschikt over een vaste inrichting die in een andere lidstaat is gevestigd. De resultaten die deze vaste inrichting behaald vallen onder de quasi-objectvrijstelling van artikel 15e VPB. Als deze vaste inrichting wordt gestaakt zorgt artikel 15i VPB er voor dat de belastingplichtige rekening mag houden met een stakingsverlies dat niet valt onder de quasi-objectvrijstelling. Opvallend is dat de in artikel 15e VPB en artikel 15i VPB getroffen regels niet gelden voor buitenlandse belastingplichtigen. Voor buitenlandse belastingplichtige is het dus alleen mogelijk om de verschillende onderdelen van het Nederlandse inkomen in een jaar met elkaar te salderen.

3.4 Verliesverrekening tussen lichamen

Het verrekenen van verliezen tussen lichamen in de vennootschapsbelasting is slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk. Deze gevallen kunnen worden onderverdeeld in twee groepen, namelijk:

- Deelnemingssituaties, en
- Het fiscale eenheidsregime.

De mogelijkheden waarop verliezen tussen lichamen kunnen worden verrekend binnen beide groepen worden hieronder in afzonderlijke subparagrafen toegelicht.

3.4.1 Deelnemingen

In deelnemingsituaties is het niet gebruikelijk dat de belastingplichtige rekening houdt met een door de deelneming geleden verlies.¹⁷⁹ Het verrekenen van verliezen tussen lichamen binnen de vennootschapsbelasting die zich in deelnemingsrelaties bevinden kan namelijk slechts bij hoge uitzondering plaatsvinden. Deze uitzondering is getroffen in artikel 13d VPB. In dit artikel is de liquidatieverliesregeling opgenomen die er voor zorgt dat de belastingplichtige mogelijk rekening kan houden met een verlies als de deelneming is geliquideerd.¹⁸⁰ Het verlies waarmee de belastingplichtige rekening kan houden is meestal niet gelijk aan de verliezen die nog in de liquiderende deelneming aanwezig waren. Het liquidatieverlies wordt namelijk op extracomptabele wijze bepaald door het voor de deelneming opgeofferde bedrag te verminderen met het totaal aan liquidatie-uitkeringen. Daarnaast regelt artikel 13d VPB het tijdstip waarop liquidatieverlies op zijn vroegst door de belastingplichtige in aanmerking mag worden genomen. Hieronder wordt uitgelegd hoe het voor de deelneming opgeofferde bedrag, totaal aan liquidatie-uitkeringen en het liquidatieverliestijdstip moet worden bepaald.

¹⁷⁹ In het kader van de eenvoud wordt aangenomen dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op alle deelnemingsrelaties.

¹⁸⁰ In deze masterscriptie wordt de aanname gemaakt dat de geliquideerde deelneming niet kan worden aangemerkt als een tussenhoudster.

Het voor de deelneming opgeofferde bedrag

De zakelijke kostprijs ten tijde van de verkrijging van de deelneming wordt als uitgangspunt genomen voor de bepaling van het voor de deelneming opgeofferde bedrag. Nadat de zakelijke kostprijs ten tijde van de verkrijging van de deelneming is bepaald vinden een aantal correcties plaats zodat het voor de deelneming opgeofferde bedrag wordt bepaald.

Het totaal aan liquidatie-uitkeringen

In artikel 13d lid 3 VPB is aangegeven wat er wordt aangemerkt als liquidatie-uitkeringen. In dit artikel staat dat er tot de liquidatie-uitkeringen moet worden gerekend de positieve voordelen uit hoofde van de deelneming welke met toepassing van de deelnemingsvrijstelling zijn genoten in:

- Het jaar waarin het ontbonden lichaam zijn onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt. Dit houdt in dat de onderneming van dit lichaam voor 90% of meer in dat jaar moet zijn afgenomen. Niet alleen de voordelen uit deelneming waar de deelnemingsvrijstelling in dat jaar op van toepassing was worden gerekend tot de liquidatie-uitkering maar ook de vijf voorgaande jaren. Daarnaast worden ook de voordelen verkregen uit deelneming waar de deelnemingsvrijstelling op van toepassing was tot de liquidatie-uitkering gerekend die zijn behaald in de jaren nadat de onderneming van dit lichaam voor 90% of meer is afgenomen.
- Het zesde tot en met het tiende jaar voorafgaande aan het jaar waarin het ontbonden lichaam geheel of nagenoeg geheel is gestaakt mits er in het jaar volgens de jaarrekening die op basis van titel 9 boek 2 Burgerlijk Wetboek, of een vergelijkbare buitenlandse wetgeving, is vastgesteld commercieel gezien sprake is van een verlies.

Het tijdstip waarop het liquidatieverlies op zijn vroegst mag worden genomen

In artikel 13d lid 9 VPB is bepaald wanneer het liquidatieverlies door de belastingplichtige op zijn vroegst in aanmerking mag worden genomen. In dit lid staat dat het liquidatieverlies op zijn vroegst in aanmerking mag worden genomen op het tijdstip waarop de vereffening is voltooid mits er ook is voldaan aan de voorwaarden die in dit lid worden gesteld. Met de term 'vereffening' wordt bedoeld dat het lichaam volledig leeg is. Het vereffenen van een lichaam kan echter jaren duren waardoor het tijdstip waarop het liquidatieverlies in aanmerking kan worden genomen ook jaren op zich laat wachten.¹⁸¹ Naast het vereiste dat de deelneming volledig moet zijn vereffend worden er in artikel 13d lid 9 VPB de volgende andere eisen gesteld waaraan moet zijn voldaan wil het liquidatieverlies door de belastingplichtige in aanmerking kunnen worden genomen. Deze andere vereisten zijn:

1. Zo mag er geen recht op een tegemoetkoming bij de belastingheffing bestaan ten aanzien van verliezen die bij het ontbonden lichaam onverrekenend zijn gebleven, anders dan op grond van artikel 13d VPB en artikel 13e VPB, voor:
 - a. de belastingplichtige, of een met hem verbonden lichaam;
 - b. het lichaam of de persoon die de onderneming geheel of gedeeltelijk voortzet, of een met dat lichaam verbonden lichaam;
2. de onderneming van het ontbonden lichaam:
 - a. geheel is gestaakt, dan wel
 - b. geheel of gedeeltelijk is voortgezet uitsluitend door een dan de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam;
3. de omvang van het liquidatieverlies is gebleken en daarnaast blijkt dat is voldaan aan zowel voorwaarde 1 sub a als voorwaarde 2.

3.4.2 Fiscale eenheid

Het fiscale eenheidsregime is een omvangrijke fiscale regeling die pas van toepassing is als er cumulatief aan de vereisten uit artikel 15 lid 1 t/m 4 VPB is voldaan. De vennootschapsbelasting

¹⁸¹ In bepaalde gevallen wordt dit ook door de Staatssecretaris van Financiën schrijvend gevonden waardoor hij voor een beperkt aantal gevallen goedkeurend beleid heeft opgesteld in het Besluit van 12 juli 2010, nr. DGB2010/2154M, Staatscourant 2010, 11223. Hierop zal verder niet worden ingegaan.

wordt dan ten aanzien van deze belastingplichtigen geheven alsof zij één belastingplichtige is, de fiscale eenheid. Het vormen van een fiscale eenheid heeft gevolgen voor de verliesverrekeningsmogelijkheden tussen vennootschappen. Deze verliesverrekeningsmogelijkheden, die hieronder worden toegelicht, kunnen worden onderverdeeld in de volgende drie groepen:

- De bepaling van het fiscale eenheidsresultaat
- Verliesverrekening over het voegingstijdstip
- Verliesverrekening over het ontvoegingstijdstip.

De bepaling van het fiscale eenheidsresultaat

In artikel 15 lid 1 VPB is geregeld hoe het resultaat van een fiscale eenheid wordt bepaald. In dit lid staat dat de vennootschapsbelasting wordt geheven alsof de fiscale eenheid één belastingplichtige is. Voor de bepaling van dit resultaat wordt gedaan alsof het vermogen en de werkzaamheden van de dochtermaatschappij(en) deel uit maken van de moedermaatschappij. Hierdoor worden onderlinge prestaties genegeerd waardoor er geen vennootschapsbelasting verschuldigd is over intercompanywinsten. Daarnaast leidt de fictie er toe dat de fiscale eenheid wordt gezien als één belastingplichtige en dat horizontale verliesverrekening tussen lichamen die tot dezelfde fiscale eenheid behoren mogelijk is. Het verlies dat toerekenbaar is aan de ene maatschappij in een jaar wordt direct van rechtswege gesaldeerd met de positieve resultaten uit hetzelfde jaar die toerekenbaar zijn aan de andere maatschappij(en) die tot dezelfde fiscale eenheid behoren. Op deze wijze vindt er direct verliesverrekening plaats tussen de verschillende lichamen. Mocht het resultaat van de fiscale eenheid negatief zijn dan kan dit worden verrekend volgens de gebruikelijke regels die zijn getroffen in Hoofdstuk IV Verrekenen van verliezen in de vennootschapsbelasting.¹⁸²

Verliesverrekening over het voegingstijdstip

Wat als het voegingstijdstip moet worden gezien staat omschreven in artikel 15aa lid 1 sub b VPB. Het voegingstijdstip is het tijdstip met ingang waarvan de belastingplichtige onderdeel gaat uitmaken van de fiscale eenheid. In artikel 15ea VPB zijn de regels getroffen voor het verrekenen van verliezen over dit tijdstip heen. In het eerste lid van artikel 15ae VPB wordt aangegeven hoe verliesverrekening in de zin van artikel 20 lid 2 VPB plaats dient te vinden als verliezen over het voegingstijdstip heen worden verrekend. In artikel 15ae lid 1 VPB wordt een viertal verschillende situaties onderscheiden.

1. Voorvoegingsverliezen

In artikel 15ae lid 1 sub a VPB gaat het om het voorwaarts verrekenen van verliezen die door een lichaam zijn geleden voor dit lichaam als maatschappij van de fiscale eenheid werd gezien. In dit geval kan het voorvoegingsverlies uitsluitend worden verrekend met dat deel van het fiscale eenheidsresultaat dat toerekenbaar is aan die maatschappij. Voorwaartse verliesverrekening is dus niet mogelijk in een jaar waarin er sprake is van een fiscale eenheidsverlies ongeacht de vraag of de maatschappij op standalone basis wel winstgevend was. Horizontale verliesverrekening binnen de fiscale eenheid gaat namelijk voor ten opzichte van verticale verliesverrekening.

2. Achterwaarts verrekenen van een fiscale eenheidsverlies

De tweede situatie ten aanzien van verliesverrekening over het voegingstijdstip heen staat in artikel 15ae lid 1 sub b VPB. Deze situatie ziet op het achterwaarts verrekenen van een fiscale eenheidsverlies met resultaten die zijn behaald door de lichamen voordat zij werden gezien als een maatschappij van de fiscale eenheid. In deze situatie is achterwaartse verliesverrekening mogelijk voor zover het fiscale eenheidsverlies toerekenbaar is aan de desbetreffende maatschappij. Slechts het deel van het fiscale eenheidsverlies dat aan een maatschappij kan worden toegerekend is achterwaarts verrekenbaar met de resultaten die dit lichaam heeft behaald voordat zij onderdeel uitmaakte van de fiscale eenheid.

3. Het voorwaarts verrekenen van fiscale eenheidsverliezen met resultaten die na de uitbreiding van de fiscale eenheid zijn behaald

¹⁸² Zie ook paragraaf 3.1 Hoofregels en paragraaf 3.2 Verliesverrekeningsbeperkingen.

De derde situatie die in artikel 15ae lid 1 sub c VPB wordt genoemd ziet op de situatie dat een fiscale eenheid wordt uitgebreid. Van een dergelijke uitbreiding is sprake als er een lichaam tot de fiscale eenheid wordt gevoegd of wanneer de bestaande fiscale eenheid onderdeel gaat uitmaken van de nieuwe fiscale eenheid. Het fiscale eenheidsverlies dat is geleden voor het voegingsmoment waardoor de fiscale eenheid werd uitgebreid is slechts voorwaarts verrekenbaar met de winst van de nieuwe fiscale eenheid voor zover deze winst toerekenbaar is aan maatschappijen die al voor de uitbreiding onderdeel uitmaakten van deze fiscale eenheid.

4. Het achterwaarts verrekenen van een fiscale eenheidsverlies met resultaten voor de uitbreiding
Ook de vierde situatie uit artikel 15ae lid 1 sub d VPB ziet op een situatie waarin de fiscale eenheid is uitgebreid. In dit geval wordt echter het fiscale eenheidsverlies geleden na deze uitbreiding. Dit verlies kan achterwaarts worden verrekend met het fiscale eenheidsresultaat van voor de uitbreiding voor zover de dit verlies toerekenbaar is aan de maatschappij die ook voor de uitbreiding al onderdeel uit maakte van de vaste inrichting.

In artikel 15ae lid 2 VPB staat dat de verliesverrekeningsmogelijkheid ten aanzien van voorvoegingsverliezen zoals genoemd in artikel 15ae lid 1 sub a VPB geen toepassing vindt voor zover de winst die toerekenbaar is aan die maatschappij zijn oorsprong vindt in een vermogensbestanddeel die zij heeft verkregen van een andere maatschappij die ten tijde van deze overdracht onderdeel uitmaakte van de fiscale eenheid en dit deel van de fiscale eenheidswinst op grond van artikel 15ah lid 2 VPB zou moeten worden toegerekend aan de overdragende maatschappij indien zij nog steeds tot de fiscale eenheid zou hebben behoord. Ten aanzien van deze beperking van artikel 15ae lid 1 sub a VPB geldt echter één uitzondering. Het tweede lid van artikel 15ae VPB wordt namelijk niet toegepast als er ten aanzien van het vermogensbestanddeel artikel 15ai lid 1 of 2 VPB al is toegepast.

In artikel 15ae lid 3 VPB wordt aangegeven hoe de verliesverrekeningsbeperkingen, uit artikel 20 VPB en artikel 20a VPB, moeten worden gelezen als men verliezen over het voegingstijdstip wil verrekenen. Voor de term 'belastingplichtige' uit deze verliesverrekeningsbeperkingen moet namelijk worden gelezen 'de maatschappij', onderscheidenlijk 'de fiscale eenheid voor uitbreiding' of 'de oorspronkelijke fiscale eenheid die later wordt opgenomen in een nieuwe fiscale eenheid'. Wat er precies voor de term 'belastingplichtige' in de verliesverrekeningsbeperkingen moet worden gelezen hangt af van welke situatie uit artikel 15ae lid 1 VPB er sprake is.

Artikel 15ae lid 4 VPB geeft aan wat voor de term 'het oudste jaar' uit artikel 20a lid 1 VPB moet worden lezen als een fiscale eenheidsverlies voorwaarts wordt verrekend. Tevens wordt in dit lid aangegeven wat er moet worden gelezen voor de term 'het oudste jaar' als het voorvoegingsverlies van een moedermaatschappij voorwaarts wordt verrekend. Voor beide gevallen geldt namelijk dat de eventuele voorvoegingsverliezen van dochtermaatschappijen buiten beschouwing worden gelaten. Hierdoor is het niet mogelijk dat een voorvoegingsverlies van een dochtermaatschappij 'het oudste jaar' in de zin van artikel 20a lid 1 VPB bepaalt.

In artikel 15ae lid 5 VPB wordt aanvullende informatie gegeven ten aanzien van de werkzaamhentoets uit artikel 20a VPB indien er sprake is van één van de in artikel 15ae lid 1 VPB geformuleerde situaties. Voor de werkzaamheden die na het begin van het oudste jaar worden overgedragen aan een andere maatschappij geldt dat deze overdracht van werkzaamheden binnen dezelfde fiscale eenheid voor de toepassing van de werkzaamheden toets wordt genegeerd. Dit houdt in dat de werkzaamheden worden gezien als werkzaamheden van de overdragende maatschappij en niet als werkzaamheden van de overnemende maatschappij.

Verliesverrekening over het ontvoegingstijdstip

Wat er met de term ontvoegingstijdstip wordt bedoeld staat in artikel 15aa lid 1 sub c VPB. Hierin staat dat het ontvoegingstijdstip het tijdstip is waarop een fiscale eenheid ten aanzien van de belastingplichtige wordt beëindigd anders dan door ontbinding en vereffening van een

dochtermaatschappij. Het voorwaarts – of achterwaarts verrekenen van verliezen over dit ontvoegingstijdstip heen is geregeld in artikel 15af VPB en artikel 15ag. Beide artikelen worden toegelicht.

In artikel 15af VPB is geregeld hoe een dochtermaatschappij verliezen kan verrekenen over het ontvoegingstijdstip nadat zij uit de fiscale eenheid is ontvoegd. In het artikel 15af lid 1 VPB staat welke twee soorten verliezen de ontvoegde dochtervennootschap voorwaarts kan verrekenen over het ontvoegingstijdstip heen. In artikel 15af lid 1 VPB worden de volgende twee categorieën verliezen genoemd:

- De voorvoegingsverliezen van die maatschappij die nog niet zijn verrekend, en/of;
- Het deel van het fiscale eenheid verlies dat nog niet is verrekend en dat kan worden toegerekend aan deze dochtermaatschappij.

Uit artikel 15af lid 2 VPB blijkt dat de tweede verliescategorie uitsluitend kan bestaan als zowel de moedermaatschappij als deze ontvoegende dochtermaatschappij een verzoek indienen om een deel van het fiscale eenheidsverlies toe te rekenen aan deze ontvoegende dochtermaatschappij.¹⁸³ In dit verzoek moet aannemelijk worden gemaakt welk deel van het fiscale eenheidsverlies toerekenbaar is aan deze ontvoegende dochtermaatschappij. In artikel 15af lid 3 VPB komt naar voren wanneer dit verzoek moet worden gedaan. Het verzoek aan de inspecteur moet namelijk worden gedaan bij de aangifte van de moedermaatschappij over het laatste jaar waarin de dochtermaatschappij tot de fiscale eenheid behoorde. Bij een voor bezwaarvatbare beschikking stelt de inspecteur vervolgens het verlies vast dat aan de ontvoegde dochtermaatschappij kan worden meegegeven.

In artikel 15af lid 4 VPB is bepaald dat er geen verliesverrekening plaatsvindt met de belastbare winst van de ontvoegde dochtervennootschap voor zover deze winst betrekking heeft op een vermogensbestanddeel dat de belastingplichtige van een andere maatschappij, die tot dezelfde fiscale eenheid behoort, had verkregen toen de belastingplichtige nog niet uit de fiscale eenheid was ontvoegd en de winst die betrekking heeft op het vermogensbestanddeel op grond van artikel 15ah lid 2 VPB zou worden toegerekend aan de overdragende maatschappij als de fiscale eenheid niet zou zijn verboden. Deze verliesverrekeningsbeperking uit artikel 15af lid 4 VPB geldt volgens artikel 15af lid 5 VPB niet als artikel 15ai lid 1 of 2 VPB als van toepassing is op het desbetreffende vermogensbestanddeel.

Volgens artikel 15af lid 6 VPB is het vanaf het ontvoegingstijdstip uit artikel 15af lid 1 VPB niet langer mogelijk om de verliezen die zijn meegegeven met de ontvoegde dochtervennootschap te verrekenen met winst die is behaald door de fiscale eenheid of de moedermaatschappij. De aan de ontvoegde dochtervennootschap meegegeven verliezen kunnen uitsluitend worden verrekend met de belastbare winst die door dit ontvoegde lichaam wordt behaald.

Artikel 15af lid 7 VPB regelt dat wanneer er een deel van het fiscale eenheidsverlies wordt meegegeven aan de ontvoegende dochtermaatschappij dat er dan voor de term ‘belastingplichtige’ uit de verliesverrekeningsbeperking die geldt ten aanzien van een houdster- en/of financieringsverlies moet worden gelezen ‘maatschappij’.

In artikel 15ag VPB is geregeld hoe verliesverrekening over het ontvoegingstijdstip plaatsvindt als de moedermaatschappij uit de fiscale eenheid is ontvoegd. In artikel 15af lid 1 VPB is geregeld dat het voorvoegingsverlies van de moedermaatschappij niet mag worden verrekend met de belastbare winst voor zover deze winst betrekking heeft op een vermogensbestanddeel dat zij tijdens het bestaan van de fiscale eenheid heeft verkregen van een dochtermaatschappij en dat de winst die betrekking heeft op dat vermogensbestanddeel op grond van artikel 15ah lid 2 VPB niet aan de

¹⁸³ F. Horzen, *Verliesverrekening in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2010, blz. 118.

moedermaatschappij zou worden toegerekend als de fiscale eenheid nog zou hebben bestaan. Artikel 15ag lid 2 VPB bewerkstelligt dat de verliesverrekening uit het eerste lid niet plaatsvindt als met betrekking tot de vermogensbestanddelen artikel 15ai lid 1 of 2 VPB toepassing heeft gevonden.

3.4.3 Deelconclusie

Uit deze paragraaf blijkt dat het weinig voorkomt dat er verliesverrekening plaatsvindt tussen verschillende lichamen. De twee situaties waarin het toch mogelijk is dat verliesverrekening plaatsvindt tussen lichamen zijn: deelnemingsrelaties en het fiscale eenheidsregime.

Het verrekenen van een verlies dat door een deelneming is geleden vindt op grond van artikel 13d VPB uitsluitend plaats wanneer deze deelneming is geliquideerd en vereffend. Het deelnemingsverlies dat de belastingplichtige dan in aanmerking mag nemen hoeft niet gelijk te zijn aan het verliesverrekeningspotentieel van de deelneming dat als gevolg van de liquidatie is verdampt. Artikel 13d VPB bepaalt namelijk dat het deelnemingsverlies op extra-comptabele wijze moet worden bepaald.

Het vormen van een fiscale eenheid zorgt er voor dat er belasting wordt geheven alsof de fiscale eenheid een belastingplichtige is. De resultaten van de verschillende maatschappijen die tot één fiscale eenheid behoren worden in een jaar met elkaar gesaldeerd om het fiscale eenheidsresultaat te kunnen bepalen. Daarnaast zijn er in het fiscale eenheidsregime aanvullende regels gesteld voor het verrekenen van verliezen over het (ont)voegingstijdstip heen.

3.5 Verliesverrekening bij herstructurering

In de Fusierichtlijn worden regels gesteld die er voor moeten zorgen dat de fiscale belemmeringen binnen de Europese Unie worden weggenomen bij grensoverschrijdende fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil.¹⁸⁴ De in de Fusierichtlijn opgenomen regels heeft Nederland op dusdanige wijze verankerd in de nationale wet dat deze regels zowel van toepassing zijn op binnenlandse situaties als op grensoverschrijdende, communautaire situaties. De regels voor aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische splitsing en juridische fusie zijn terug te vinden in respectievelijk artikel 3.55 IB en artikel 14 t/m 14b VPB. Hieronder wordt uitgelegd welke gevolgen de verschillende vormen van herstructurering hebben op de verliesverrekeningsmogelijkheden.

Aandelenfusie

De term 'aandelenfusie' die in artikel 3.55 IB wordt gehanteerd komt overeen met de term 'aandelenruil' uit de Fusierichtlijn. Met een aandelenfusie wordt bedoeld dat het ene lichaam alle eigen aandelen ruilt voor een deel van de aandelen in een ander lichaam. Door deze aandelenfusie wordt het andere lichaam volledig eigenaar van het eerder genoemde lichaam. Middels de schakelbepaling uit artikel 8 lid 1 VPB is de in artikel 3.55 IB getroffen aandelenfusiefaciliteit ook van toepassing op de vennootschapsbelasting met dien verstande dat de term 'ondernemer' moet worden vervangen door de term 'belastingplichtige'. De aandelenfusiefaciliteit bewerkstelligt dat wanneer deze faciliteit van toepassing is er niet hoeft te worden afgerekend over het vervreemdingsvoordeel omdat de fiscale claim wordt doorgeschoven. Doordat er bij een aandelenfusie slechts aandelen worden geruild en geen lichamen verdwijnen, blijven de verliezen die eventueel in de toekomst nog kunnen worden gecompenseerd bij de lichamen die deze verliezen oorspronkelijk hebben geleden. Een aandelenfusie leidt er dus niet toe dat verliesverrekeningspotentieel van het ene lichaam aan het andere lichaam kan worden overgeheveld. Er zijn daarom ook geen specifieke regels gesteld ten aanzien van verliezen bij een aandelenfusie omdat de geleden verliezen uit het verleden subject gebonden zijn en blijven.

¹⁸⁴ Richtlijn betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van en SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, Publicatieblad van de Europese Unie L 310/34, 25 november 2009, blz. 34 en 40. Deze richtlijn wordt hierna als Fusierichtlijn aangeduid.

Bedrijfsfusie

In artikel 14 VPB is de bedrijfsfusiefaciliteit opgenomen. Deze faciliteit bewerkstelligt dat er nog niet over de vervreemdingswinst hoeft te worden afgerekend en de fiscale claim op de vervreemdingswinst op verzoek kan worden doorgeschoven. Van een bedrijfsfusie is sprake als een onderneming of een zelfstandig onderdeel van een onderneming wordt overgedragen tegen uitreiking van aandelen in de overnemende partij. De ongecompliceerde bedrijfsfusiefaciliteit kan uitsluitend worden toegepast als er aan de elf wettelijke vereisten uit artikel 14 VPB is voldaan.¹⁸⁵ Eén van die vereisten is bijvoorbeeld dat de overnemer niet over verliezen mag beschikken die mogelijk in de toekomst nog voorwaarts kunnen worden verrekend.

Als de overnemer echter wel over verliezen beschikt die mogelijk nog voorwaarts kunnen worden verrekend dan kan er geen sprake zijn van de ongecompliceerde bedrijfsfusiefaciliteit. De bedrijfsfusiefaciliteit kan dan alleen worden toegepast als de overdrager en de overnemer hierom verzoeken. Naast dit verzoek moet er zijn voldaan aan standaardvoorwaarde twee die valt binnen de reikwijdte van de in artikel 14 lid 7 VPB getroffen delegatiebepaling. Deze standaardvoorwaarde houdt in dat er na de bedrijfsfusie een fictief winstsplittingsstelsel moet worden gehanteerd. De voorfusieverliezen van de overnemer mogen dan alleen worden verrekend met de nafusiewinsten die toerekenbaar zijn aan de oorspronkelijke onderneming van de overnemer. Deze fictieve winstsplittingsstelsel vindt plaats alsof de bedrijfsfusie niet heeft plaats gevonden. Het fictieve winstsplittingsstelsel moet worden gehanteerd totdat de voorfusieverliezen van de overnemer zijn verrekend of verdampt. Verliesoverdracht tussen de beide lichamen is dus niet mogelijk omdat de verliezen subject gebonden zijn.

Ondanks het feit dat verliezen subject gebonden zijn bestaat er toch een mogelijk waardoor verliesoverdracht tussen lichamen alsnog wordt toegestaan. Dit gebeurt echter alleen in uitzonderlijke gevallen wanneer er een beroep op de hardheidsclausule uit artikel 63 AWR is gedaan. Zo wordt het dankzij een beroep op de hardheidsclausule mogelijk dat de overnemer zijn verliezen achterwaarts verrekend met de belastbare winst van de overdrager indien de overdrager als gevolg van de bedrijfsfusie ophoudt vennootschapsbelastingplichtige te zijn.¹⁸⁶ Ook is het met een beroep op de hardheidsclausule mogelijk dat de nog niet verrekende verliezen van de overdrager worden doorgeschoven naar de overnemer indien de overdrager als gevolg van de bedrijfsfusie niet langer vennootschapsbelastingplichtig is. Deze verliezen kunnen dan worden verrekend met de belastbare winsten van de overnemer voor zover deze winsten kunnen worden toegerekend aan de oorspronkelijke onderneming van de overdrager.¹⁸⁷

Juridische fusie

In artikel 14b VPB is de juridische fusiefaciliteit opgenomen. Deze faciliteit bewerkstelligt dat de fiscale claim kan worden doorgeschoven zodat de juridische fusie op dat moment niet meer hoeft te leiden tot heffing. Van een juridische fusie is sprake als het vermogen van de verdwijnende rechtspersoon onder algemene titel overgaat op de verkrijgende rechtspersoon. Door de juridische fusie houdt de verdwijnende rechtspersoon van rechtswege op te bestaan. Van de in artikel 14b VPB getroffen ongecompliceerde juridische fusiefaciliteit kan alleen gebruik worden gemaakt als er aan

¹⁸⁵ J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, Vpb.2.5.1.B De elf wettelijke vereisten voor de ongecompliceerde bedrijfsfusie, bijgewerkt tot 10 april 2012.

¹⁸⁶ Besluit toepassing artikel 14 tweede lid van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, 11 oktober 2008, Staatscourant 2008, 196, onderdeel 8 en bijlage 7.

¹⁸⁷ Besluit toepassing artikel 14 tweede lid van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, 11 oktober 2008, Staatscourant 2008, 196, onderdeel 8 en bijlage 6.

alle negen wettelijke vereisten is voldaan.¹⁸⁸ Eén van deze wettelijke vereisten is dat zowel het verkrijgende – als het verdwijnende lichaam niet over verliezen mag beschikken die nog voorwaarts verrekend kunnen worden.

In beginsel is verliesoverdracht tussen lichamen niet mogelijk omdat verliezen subject gebonden zijn. Desondanks is het toch mogelijk dat het verlies van het verdwijnende – of splitsende lichaam wordt verrekend door de ontvangende rechtspersoon. In standaardvoorwaarde twee zijn aanvullende vereisten gesteld aan de verliesverrekening als de fusiefaciliteit op verzoek wordt toegepast.¹⁸⁹ Deze vereisten houden in dat een fictief winstsplitsingsstelsel moet worden gehanteerd om het voorfusieverlies, van het verkrijgende – of het verdwijnende lichaam, over het fusietijdstip heen te kunnen verrekenen. Op deze wijze kunnen de verliezen uitsluitend worden verrekend door winsten die betrekking hebben op werkzaamheden die oorspronkelijk werden uitgevoerd door het lichaam dat het verlies had geleden. Daarnaast is het mogelijk dat de verliezen van de verkrijgende rechtspersoon achterwaarts worden verrekend met de voorfusiewinsten van de verdwijnende rechtspersoon.¹⁹⁰

Juridische splitsing

De juridische splitsingsfaciliteit is opgenomen in artikel 14a VPB. De faciliteit bewerkstelligt dat de juridische splitsing niet leidt tot een afrekenmoment omdat de fiscale claim kan worden doorgeschoven. Deze juridische splitsingsfaciliteit is zowel van toepassing op juridische splitsingen¹⁹¹ als op afsplitsingen.¹⁹² Van een ongecompliceerde juridische splitsingsfaciliteit kan alleen sprake zijn als er aan alle acht de wettelijke vereisten uit artikel 14a VPB is voldaan.¹⁹³ Eén van deze vereisten is dat zowel de splitsende vennootschap als de verkrijgende vennootschap niet mogen beschikken over verliezen die mogelijk nog in de toekomst voorwaarts kunnen worden verrekend.

Als een van beide partijen toch over verliezen beschikt die mogelijk nog voorwaarts verrekend kunnen worden dan kan de juridische splitsingsfaciliteit alleen worden toegepast op verzoek wanneer er aan aanvullende voorwaarden is voldaan. De voorsplitsingsverliezen van de verkrijgende vennootschap kunnen wel voorwaarts worden verrekend over het splitsingstijdstip heen door het hanteren van een fictief winstsplitsingssysteem. Dit geldt in beginsel echter niet voor het verrekenen van de voorsplitsingsverliezen van de afsplitsende vennootschap. Deze verliezen blijven in beginsel bij deze vennootschap achter en kunnen dus niet voorwaarts worden verrekend over het splitsingstijdstip heen terwijl voorwaartse verliesverrekening over het splitsingstijdstip door de splitsende vennootschap wel mogelijk was geweest met behulp van een fictief winstsplitsingssysteem als er sprake was van een zuivere splitsing in plaats van een afsplitsing. Het voorwaarts verrekenen van de voorsplitsingsverliezen van de afsplitsende vennootschap over het

¹⁸⁸ J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, Vpb 2.7.0.D.d1 Negen wettelijke vereisten voor een wettelijke doorschuiving. Algemeen., bijgewerkt tot 10 april 2012.

¹⁸⁹ Besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3149M, en, Besluit meegeven van aanspraak op voorwaartse verliesverrekening van de verdwijnende rechtspersoon aan de verkrijgende rechtspersoon bij juridische fusie, 1 januari 2001, Infobulletin 2001, 4.

¹⁹⁰ Besluit juridische fusie achterwaartse verliesverrekening van de verkrijgende rechtspersoon met vóórfusiewinst van de verdwijnende rechtspersoon, 1 januari 2001, Infobulletin 2001, 4.

¹⁹¹ Met de term 'zuivere splitsing' wordt er aangesloten bij de definitie uit artikel 2:334a lid 2 BW. Hierin staat dat een zuivere splitsing een rechtshandeling is waarbij het vermogen van de rechtspersoon die ophoudt te bestaan op basis van algemene titel van een splitsingsakte overgaat op twee of meer andere rechtspersonen.

¹⁹² Met de term 'afplitsing' wordt er aangesloten bij de in artikel 2:334a lid 3 BW gegeven definitie dat een rechtshandeling waarbij het vermogen of een deel daarvan van een rechtspersoon die niet ophoudt te bestaan onder algemene titel op basis van een splitsingsakte overgaat naar één of meer rechtspersonen wordt aangemerkt als een afsplitsing.

¹⁹³ J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, Vpb.2.6.0.C.c1 Inleiding, bijgewerkt tot 10 april 2012.

splitsingstijdstip heen kan alleen met behulp van een fictief winstsplitsingssysteem als er aan de volgende vijf voorwaarden is voldaan:

1. Er is sprake van een juridische afsplitsing als bedoeld in art. 14a lid 1sub b VPB.
2. Het afsplitsende lichaam splitst haar gehele onderneming dan wel — in het geval de afsplitsende rechtspersoon een buitenlands belastingplichtige entiteit is — haar gehele in Nederland gedreven onderneming af naar het verkrijgende lichaam.
3. Aan de afsplitsende rechtspersoon worden door de verkrijgende rechtspersoon aandelen toegekend.
4. Door de juridische afsplitsing eindigt de belastingplicht voor de vennootschapsbelasting van het afsplitsende lichaam.
5. De juridische afsplitsing is niet in overwegende mate gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing.¹⁹⁴

Naast deze verliesverrekeningsmogelijkheden is het ook mogelijk het verlies van het verkrijgende lichaam achterwaarts word verrekend met de winst van het (af)splitsende lichaam.

3.5.1 Deelconclusie

De aanwezigheid van compensabele verliezen zorgt er in veel gevallen voor dat de fiscale claim bij herstructureringsituaties alleen op verzoek kan worden door geschoven. Daarnaast wordt er voorgeschreven dat voor de voorwaartse verrekening van deze verliezen een fictief winstsplitsingssysteem moet worden gehanteerd. Het achterwaarts verrekenen van verliezen over het herstructureringsmoment heen komt nog minder vaak voor. Dit komt omdat het verlies moet worden gecompenseerd met de belastbare winst of het Nederlandse inkomen van een lichaam dat als gevolg van de herstructurering niet langer vennootschapsbelastingplichtig is.

3.6 Samenvatting

In dit hoofdstuk werd de tweede deelvraag beantwoord namelijk: Hoe worden verliezen binnen de wet op de vennootschapsbelasting behandeld. Uit dit hoofdstuk blijkt dat er in de vennootschapsbelasting hoofdregels worden gegeven voor verliesverrekening. Daarnaast blijken er in de vennootschapsbelasting verliesverrekeningsbeperkingen te zijn opgenomen in artikel 20 VPB en artikel 20a VPB. Ook zijn er in de vennootschapsbelasting verliesverrekeningsmogelijkheden getroffen die zich richten op verrekening: binnen een lichaam, binnen een groep en bij herstructurering. Hieronder wordt samengevat op welke wijze een verlies binnen de vennootschapsbelasting wordt behandeld.

De hoofdregels voor verliesverrekening zijn opgenomen in artikel 20 lid 2 en 7 VPB. Hierin is geregeld dat de achterwaartse verliesverrekeningstermijn één jaar bedraagt terwijl de voorwaartse verliesverrekeningstermijn negen jaar is. Ook is in deze hoofdregels geregeld dat de oudste verliezen, die nog voor verliesverrekening in aanmerking komen, als eerste moeten worden verrekend.

Op deze hoofdregels worden in zowel artikel 20 VPB als artikel 20a VPB inbreuken gemaakt. In artikel 20 VPB zijn twee verschillende verliesverrekeningsbeperkingen opgenomen. De verliesverrekeningsbeperking die is opgenomen in artikel 20 lid 3 VPB maakt een strikt onderscheid tussen de resultaten die zijn behaald door een lichaam dat de status van een fiscale beleggingsinstelling heeft en de resultaten die zijn behaald door een lichaam dat niet die status heeft. Verliesverrekening is door dit lid alleen mogelijk met een resultaat dat is behaald met dezelfde status. Dit strikte onderscheid is ingegeven door het feit dat beide type resultaten zijn onderworpen aan een verschillend tarief. De andere verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 VPB bewerkstelligt dat een houdster- en/of financieringsverlies uitsluitend kan worden verrekend met de belastbare winst of het Nederlandse inkomen dat de belastingplichtige in een jaar heeft gehaald waarin zij wederom werd aangemerkt als een houdster- en/of financieringslichaam. Het positieve resultaat van

¹⁹⁴ Besluit van 22 juni 2006, nr. CPP 2006/19M, BNB 2006/271.

een houdster- en/of financieringslichaam kan echter ook worden gebruikt voor het verrekenen van een verlies dat niet wordt aangemerkt als een houdster- en/of financieringsverlies. De verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20a VPB zorgt er voor dat verliesverrekening slechts onder voorwaarden mogelijk is over het tijdstip waarop het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate werd gewijzigd. Deze verliesverrekeningsbeperking werd ingevoerd om er voor te zorgen dat het voordeel van het verliesverrekeningspotentieel niet zomaar overgaat op de nieuwe aandeelhouders indien het belang in de belastingplichtige in belangrijke mate wordt gewijzigd.

Ook werd er stil gestaan bij het verrekenen van verliezen binnen een lichaam. Voor binnenlandse belastingplichtige geldt dat voor de bepaling van het belastingobject de verschillende onderdelen van de belastbare winst met elkaar worden gesaldeerd. Dit kunnen zowel resultaten zijn die in Nederland zijn behaald of in het buitenland. Indien de in het buitenland behaalde resultaten zijn geboekt met behulp van een vaste inrichting wordt dit resultaat bepaald met behulp van de quasi-objectvrijstelling die is opgenomen in artikel 15e VPB. Indien de binnenlandse belastingplichtige ophoudt met het genieten van resultaat uit de in het buitenland gelegen vaste inrichting dan kan er mogelijk door de belastingplichtige een stakingsverlies in aanmerking worden genomen op grond van artikel 15i VPB. Voor de buitenlandse belastingplichtigen geldt dat er voor de bepaling van het belastbare object alleen verschillende onderdelen van het Nederlandse inkomen met elkaar kunnen worden gesaldeerd.

Vervolgens werd aangegeven dat er twee groepen zijn waarin verliesverrekening tussen lichamen een rol speelt. Dit zijn de deelnemingsrelaties en het fiscale eenheidsregime. In deelnemingsrelaties is het uitsluitend mogelijk om rekening te houden met een verlies van de deelneming als artikel 13d VPB van toepassing is. Dit houdt in dat de deelneming moet zijn geliquideerd en vereffend. Binnen het fiscale eenheidsregime zijn verschillende regels gesteld over het verrekenen van verliezen. De belangrijkste regel is de bepaling van het fiscale eenheidsresultaat. De bepaling van het fiscale eenheidsresultaat maakt het namelijk mogelijk dat horizontale verliesverrekening mogelijk is tussen de verschillende maatschappijen. De andere verliesverrekeningsregels die binnen het fiscale eenheidsregime zijn getroffen richten zich op het verrekenen van verliezen over het (ont)voegingstijdstip heen. De verliesverrekeningsregels binnen het fiscale eenheidsregime die zich richten op verliesverrekening over het voegingstijdstip heen zijn opgenomen in artikel 15ae VPB terwijl de regels voor verliesverrekening over het ontvoegingstijdstip heen zijn opgenomen in artikel 15af VPB en artikel 15ag VPB.

Ten slotte is er ingaan op de verliesverrekeningsmogelijkheden bij herstructurering. De volgende vormen van herstructurering werden bekeken: aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische fusie en juridische splitsing. De aandelenfusiefaciliteit is opgenomen in artikel 3.55 IB en kent geen aanvullende eisen ten aanzien van verliesverrekening. Dit houdt in dat er geen verliesoverdracht tussen de lichamen kan plaatsvinden en dat de verliezen dus subject gebonden blijven. De bedrijfsfusiefaciliteit is opgenomen in artikel 14 VPB. Als de overnemer beschikt over verliezen die mogelijk voorwaarts verrekend kunnen worden dan kan deze fusiefaciliteit slechts op verzoek worden toegepast wanneer er aan de extra vereisten is voldaan. Om deze verliezen te kunnen verrekenen moet een fictief winstsplitsingsstelsel worden gehanteerd. Hetzelfde geldt voor de verliezen van de overdrager die aan de overnemer kunnen worden doorgeschoven mits de vennootschapsbelastingplicht als gevolg van de bedrijfsfusie ten aanzien van de overdrager is geëindigd. Ook is het mogelijk dat de verliezen van de overnemer achterwaarts worden verrekend met de resultaten van de overdrager mits de vennootschapsbelastingplicht van de overdrager als gevolg van de bedrijfsfusie is geëindigd. De juridische fusiefaciliteit is opgenomen in artikel 14b VPB. Als de verkrijgende rechtspersoon en/of de verdwijnende rechtspersoon verliezen bezit die mogelijk nog voorwaarts kunnen worden verrekend dan kan deze fusiefaciliteit uitsluitend worden toegepast op verzoek mits er aan aanvullende voorwaarden is voldaan. De voorfusieverliezen moeten namelijk voorwaarts worden verrekend met behulp van een fictief winstsplitsingssysteem. Daarnaast is het

ook mogelijk dat een nafusieverlies achterwaarts wordt verrekend met de belastbare winst van de verdwijnende rechtspersoon. De juridische splitsingsfaciliteit is opgenomen in artikel 14a VPB. Als de splitsende rechtspersoon en/of de verkrijgende rechtspersoon verliezen heeft die mogelijk in de toekomst nog voorwaarts kunnen worden verrekend dan kan deze splitsingsfaciliteit alleen worden toegepast op verzoek als er aan aanvullende voorwaarden is voldaan. Voorwaartse verliesverrekening is dan mogelijk door het hanteren van een fictief winstsplitsingssysteem. Aan het voorwaarts verrekenen van verliezen over het splitsingstijdstip heen van de afsplitsende rechtspersoon gelden nog meer aanvullende voorwaarden. Naast deze verliesverrekeningsmogelijkheden is het ook mogelijk dat het verlies van het verkrijgende lichaam achterwaarts word verrekend met de winst van het (af)splitsende lichaam.

4 Is de behandeling van verliezen in de vennootschapsbelasting in overeenstemming met de visie van de Europese Unie en EU-recht

In dit hoofdstuk zal de derde deelvraag worden beantwoord. Deze deelvraag luidt: Is de behandeling van verliezen binnen de vennootschapsbelasting in strijd met de Europese visie en EU-recht. Om deze vraag te kunnen beantwoorden zullen de verschillende vennootschapsbelastingregels, die in het vorige hoofdstuk zijn besproken, worden getoetst. Ten eerste wordt getoetst of deze regels in strijd zijn met de Europese visie op verliesverrekening door lichamen die in hoofdstuk 2 is beschreven. Ten tweede zal aan de hand van het stappenplan van het Hof van Justitie EG worden getoetst of deze vennootschapsbelastingregels in strijd zijn met EU-recht.

4.1 De hoofdregels voor verliesverrekening

De hoofdregels voor verliesverrekening uit de vennootschapsbelasting vallen uiteen in twee verliesverrekeningstermijnen en een wettelijke verliesverrekeningsvolgorde. De verliesverrekeningstermijnen die in artikel 20 lid 2 VPB zijn opgenomen zorgen er voor dat een verlies achterwaarts kan worden verrekend met de belastbare winst of het Nederlandse inkomen dat in het voorafgaande jaar is behaald. Als het verlies daarmee niet of niet geheel kan worden verrekend dan kan het verlies worden verrekend met de belastbare winst en het Nederlandse inkomen dat in de volgende negen jaren wordt behaald. De wettelijke verliesverrekeningsvolgorde uit artikel 20 lid 7 VPB zorgt er voor dat de volgorde waarin de verliezen zijn gelden in beginsel doorslaggevend is voor de volgorde waarop de verliezen worden verrekend. Dit houdt in dat het oudste verlies dat nog niet is verrekend en nog wel voor verliesverrekening in aanmerking komt als eerste moet worden verrekend. Deze hoofdregels worden hieronder getoetst aan de Europese visie op verliesverrekening door lichamen en aan EU-recht.

4.1.1 De visie van de Europese Unie op de hoofdregels voor verliesverrekening

Ten aanzien van de vennootschapsbelastinghoofdregels voor verliesverrekening, die uiteen vallen in verliesverrekeningstermijnen en een verliesverrekeningsvolgorde, bestaat een Europese visie. Deze Europese visie bestaat uit de visie van de Europese Commissie die kan worden afgeleid uit verschillende bronnen. Zowel over de verliesverrekeningstermijnen als over de verliesverrekeningsvolgorde heeft de Europese Commissie een mening.

De visie van de Europese Commissie ten aanzien van verliesverrekeningstermijnen kan worden afgeleid uit een inmiddels ingetrokken richtlijnvoorstel¹⁹⁵ en uit het conceptvoorstel CCCTB.¹⁹⁶ Uit het ingetrokken richtlijnvoorstel blijkt dat de Europese Commissie er voorstander van is dat de verliesverrekeningstermijnen binnen de Europese Unie werden geüniformeerd. In het ingetrokken richtlijnvoorstel pleitte de Europese Commissie er voor om een onbeperkte voorwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid te hanteren en de achterwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid te beperken tot drie jaar.¹⁹⁷ Zij wilde de achterwaartse verliesverrekeningstermijn beperken om zo te

¹⁹⁵ Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-Staten met betrekking tot het fiscale stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 20 september 1984, nr. C253, en; Intrekking van verschillende voorstellen en ontwerpen van de Commissie, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 4 januari 1997, nr. C 2, blz. 6.

¹⁹⁶ Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), 16 maart 2011, COM (2011) 121 definitief, 2011/0058 (CNS).

¹⁹⁷ Wijziging van het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-Staten met betrekking tot het fiscale stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 8 juli 1985, nr. C 170, blz. 3.

voorkomen dat lidstaten in budgettaire problemen kwamen. Uit het conceptvoorstel CCCTB kan worden afgeleid in hoeverre de mening van de Europese Commissie nog overeenkomt met haar mening ten aanzien van verliesverrekeningstermijnen die naar voren kwam in het ingetrokken richtlijnvoorstel. Uit artikel 43 CCCTB blijkt dat de mening van de Europese Commissie ten aanzien van de voorwaartse verliesverrekening niet is veranderd. Zij is namelijk nog steeds van mening dat de voorwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid niet in de tijd moet zijn beperkt. Haar mening ten aanzien van het achterwaarts verrekenen van verliezen is echter veranderd. Uit de conceptrichtlijn CCCTB blijkt namelijk dat het achterwaarts verrekenen van verliezen niet mogelijk is. Het achterwaarts verrekenen van verliezen werd namelijk gezien als overdreven complex.¹⁹⁸

De in artikel 20 lid 2 VPB gehanteerde verliesverrekeningstermijnen zijn in strijd met de visie van de Europese Commissie op verliesverrekeningstermijnen. Volgens artikel 20 lid 2 VPB is het namelijk mogelijk dat een verlies achterwaarts wordt verrekend met de belastbare winst of het Nederlandse inkomen uit het voorafgaande jaar terwijl er naar de mening van de Europese Commissie geen achterwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid hoeft te bestaan. Ook de voorwaartse verliesverrekeningstermijn van negen jaar uit artikel 20 lid 2 VPB is in strijd met de visie van de Europese Commissie. De Europese Commissie is namelijk van mening dat de voorwaartse verliesverrekeningsmogelijkheid niet moet zijn beperkt in de tijd.

De visie van de Europese Commissie op de verliesverrekeningsvolgorde die door lichamen moet worden gehanteerd kan worden afgeleid uit een ingetrokken richtlijnvoorstel.¹⁹⁹ Uit dit voorstel blijkt dat de Europese Commissie er voorstander van was dat de belastingplichtige mocht kiezen met welke winsten hij een verlies wil verrekenen. Verder wordt er in dit voorstel door de Europese Commissie aangegeven dat hiervan mocht worden afgeweken indien er op de verschillende categorieën van winst een ander tarief van toepassing was.²⁰⁰ Deze afwijking van deze keuzevrijheid mocht echter alleen indien dit niet resulteert in een ongerechtvaardigd uitstel van verliesverrekening.

De wettelijke verliesverrekeningsvolgorde uit artikel 20 lid 7 VPB is dan ook in strijd met de mening van de Europese Commissie die naar voren kwam in het ingetrokken richtlijnvoorstel. In de vennootschapsbelasting heeft de belastingplichtige geen keuzevrijheid met welke belastbare winst of Nederlands inkomen hij een verlies wil verrekenen. De in de vennootschapsbelasting gehanteerde verliesverrekeningsvolgorde komt dan ook niet overeen met de mening van de Europese Commissie zoals die naar voren kwam in het ingetrokken richtlijnvoorstel.

4.1.2 Toetsing van de hoofdregels voor verliesverrekening aan EU-recht

De hoofdregels voor verliesverrekening die in de vennootschapsbelasting worden gehanteerd worden gevormd door twee verliesverrekeningstermijnen en een wettelijke verliesverrekeningsvolgorde. Deze hoofdregels voor verliesverrekening gelden zowel voor binnenlandse – als buitenlandse belastingplichtigen zodat een grensoverschrijdende situatie niet nadeliger wordt dan een objectief vergelijkbare binnenlandse situatie. De grensoverschrijdende situatie wordt dus niet door de hoofdregels voor verliesverrekening belemmerd waardoor er geen sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Omdat er geen beperking bestaat kan er ook geen sprake zijn van strijd met EU-recht.

¹⁹⁸ Preambule 15 conceptrichtlijn CCCTB.

¹⁹⁹ Zie: Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-Staten met betrekking tot het fiscale stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 20 september 1984, nr. C253, en; Intrekking van verschillende voorstellen en ontwerpen van de Commissie, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 4 januari 1997, nr. C 2, blz. 6.

²⁰⁰ Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-Staten met betrekking tot het fiscale stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 20 september 1984, nr. C253, blz. 5.

4.2 Verliesverrekeningsbeperkingen

Op de hoofdregels voor verliesverrekening die zijn opgenomen in artikel 20 lid 2 en 7 VPB worden binnen de vennootschapsbelasting een aantal inbreuken gemaakt. Deze inbreuken zijn opgenomen in zowel artikel 20 VPB als in artikel 20a VPB. Voor beide artikelen wordt afzonderlijk bekeken of de gemaakte inbreuken in strijd zijn met Europese visie en EU-recht.

4.2.1 De verliesverrekeningsbeperkingen uit artikel 20 VPB

In artikel 20 VPB zijn twee verschillende soorten verliesverrekeningsbeperkingen opgenomen.

De eerste verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 VPB die is opgenomen in het derde lid. De in artikel 20 lid 3 VPB opgenomen verliesverrekeningsbeperking houdt in dat er ten aanzien van verliesverrekening een streng onderscheid wordt gemaakt tussen de resultaten die een belastingplichtige boekt in jaren waarin hij werd aangemerkt als een fiscale beleggingsinstelling en de resultaten die zijn geboekt in jaren waarin de belastingplichtige niet werd aangemerkt als een fiscale beleggingsinstelling. Artikel 20 lid 3 VPB bewerkstelligt dat een verlies van een fiscale beleggingsinstelling uitsluitend kan worden verrekend met belastbare winsten of Nederlandse inkomens die het lichaam behaalt in jaren waarin zij eveneens werd aangemerkt als fiscale beleggingsinstelling. Daarnaast regelt artikel 20 lid 3 VPB dat een verlies dat is geleden door een belastingplichtige dat niet werd aangemerkt als een fiscale beleggingsinstelling uitsluitend kan worden verrekend met belastbare winst of Nederlands inkomen dat is behaald in jaren waarin de belastingplichtige wederom niet werd aangemerkt als fiscale beleggingsinstelling. Het strikte onderscheid dat wordt gehanteerd ten opzichte van resultaten van fiscale beleggingsinstellingen en overige resultaten is ingegeven door het toepasbare tarief. Een de belastbare winst van fiscale beleggingsinstelling is namelijk onderworpen aan het 0%-tarief terwijl het gebruikelijke vennootschapsbelastingtarief een stuk hoger ligt. Vanwege het feit dat er verschillende tarieven worden gehanteerd op resultaten die zijn behaald door een belastingplichtig die de status van fiscale beleggingsinstelling bezit en de resultaten die dezelfde belastingplichtige behaalt zonder de status van fiscale beleggingsinstelling zorgt er in mijn ogen voor dat de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 lid 3 VPB kan worden gerechtvaardigd.

De tweede verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 VPB stelt aanvullende vereisten aan het verrekenen van een verlies dat wordt aangemerkt als een houdster- en/of financieringsverlies. Een houdster- en/of financieringsverlies kan namelijk uitsluitend worden verrekend met de belastbare winsten of Nederlandse inkomens die de belastingplichtige behaald in een winstjaar waarin de belastingplichtige eveneens werd aangemerkt als een houdster- en/of financieringslichaam. De wettelijke verliesverrekeningsvolgorde uit artikel 20 lid 7 VPB kan nadelige gevolgen hebben op de verliesverrekeningsmogelijkheden van het houdster- en/of financieringsverlies. De belastbare winst of het Nederlandse inkomen dat wordt behaald door een belastingplichtige dat wordt aangemerkt als een houdster- en/of financieringslichaam kan namelijk ook worden gebruikt voor het verrekenen van een verlies dat niet kan worden aangemerkt als een houdster- en/of financieringsverlies.

4.2.1.1 De visie van de Europese Unie op de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 VPB

Niet ten aanzien van alle verliesverrekeningsbeperkingen die zijn opgenomen in artikel 20 VPB bestaat er een visie van de Europese Unie. Het is bijvoorbeeld niet bekend hoe er in Europa wordt aangekeken tegen de beperkende maatregelen die zijn gesteld aan het verrekenen van een houdster- en/of financieringsverlies. Wel heeft de Europese Unie een visie op de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 lid 3 VPB. De visie van de Europese Commissie ten aanzien van de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 lid 3 VPB kan worden afgeleid uit een ingetrokken richtlijnvoorstel.²⁰¹ Uit dit richtlijnvoorstel blijkt dat de Europese Commissie van mening

²⁰¹ Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-Staten met betrekking tot het fiscale stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 20 september 1984, nr. C253

is dat de belastingplichtige in beginsel de keuzemogelijkheid moet bezitten om te kiezen met welke belastbare winsten of Nederlandse inkomens hij zijn verlies wil verrekenen. Tevens blijkt uit dit ingetrokken richtlijnvoorstel dat afwijken van deze keuzevrijheid mag mits er op de verschillende winstcategorieën een afwijkend tarief van toepassing is.²⁰² Het afwijken van de keuzevrijheid van de belastingplichtige mag echter alleen indien dit niet leidde tot een ongeoorloofd uitstel van verliesverrekening.²⁰³ De verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 lid 3 VPB maakt onderscheid tussen twee verschillende winstcategorieën namelijk de winst die is behaald door een fiscale beleggingsinstelling en de winst die is behaald door de belastingplichtige die de status van een fiscale beleggingsinstelling niet bezit. Beide categorieën van winst zijn in de vennootschapsbelasting ook onderworpen van een verschillend tarief. De resultaten van een fiscale beleggingsinstelling zijn namelijk onderworpen aan het 0%-tarief terwijl het gebruikelijke vennootschapsbelasting tarief van toepassing is op de resultaten van een belastingplichtige die niet wordt aangemerkt als een fiscale beleggingsinstelling. Ik ben daarom van mening dat de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 lid 3 VPB niet in strijd is met de visie van de Europese Commissie zoals die naar voren kwam in het ingetrokken richtlijnvoorstel.

4.2.1.2 Toetsing aan EU-recht van de verliesverrekeningsbeperkingen uit artikel 20 VPB

In artikel 20 VPB zijn twee verschillende soorten verliesverrekeningsbeperkingen opgenomen. Voor beide verliesverrekeningsbeperkingen wordt afzonderlijk behandeld of ik vind dat ze in strijd zijn met EU-recht.

De eerste verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 VPB is opgenomen in het derde lid. Bij deze verliesverrekeningsbeperking was het al dan niet bezitten van de status als fiscale beleggingsinstelling van de belastingplichtige van belang. Doordat de in artikel 20 lid 3 VPB opgenomen verliesverrekeningsbeperking geen onderscheid maakt tussen de behandeling van een binnenlandse situatie en de behandeling van een buitenlandse situatie kan er geen sprake zijn van een beperking van de vrijheid van vestiging. Omdat er geen sprake is van een belemmering kan er ook geen sprake zijn van een belemmering die in strijd is met Europees recht.

De tweede verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 VPB stelt aanvullende voorwaarden aan het verrekenen van een verlies dat wordt aangemerkt als een houdster- en/of financieringsverlies. Doordat de diverse toetsen uit deze verliesverrekeningsbeperking plaatsvinden op het niveau van de belastingplichtigen kunnen twee grensoverschrijdende situaties worden onderscheiden die kunnen worden getoetst aan EU-recht. Dit zijn de volgende twee situaties:

1. De buitenlandse activiteiten die een binnenlandse belastingplichtige ontplooit, worden meegenomen bij de verschillende toetsen van de verliesverrekeningsbeperking van houdster- en/of financieringsverliezen.²⁰⁴
2. De buitenlandse activiteiten die een buitenlandse belastingplichtige ontplooit, worden meegenomen bij de verschillende toetsen van de verliesverrekeningsbeperking van houdster- en/of financieringsverliezen.

Voor beide situaties zal in afzonderlijk het stappenplan van het Hof van Justitie EG worden doorlopen om te kunnen bepalen over sprake is van strijd met EU-recht.

²⁰² Intrekking van verschillende voorstellen en ontwerpen van de Commissie, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 4 januari 1997, nr. C 2, blz. 6.

²⁰³ Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-Staten met betrekking tot het fiscale stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 20 september 1984, nr. C253, blz. 5.

²⁰⁴ Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de werkzaamhentoets uit respectievelijk de aanhef van artikel 20 lid 4 VPB en artikel 20 lid 4 sub a VPB. Tevens kan worden gedacht aan de vorderingentoets uit artikel 20 lid 4 sub b VPB en de hierbij behorende tegenbewijsmogelijkheid uit artikel 20 lid 5 VPB. Maar natuurlijk ook artikel 20 lid 6 VPB waarin is bepaald dat een belastingplichtige niet als houdster- en/of financieringslichaam wordt gezien als op basis van volledige werktijd berekend er 25 werknemers of meer in een jaar bezig zijn met werkzaamheden die niet kunnen worden gezien als houdster- en/of financieringsactiviteiten.

Situatie 1: De binnenlandse belastingplichtige verricht ook in een andere lidstaat activiteiten
Doordat de binnenlandse belastingplichtige ook activiteiten verricht middels een in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting is er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Omdat hieraan is voldaan moet vervolgens worden getoetst of er sprake is van een belemmering. Om dit te onderzoeken moet deze grensoverschrijdende situatie worden vergeleken met een binnenlandse situatie die objectief gezien vergelijkbaar is. Ik ben van mening dat een binnenlandse belastingplichtige met een in andere lidstaat gevestigde vaste inrichting zich in een objectief vergelijkbare situatie bevindt als een binnenlandse belastingplichtige die een vaste inrichting heeft in Nederland. In beide situaties heeft de vaste inrichting dezelfde invloed op de diverse toetsen die de verliesverrekeningsbeperking voor houdster- en/of financieringsverliezen kent. Omdat beide situaties op dezelfde wijze worden behandeld is er geen sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging. Omdat er geen belemmering bestaat is het ook niet mogelijk dat er sprake is van strijd met EU-recht.

Situatie 2: De buitenlandse belastingplichtige verricht ook in een andere lidstaat activiteiten
De buitenlandse belastingplicht voor de vennootschapsbelasting is ontstaan omdat de belastingplichtige in Nederland een onderneming drijft middels een vaste inrichting. Voor de diverse toetsen uit de verliesverrekeningsbeperking voor een houdster- en/of financieringsverlies zijn echter niet alleen de activiteiten van de in Nederland gevestigde vaste inrichting van belang maar ook de activiteiten die het hoofdhuis verricht in de andere lidstaat. Doordat het hoofdhuis in een andere lidstaat is gevestigd dan de in Nederland gevestigde vaste inrichting is er voldaan aan grensoverschrijdend verkeer. Om na te kunnen gaan of deze grensoverschrijdende situatie wordt belemmerd moet deze situatie worden vergeleken met een binnenlandse situatie die objectief vergelijkbaar is. In het verleden heeft het Hof van Justitie EG een aantal arresten gewezen waarin naar voren kwam dat vanuit het vaste inrichtingsland gezien een vaste inrichting zich in een objectief vergelijkbare situatie als een vennootschap kan bevinden.²⁰⁵

Ik betwijfel echter of dit nu ook het geval is. Er bestaat namelijk nog geen jurisprudentie waaruit blijkt dat de toetsen op het niveau van de vaste inrichting moeten plaatsvinden, in plaats van op het niveau van de belastingplichtige, omdat vanuit het vaste inrichtingsland gezien een vaste inrichting gelijk moet worden behandeld als een vennootschap. Omdat dergelijke jurisprudentie ontbreekt, toets ik of er sprake is van een belemmering. Om dit te kunnen doen moet de grensoverschrijdende situatie worden vergeleken met een binnenlandse situatie die objectief gezien vergelijkbaar is. Ik vind dat een in Nederland gevestigde vaste inrichting met een in een andere lidstaat gevestigd hoofdhuis het beste kan worden vergeleken met een in Nederland gevestigde vaste inrichting waarvan ook het hoofdhuis in Nederland is gevestigd. Beide situaties worden door deze verliesverrekeningsbeperking op dezelfde manier behandeld omdat de diverse toetsen plaatsvinden op het niveau van de belastingplichtige. Ik vind dan ook dat er geen sprake is van een belemmering en dus ook geen sprake is van een belemmering die in strijd is met EU-recht.²⁰⁶

4.2.2 De verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20a VPB

In de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20a VPB staat het moment centraal waarop het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate wordt gewijzigd. Het verrekenen van verliezen over dit wijzigingsmoment heen wordt door de werking van artikel 20a VPB bemoeilijkt. Toch is het verrekenen van verliezen over dit wijzigingsmoment mogelijk indien de belastingplichtige

²⁰⁵ Hof van Justitie EG, Avoir Fiscal, C-270/83, 28 januari 1986, en, Hof van Justitie EG, Royal Bank of Scotland, C-311/97, 24 april 1999, en, Hof van Justitie EG, Saint-Gobain, BNB 2000/75, 21 september 1999, en, Hof van Justitie EG, CLT-UFA, C-253/03, 23 februari 2006.

²⁰⁶ Zie voor een andere mening: R. de Graaff, De houdsterverliesregeling versus de EU-verdragsvrijheden, WFR 2010/1108.

kan voldoen aan verschillende toetsen.²⁰⁷ Deze toetsen uit artikel 20a VPB gelden zowel ten aanzien van binnenlandse belastingplichtigen als ten aanzien van buitenlandse belastingplichtigen en vinden plaats op het niveau van de belastingplichtige. Het toetsingsniveau dat in artikel 20a VPB wordt gehanteerd zorgt er voor dat ook in ander lidstaten ontplooide activiteiten van invloed zijn op de uitkomst van de verschillende toetsen.

4.2.2.1 De visie van de Europese Unie op de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20a VPB

Een visie van de Europese Unie ten aanzien van de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20a VPB ontbreekt. Het is dat ook niet mogelijk om te toetsen of artikel 20a VPB in strijd is met de Europese visie op verliesverrekening door lichamen. Daarnaast heeft de Advocaat-generaal zich niet uitgelaten over artikel 20a VPB of een fiscale regeling die hiermee vergelijkbaar is. Het is daarom onduidelijk hoe er in Europa wordt aangekeken tegen de verliesverrekeningsbeperking die in artikel 20a VPB is getroffen.

4.2.2.2 De verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20a VPB aan EU-recht getoetst

De verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20a VPB staat verliesverrekening over het wijzigingsmoment slechts toe indien de belastingplichtige kan slagen voor aan een aantal toetsen. Doordat deze toetsen plaatsvinden op het niveau van de belastingplichtige zijn ook de in een andere lidstaat ontplooide activiteiten van belang. Er kunnen twee grensoverschrijdende situaties worden onderscheiden waarin de in de ander lidstaat ontplooide activiteiten van invloed kunnen zijn op de diverse toetsen uit artikel 20a VPB, namelijk:

1. De buitenlandse activiteiten die een binnenlandse belastingplichtige ontplooit, worden meegenomen bij de verschillende toetsen van de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20a VPB.²⁰⁸
2. De buitenlandse activiteiten die een buitenlandse belastingplichtige ontplooit, worden meegenomen bij de verschillende toetsen van de verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20a VPB.

Voor beide situaties worden afzonderlijk getoetst aan het stappenplan van het Hof van Justitie EG waarna ik concludeer of er in deze situatie sprake is van strijd met EU-recht.

Situatie 1: De binnenlandse belastingplichtige verricht ook in een andere lidstaat activiteiten

Omdat de binnenlandse belastingplichtige ook activiteiten verricht middels een in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting is er sprake van grensoverschrijdend verkeer. De belastingplichtige verricht namelijk activiteiten in zowel Nederland als in de andere lidstaat. Door de constatering dat er sprake is van grensoverschrijdend verkeer moet vervolgens worden onderzocht of er sprake is van een belemmering. Om na te kunnen gaan of er sprake is van een belemmering moet worden onderzocht of de grensoverschrijdende situatie nadeliger wordt behandeld dan een zuiver binnenlandse situatie die objectief vergelijkbaar is. Ik ben van mening dat een binnenlandse belastingplichtige met een in andere lidstaat gevestigde vaste inrichting zich in een objectief vergelijkbare situatie bevindt als een binnenlandse belastingplichtige die een vaste inrichting heeft in Nederland. In beide situaties heeft de vaste inrichting dezelfde invloed op de diverse toetsen die artikel 20a VPB kent. Omdat beide situaties op gelijke wijze worden behandeld is er geen sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging. Omdat er geen belemmering bestaat is het ook niet mogelijk dat er sprake is van een belemmering die in strijd is met EU-recht.

²⁰⁷ De toetsen waarop wordt bedoeld zijn alle toetsen uit artikel 20a VPB die plaatsvinden op het niveau van de belastingplichtige. Namelijk: de beleggingstoets en de inkrimpingstoets uit artikel 20a lid 4 VPB, de beleggingstoets uit artikel 20a lid 6 VPB, de bepaling van de omvangrijkste werkzaamheid uit artikel 20a lid 7 VPB, de definitie voor beleggen uit artikel 20a lid 8 VPB, de inkrimpingstoets en de beleggingstoets uit artikel 20a lid 9 VPB.

²⁰⁸ Ibid.

Situatie 2: De buitenlandse belastingplichtige verricht ook in een andere lidstaat activiteiten

De buitenlandse belastingplicht voor de vennootschapsbelasting is ontstaan omdat de belastingplichtige een in Nederland gevestigde vaste inrichting heeft waarin een onderneming wordt gedreven terwijl het hoofdhuis in een andere lidstaat is gevestigd. Doordat het hoofdhuis en de vaste inrichting in verschillende lidstaten zijn gevestigd is er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Om na te kunnen gaan of deze grensoverschrijdende situatie wordt belemmerd moet deze situatie worden vergeleken met een binnenlandse situatie die objectief vergelijkbaar is. Uit verschillende jurisprudentie van het Hof van Justitie EG blijkt dat vanuit het vaste inrichtingsland gezien een vaste inrichting zich een objectief vergelijkbare situatie als een vennootschap kan bevinden.²⁰⁹ Ik ben echter van mening dat dit in deze situatie niet het geval is.²¹⁰ Er bestaat namelijk nog geen jurisprudentie van het Hof van Justitie EG waaruit blijkt dat het hanteren van toetsen op het niveau van het belastingplichtige lichaam in strijd is met Europees recht. Ik ben van mening dat de grensoverschrijdende situatie moet worden vergeleken met een in Nederland gevestigde vaste inrichting wiens hoofdhuis eveneens in Nederland is gevestigd. Beide situaties worden door de verschillende toetsen uit de verliesverrekeningsbeperking van artikel 20a VPB op dezelfde manier behandeld. In beide gevallen wordt er namelijk getoetst op het niveau van de belastingplichtige. Omdat de behandeling van beide situaties gelijk is, is er geen sprake van een belemmering. Er is daarom ook geen sprake van strijd met EU-recht.

4.3 Verliesverrekening binnen een lichaam

Als een belastingplichtige grensoverschrijdend wil ondernemen kan hij er dit op twee manieren doen. Ten eerste kan hij er voor kiezen om een in de ander lidstaat een lichaam op te richten die zich bezighoudt met de activiteiten in die lidstaat. Ten tweede kan hij er voor kiezen om geen ander lichaam op te richten maar zelf de activiteiten in de ander lidstaat te ontplooiën via een in die andere lidstaat gevestigde vaste inrichting. In de tweede situatie is er sprake van slechts één lichaam waardoor het verrekenen van verliezen binnen dit lichaam interessant wordt. De behandeling van resultaten die de in de andere lidstaat gevestigde vaste inrichting van de binnenlandse belastingplichtige boekt is opgenomen in artikel 15e VPB. Artikel 15e VPB vormt een quasi-objectvrijstelling. Dit artikel bewerkstelligt dat slechts het verschil tussen de bijdragewinst en de aftrekwinst wordt meegenomen in de bepaling van de belastinggrondslag van de binnenlandse belastingplichtige. Omdat de bijdragewinst en de aftrekwinst in veel gevallen gelijk zijn heeft de in de andere lidstaat gevestigde vaste inrichting in deze gevallen geen invloed op de belastinggrondslag van de binnenlandse belastingplichtige. Als de binnenlandse belastingplichtige er voor kiest om de activiteiten van de in de ander lidstaat gevestigde vaste inrichting te staken dan is artikel 15i VPB van toepassing in plaats van de quasi-objectvrijstelling uit artikel 15e VPB. In artikel 15i VPB wordt een inbreuk gemaakt op artikel 15e VPB zodat het voor de binnenlandse belastingplichtige mogelijk is om rekening te houden met een stakingsverlies.

4.3.1 De visie van de Europese Unie op artikel 15e VPB en artikel 15i VPB

Ten aanzien van de quasi-objectvrijstelling uit artikel 15e VPB en de inbreuk die artikel 15i VPB hierop maakt bestaat een visie van de Europese Unie. Ten aanzien van beide artikelen is het dus mogelijk om te toetsen aan deze visie. Hieronder wordt als eerste uitgelegd wat de visie van de Europese Unie ten aanzien van de quasi-objectvrijstelling van artikel 15e VPB is waarna er volgens wordt aangegeven wat de visie van de Europese Unie is ten aanzien van artikel 15i VPB.

De visie van de Europese Unie op artikel 15e VPB

²⁰⁹ Hof van Justitie EG, Avoir Fiscal, C-270/83, 28 januari 1986, en, Hof van Justitie EG, Royal Bank of Scotland, C-311/97, 24 april 1999, en, Hof van Justitie EG, Saint-Gobain, BNB 2000/75, 21 september 1999, en, Hof van Justitie EG, CLT-UFA, C-253/03, 23 februari 2006.

²¹⁰ Zie voor een andere mening: D.R. Post, "De verhouding tussen artikel 20a VPB en het Europees recht," MBB 2011/11.

De visie van de Europese Unie ten aanzien van artikel 15e VPB kan worden afgeleid door te kijken naar die visie van het Hof van Justitie EG, afgeleid uit verschillende arresten. In de arresten Lidl Belgium,²¹¹ Deutsche Shell²¹² en KR Wannsee²¹³ heeft het Hof van Justitie EG zich namelijk uitgelaten over behandeling van resultaten die verband houden met een in andere lidstaat gelegen vaste inrichting. De eerste twee arresten zijn hierbij relevant om te bekijken hoe het Hof van Justitie EG aankijkt tegen de quasi-objectvrijstelling uit artikel 15e VPB.

In het arrest Lidl Belgium gaf het Hof van Justitie EG aan dat het hanteren van een objectvrijstelling ten aanzien van de in de andere lidstaat gevestigde vaste inrichtingen in beginsel niet in strijd is met EU-recht. Uit de mening van het Hof van Justitie EG uit het Lidl Belgium arrest blijkt dat artikel 15e VPB hiermee in overeenstemming is. Artikel 15e VPB werkt namelijk in veel gevallen hetzelfde uit als een objectvrijstelling.

Uit het arrest Deutsche Shell blijkt echter dat het Hof van Justitie EG van mening is dat de lidstaat waarin het hoofdhuis is gevestigd toch rekening moet houden met bepaalde verliezen ondanks het feit dat het Hof van Justitie EG in het Lidl Belgium arrest heeft geoordeeld dat het hanteren van een objectvrijstelling ten aanzien van in andere lidstaten gevestigde vaste inrichtingen in beginsel niet in strijd is met EU-recht. Het verlies waarmee de lidstaat waarin het hoofdhuis is gevestigd rekening moet houden is het wisselkoersverlies dat op de vaste inrichting wordt geleden. Dit verlies kan naar zijn aard slechts in één lidstaat zichtbaar zijn waardoor deze lidstaat ook rekening moet houden met dit wisselkoersverlies ondanks het feit dat een objectvrijstelling werd gehanteerd. Doordat artikel 15e VPB uitwerkt als een quasi-objectvrijstelling wordt er in Nederland rekening gehouden met een eventueel wisselkoersresultaat dat verband houdt met de in de andere lidstaat gevestigde vaste inrichting. Omdat er in Nederland rekening wordt gehouden met de wisselkoersresultaten die verband houden met de in de andere lidstaat gevestigde vaste inrichting is de werking van de quasi-objectvrijstelling uit artikel 15e VPB in overeenstemming met de visie van het Hof van Justitie EG die blijkt uit het arrest Deutsche Shell.

Ik ben gezien het bovenstaande van mening dat de quasi-objectvrijstelling uit artikel 15e VPB niet in strijd is met de visie van het Hof van Justitie EG zoals die blijkt uit de arresten Lidl Belgium en Deutsche Shell.

De visie van de Europese Unie op artikel 15i VPB

Ook de visie van de Europese Unie op artikel 15i VPB wordt gevormd door de visie van het Hof van Justitie EG die kan worden afgeleid uit een tweetal arresten namelijk de arresten Lidl Belgium en Marks & Spencer II.

In het Lidl Belgium arrest werd door het Hof van Justitie EG geoordeeld dat het hanteren van een objectvrijstelling ten aanzien van de in de andere lidstaat behaalde resultaten door een in die andere lidstaat gevestigde vaste inrichting in beginsel niet in strijd is met EU-recht. Daarnaast gaf het Hof van Justitie EG in dit arrest aan dat in die zaak onvoldoende aannemelijk werd gemaakt dat er sprake was de uitzonderingssituatie uit het Marks & Spencer II arrest.²¹⁴ Als de Marks & Spencer uitzondering wel voldoende aannemelijk werd zou dit er toe leiden dat een vaste inrichtingsverlies als nog aftrekbaar zou worden bij het hoofdhuis ondanks het feit dat er voor het hanteren van een objectvrijstelling een rechtvaardigheidsgrond bestond. Als er werd voldaan aan de Marks & Spencer II uitzondering zou de regeling namelijk disproportioneel uitpakken. Uit het Lidl Belgium arrest kan worden afgeleid dat het Hof van Justitie EG van mening is dat de Marks & Spencer II uitzondering niet alleen geldt voor de definitief geworden verliezen van in een ander lidstaat gevestigde

²¹¹ Hof van Justitie EG, Lidl Belgium, 15 mei 2008, C-414/06, BNB 2009/85.

²¹² Hof van Justitie EG, Deutsche Shell, 28 februari 2008, BNB 2009/84.

²¹³ Hof van Justitie EG, KR Wannsee, 23 oktober 2008, BNB 2009/86.

²¹⁴ Hof van Justitie EG, Lidl Belgium, 15 mei 2008, C-414/06, BNB 2009/85, r.o. 51.

dochtervennootschappen maar ook voor de definitief geworden verliezen van in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichtingen. De reikwijdte van de Marks & Spencer II uitzondering wordt in dit arrest dus opgerekt. Het Hof van Justitie is in het Lidl Belgium arrest van mening dat lidstaten de mogelijkheid moeten bieden dat definitief geworden vaste inrichtingsverliezen door het hoofdhuis in aanmerking worden genomen.

Uit het Marks & Spencer II arrest blijkt dat het Hof van Justitie EG van mening is dat grensoverschrijdende verliesverrekening slechts in uitzonderlijke situaties plaats moet vinden. De uitzonderlijke situaties waarin grensoverschrijdende verliesverrekening moet worden toegestaan heeft hij als volgt geformuleerd:

“- de niet-ingezetene 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.”²¹⁵

Uit het Lidl Belgium arrest blijkt dat het Hof van Justitie van mening is dat de Marks & Spencer II uitzondering niet alleen op definitief geworden verliezen van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap maar ook ziet op definitief geworden verliezen van een in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting.

Artikel 15i VPB maakt mogelijk dat een belastingplichtige rekening houdt met het definitief geworden vaste inrichtingsverliezen. Ik ben dan ook van mening dat artikel 15i VPB op dit punt niet in strijd is met de Europese visie op verliesverrekening. Daarnaast ben ik van mening dat de bijtelling uit artikel 15i lid 5 VPB niet strookt met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening binnen een lichaam. Er is in Europa namelijk nog nooit aangegeven dat de Europese Unie er voorstander van zijn dat een eerder in aftrek gebracht stakingsverlies kan worden teruggenomen. Ik vind dat een bijtelling alleen mag plaatsvinden als de bijtelling is vormgegeven als een specifieke anti-misbruikmaatregel die niet in strijd is met EU-recht.

4.3.2 Toetsing van artikel 15e VPB en artikel 15i VPB aan EU-recht

De behandeling van de resultaten van in andere lidstaat gevestigde vaste inrichting van de binnenlandse belastingplichtige is geregeld in artikel 15e VPB en artikel 15i VPB. Ten aanzien van beide artikelen kan een drietal punten worden getoetst aan EU-recht namelijk:

1. Is het verschil in behandeling tussen een in Nederland gevestigde vaste inrichting en een in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting in strijd met EU-recht.
2. Is het in strijd met EU-recht dat artikel 15e VPB en artikel 15i VPB uitsluitend openstaan voor binnenlandse belastingplichtigen.
3. Is bijtelling uit artikel 15i lid 5 VPB die ervoor zorgt dat het eerdere in aftrek gebrachte stakingsverlies ongedaan wordt gemaakt in strijd met EU-recht?

Situatie 1: Verschil in behandeling binnenlandse – en grensoverschrijdende vaste inrichting
Als een binnenlandse belastingplichtige er voor kiest om haar vaste inrichting niet in Nederland maar in een andere lidstaat te vestigen dan is er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Vervolgens moet er worden getoetst of deze grensoverschrijdende situatie nadeliger wordt behandeld dan een binnenlandse situatie die objectief gezien vergelijkbaar is. Er moet dus worden vergeleken of een binnenlandse belastingplichtige met een vaste inrichting in een andere lidstaat nadeliger wordt behandeld dan een binnenlandse belastingplichtige die in Nederland een vaste inrichting heeft.

²¹⁵ Hof van Justitie EG, Marks & Spencer II, 13 december 2005, C-446/03, BNB 2006/72, r.o. 55.

De binnenlandse belastingplichtige met een vaste inrichting in een andere lidstaat wordt anders behandeld dan een binnenlandse belastingplichtige wiens vaste inrichting in Nederland is gevestigd. De resultaten van de in Nederland gevestigde vaste inrichting worden namelijk volledig meegenomen bij de bepaling van de belastbare winst van de binnenlandse belastingplichtige terwijl op de resultaten van de in de andere lidstaat gevestigde vaste inrichting artikel 15e VPB en artikel 15i VPB van toepassing is. Dit verschil in behandeling kan er toe leiden dat de grensoverschrijdende situatie nadeliger wordt behandeld dan de binnenlandse situatie. Er dus sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging. Deze beperking van het de vrijheid van vestiging kan worden gerechtvaardigd met een beroep op het fiscale territorialiteitsbeginsel.²¹⁶ Omdat er een rechtvaardigingsgrond bestaat voor het verschil in behandeling wordt vervolgens getoetst of het verschil in behandeling proportioneel is. Omdat er bij de behandeling van de in de andere lidstaat behaalde vaste inrichtingsresultaten rekening wordt gehouden met de uitkomsten van het Deutsche Shell arrest en het Lidl Belgium arrest ben ik van mening dat deze behandeling proportioneel is. Bij de behandeling voor de vennootschapsbelasting wordt er immers rekening gehouden met een eventueel wisselkoersresultaat en een stakingsverlies als de in de andere lidstaat gevestigde vaste inrichting wordt gestaakt. De hier getoetste situatie is dus niet in strijd met EU-recht.

Situatie 2: Verschil in behandeling binnenlandse – en buitenlandse belastingplichtigen

De vennootschapsbelastingregels die zicht richten op de buitenlandse ondernemingswinsten die worden behaald met een in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting staan uitsluitend open voor binnenlandse belastingplichten. Een buitenlandse belastingplichtige kan dus geen gebruik maken van zowel de quasi-objectvrijstelling uit artikel 15e VPB als de stakingsverliesregeling uit artikel 15i VPB. Een buitenlandse belastingplichtige is bijvoorbeeld belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting voor zijn in Nederland gedreven vaste inrichting. Het is echter mogelijk dat aan deze in Nederland gedreven vaste inrichting resultaten worden toegerekend die in een andere lidstaat dan Nederland zijn behaald.²¹⁷ Ook ten aanzien van deze inkomsten bestaat er belastingplicht in Nederland omdat deze inkomsten tot het Nederlandse inkomen wordt gerekend. Omdat de buitenlandse belastingplichtige zowel activiteiten in Nederland als in een andere lidstaat ontplooit, is er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Omdat de buitenlandse belastingplichtige die ook Nederlands inkomen geniet uit in een andere lidstaat ontplooiende activiteiten geen gebruik kan maken van zowel artikel 15e VPB en artikel 15i VPB is er sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging. Deze beperking van de vrijheid van vestiging kan in mijn ogen niet worden gerechtvaardigd. Ik vind het feit dat zowel artikel 15e VPB als artikel 15i VPB niet openstaat voor buitenlandse belastingen in strijd is met EU-recht.²¹⁸

Situatie 3: De bijtelling uit artikel 15i lid 5 VPB in strijd met EU-recht

Als een binnenlandse belastingplichtige er voor kiest om te investeren in een vaste inrichting die in een andere lidstaat is gelegen dan is er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Om na te kunnen gaan of de bijtelling uit artikel 15i lid 5 VPB een belemmering van de vrijheid van vestiging is moet worden nagegaan of de grensoverschrijdende situatie nadeliger wordt behandeld dan een binnenlandse situatie. Als een binnenlandse belastingplichtige er voor kiest om binnen drie jaar na de staking van haar in Nederland gevestigde vaste inrichting er voor kiest om opnieuw een vaste inrichting te vestigen in Nederland dan wordt zij niet geconfronteerd met een bijtelling van het eerder in aftrek gebrachte stakingsverlies dat verband houdt met de eerder gestaakte vaste

²¹⁶ Hof van Justitie EG, Lidl Belgium, 15 mei 2008, BNB 2009/85.

²¹⁷ Hier wordt geen onder-vaste inrichting bedoeld maar bijvoorbeeld vrijgesteld passief inkomen, onroerende zaken en rechten op aandelen in de winst. Zie: H. Pijl, Non-discriminatie: objectvrijstelling voor buitenlands belastingplichtigen, WFR 1012/60.

²¹⁸ Zie in gelijke zin: H. Pijl, Non-discriminatie: objectvrijstelling voor buitenlands belastingplichtigen, WFR 2012/60.

inrichting. Een binnenlandse belastingplichtige die binnen drie jaar na de staking van de in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting er voor kiest om opnieuw middels een vaste inrichting in die andere lidstaat te gaan ondernemen wordt echter geconfronteerd met een bijtelling van het eerder in aftrek gebrachte stakingsverlies op grond van artikel 15i lid 5 VPB.

Deze bijtelling valt door de werking van artikel 15i lid 6 VPB niet onder de reikwijdte van de quasi-objectvrijstelling. Deze bijtelling zorgt er voor dat het voor de binnenlandse belastingplichtige minder aantrekkelijk wordt om binnen drie jaar na het stakingsmoment opnieuw via een vaste inrichting te gaan ondernemen in dezelfde andere lidstaat. Er is dan ook sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging. Ik vermoed dat de Nederlandse overheid deze beperking van de vrijheid van vestiging wil rechtvaardigen omdat zij van mening is dat de bijtelling uit artikel 15i lid 5 VPB een specifieke anti-misbruikregel is.

Deze bijtelling moet voorkomen dat er bij het herstarten of opnieuw starten van een vaste inrichting in dezelfde andere lidstaat er dubbele verliesverrekening optreedt. Op deze wijze wil de Nederlandse overheid voorkomen dat er in Nederland rekening is gehouden met een stakingsverlies terwijl dit verlies in de toekomst toch nog kon worden verrekend in het vaste inrichtingsland. De rechtvaardigingsgrond, dat de bijtelling uit artikel 15i lid 5 VPB een antimisbruikmaatregel vormt, moet worden geaccepteerd.

Ik ben echter van mening dat de bijtelling uit artikel 15i lid 5 VPB niet zal slagen voor de proportionaliteitstoets. Deze maatregel gaat namelijk verder dan nodig is. De bijtelling vindt namelijk ook plaats als er geen sprake is van misbruik omdat het verlies van de gestaakte vaste inrichting niet alsnog kan worden verrekend door de nieuwe vaste inrichting in dezelfde lidstaat. Er bestaat dan geen dubbele verlies verrekening en dus ook geen misbruik. De bijtelling, zoals die nu is vormgegeven in artikel 15i lid 5 VPB, is daarom in strijd met EU-recht.

4.4 Verliesverrekening tussen lichamen

Het verrekenen van verliezen tussen lichamen in de vennootschapsbelasting is slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk. Deze gevallen kunnen worden onderverdeeld in twee groepen, namelijk:

- Deelnemingsituaties, en
- Het fiscale eenheidsregime.

De mogelijkheden waarop verliezen tussen lichamen kunnen worden verrekend binnen beide groepen zijn hieronder kort toegelicht.

Deelnemingsituaties

In deelnemingsituaties is het niet gebruikelijk dat de belastingplichtige rekening houdt met een door de deelneming geleden verlies. Het verrekenen van verliezen tussen lichamen binnen de vennootschapsbelasting die zich in deelnemingsrelaties bevinden kan namelijk slechts bij hoge uitzondering plaatsvinden. Deze uitzondering is getroffen in één artikel namelijk artikel 13d VPB.²¹⁹ In dit artikel is geregeld dat wanneer er een deelneming wordt geliquideerd dit niet valt onder de deelnemingsvrijstelling uit artikel 13 VPB. De belastingplichtige neemt, zodra de liquidatie en vereffening van de deelneming is voltooid, een liquidatieverlies in aanmerking dat is bepaald op basis van artikel 13d VPB.

Fiscale eenheidsregime

De regels voor het fiscale eenheidsregime zijn opgenomen in artikel 15 VPB t/m artikel 15aj VPB. Indien er aan de wettelijke vereisten is voldaan kan op verzoek een fiscale eenheid worden gevormd

²¹⁹ In het kader van de eenvoud wordt aangenomen dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op alle deelnemingsrelaties.

waardoor er vennootschapsbelasting van deze lichamen wordt geheven als of zij één belastingplichtige vormen. Dit heeft als gevolg dat horizontale verliesverrekening tussen de verschillende groepsmaatschappijen mogelijk is. Daarnaast zijn er in het fiscale eenheidsregime regels getroffen voor het voorwaarts – en achterwaarts verrekenen van verliezen over het voegingstijdstip heen door de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij(en).

4.4.1 De visie van de Europese Unie op verliesverrekening tussen lichamen

Ten aanzien van het deelonderwerp verliesverrekening tussen lichamen bestaat een visie van de Europese Unie. Deze visie wordt gevormd door de visie van het Hof van Justitie EG die blijkt uit een viertal arresten. Hieronder wordt aangegeven in hoeverre het fiscale eenheidsregime en de liquidatieverliesregeling uit artikel 13d VPB in overeenstemming zijn met de visie van de Europese Unie.

Het Hof van Justitie EG heeft in het Marks & Spencer II arrest besloten dat een moedervernootschap in beginsel geen rekening hoeft te houden met de in de andere lidstaat geleden verliezen van haar dochtervernootschap. Slechts in zeer uitzonderlijke situaties moet alsnog rekening worden gehouden rekening worden gehouden met het grensoverschrijdende verlies. De uitzonderingssituaties waarin grensoverschrijdende verliesverrekening toch mogelijk is, is in dit arrest als volgt geformuleerd:

“- de niet-ingezeten dochtervernootschap 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 dochtervernootschap in vroegere belastingjaren, en
- er geen mogelijkheid bestaat dat het verlies van de buitenlandse dochtervernootschap in toekomstige belastingjaren in de vestigingsstaat wordt verrekend, hetzij door de dochtervernootschap zelf, hetzij door een derde, met name ingeval de dochtervernootschap aan een derde is verkocht.”²²⁰

De liquidatieverliesregeling die in artikel 13d VPB is opgenomen beoogt de mogelijkheid van grensoverschrijdende verliesverrekening te bieden voor het liquidatieverlies op deelneming voor het geval dat de in het buitenland gevestigde deelneming is geliquideerd en vereffend. In beginsel biedt artikel 13d VPB de grensoverschrijdende verliesverrekeningsmogelijkheid voor definitief geworden verliezen op deelneming. Het feit dat Nederland een liquidatieverliesregeling als artikel 13d VPB kent is niet in strijd maar juist in overeenstemming met de Europese visie die blijkt uit het Marks & Spencer II arrest.

Ik betwijfel echter of de vormgeving van artikel 13d VPB volledig in overeenstemming is met het Marks & Spencer II arrest. Ik ben namelijk van mening dat het moment waarop het liquidatieverlies kan worden genomen volgens artikel 13d VPB later is dan het moment waarop de verliezen volgens de uitzonderingssituatie van Marks & Spencer II definitief zijn geworden. Of dit ook in strijd is met EU-recht zal verderop in deze masterscriptie worden getoetst.

In het Papillon arrest heeft het Hof van Justitie EG aangegeven dat een in Frankrijk gevestigde moedervernootschap en de in Frankrijk gevestigde kleindochtervernootschap samen een fiscale integratieregeling moet kunnen toepassen. Het weigeren van de fiscale integratieregeling wordt door het Hof van Justitie namelijk alleen rechtvaardig geacht als er sprake is van een inbreuk op de samenhang van het belastingstelsel door dubbele verliesverrekening. Er moet daarom de mogelijkheid aan de belastingplichtige de bewijsmogelijk worden geboden om duidelijk te maken dat er geen sprake is van dubbele verliesverrekening zodat de fiscale integratieregeling in kan worden toegepast. De Franse fiscale integratieregeling is vergelijkbaar met het Nederlandse fiscale

²²⁰ Hof van Justitie EG, Marks & Spencer II, 13 december 2005, C-446/03, BNB 2006/72, r.o. 55.

eenheidsregime. Volgens de visie van de Europese Unie moet een fiscale eenheid tussen een moedervennootschap en haar kleindochtervennootschap dan ook mogelijk zijn mits de belastingplichtigen bewijzen dat er van dubbele verliesverrekening geen sprake is. Deze mogelijkheid bestaat niet binnen het fiscale eenheidsregime. Het vormen van een fiscale eenheid tussen de in Nederland gevestigde moedervennootschap en kleindochtervennootschap terwijl de dochtervennootschap in een andere lidstaat is gevestigd is niet mogelijk. Op dit punt is het fiscale eenheidsregime dus in strijd met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening tussen lichamen.

Het arrest X Holding gaf duidelijkheid of Nederland een grensoverschrijdende fiscale eenheid moet toestaan. Uit dit arrest blijkt dat het weigeren van een grensoverschrijdende fiscale eenheid kan worden gezien als een beperking van de vrijheid van vestiging. Deze beperking van de vrijheid van vestiging kan echter worden gerechtvaardigd met een beroep op het fiscale territorialiteitsbeginsel waardoor er geen sprake was van strijd met EU-recht. Volgens de visie van de Europese Unie hoeft Nederland het grensoverschrijdend vormen van een fiscale eenheid dus niet toe te staan. Op dit punt is het fiscale eenheidsregime niet in strijd met de Europese visie op verliesverrekening tussen lichamen.

In het arrest Philips electronics ging het over de toepasbaarheid van de Britse 'group relief regeling' tussen de in het Verenigd Koninkrijk gelegen moedervennootschap en een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vaste inrichting die toebehoort aan een dochtervennootschap. De Britse 'group relief' regeling mocht in deze situatie uitsluitend worden toegepast indien er aan het aanvullende vereiste werd voldaan. Dit aanvullende vereiste hield in dat het vaste inrichtingsverlies van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vaste inrichting niet in aanmerking mocht worden genomen bij de bepaling van de verschuldigde vennootschapsbelasting van de in Nederland gevestigde vennootschap. Dit vereiste vormde een beperking van de vrijheid van vestiging die niet kon worden gerechtvaardigd met de in deze zaak aangedragen rechtvaardigingsargumenten. Het Hof van Justitie EG vond dit vereiste dan ook in strijd met EU-recht. Volgens het Nederlandse fiscale eenheidsregime is het echter wel mogelijk dat een fiscale eenheid wordt gevormd ten aanzien van de moedervennootschap en de vaste inrichting van de dochtervennootschap die beiden in Nederland zijn gevestigd. Er wordt voor het vormen van deze fiscale eenheid gelden geen aanvullende eisen gesteld over het verrekenen van het door de vaste inrichting geleden verlies. Het maakt voor de toepassing van het Nederlandse fiscale eenheidsregime dus niet uit of de in het buitenland gevestigde dochtervennootschap ook rekening houdt met het door de vaste inrichting geleden verlies. Op dit punt vertoont het fiscale eenheidsregime dan ook geen strijdigheid met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening tussen lichamen.

4.4.2 Toetsing van verliesverrekening tussen lichamen aan EU-recht

Voor het verrekenen van verliezen tussen lichamen in de vennootschapsbelasting zijn twee groepen te onderscheiden namelijk de deelnemingssituaties en het fiscale eenheidsregime. Beide groepen waarbij verliesverrekening tussen lichamen een rol speelt zullen aan EU-recht worden getoetst.

Deelnemingssituaties

Het verrekenen van verliezen tussen lichamen is in deelnemingssituaties niet gebruikelijk. Het verrekenen van verliezen tussen lichamen komt daarom uitsluitend voor indien de liquidatieverliesregeling uit artikel 13d VPB van toepassing is. Artikel 13d VPB staat zowel open voor binnenlandse belastingplichtigen als voor buitenlandse belastingplichtige waardoor kan worden gedacht dat artikel 13d VPB niet in strijd is met EU-recht. Toch bevat dit artikel een aantal elementen, dat getoetst kan worden aan EU-recht namelijk:

1. Of het in strijd is met EU-recht dat er door de werking van artikel 13d VPB minder verlies wordt verrekend dan er verdampt als gevolg van het liquideren van de deelneming die in een andere lidstaat is gevestigd.

2. Of het in strijd is met EU-recht dat het moment waarop het liquidatieverlies door de werking van artikel 13d VPB in aanmerking wordt genomen later ligt dan het moment waarop in de deelnemingslidstaat de verliezen van de deelneming definitief worden.

Situatie 1: Het liquidatieverlies uit artikel 13d VPB is kleiner dan het verlies dat verdampt
Als een vennootschapsbelastingplichtige een deelneming heeft in een andere lidstaat dan is er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Als deze deelneming sterk verlieslijdend is en wordt geliquideerd en vereffend dan is het verrekenen van de verliezen van de deelneming in de deelnemingslidstaat niet langer mogelijk. De verliezen van de deelneming die in de andere lidstaat was gevestigd verdampen. Als de bepaling van het liquidatieverlies op basis van artikel 13d VPB lager uitpakt dan de omvang van het verlies van de deelneming dat verdampt dan kan een belastingplichtige zich benadeeld voelen. Om na te kunnen gaan of er ook sprake is van de beperking van de vrijheid van vestiging moet worden getoetst of deze grensoverschrijdende situatie nadeliger wordt behandeld dan een binnenlandse situatie die objectief gezien vergelijkbaar is. De grensoverschrijdende situatie moet daarom worden vergeleken met die van een binnenlandse belastingplichtige wiens in Nederland gevestigde deelneming wordt geliquideerd en vereffend. In beide gevallen wordt het liquidatieverlies op dezelfde wijze bepaald op basis van artikel 13d VPB. Omdat het liquidatieverlies op extracomptabele wijze wordt vastgesteld is het voor de werking van artikel 13d VPB irrelevant of de deelneming is gevestigd in Nederland of in een andere lidstaat. De grensoverschrijdende situatie wordt dan ook niet nadeliger behandeld dan de objectief vergelijkbare binnenlandse situatie. Er is dan ook geen sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging waardoor er ook geen sprake is van strijd met EU-recht.

Situatie 2: Het verdampingsmoment is eerder dan het moment waarop het liquidatieverlies volgens artikel 13d VPB mag worden genomen

Wanneer een binnenlandse belastingplichtige over een deelneming bezit die in een andere lidstaat is gevestigd dan is er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Wanneer deze deelneming over nog niet verrekende verliezen beschikt en wordt geliquideerd dan wil de belastingplichtige rekening houden met het verlies van de deelneming dat als gevolg van de liquidatie dreigt te verdampen. Uit het Marks & Spencer II arrest blijkt dat grensoverschrijdende verliesverrekening in beginsel niet hoeft te worden geaccepteerd. Uit dit zelfde arrest blijkt echter dat er uitzonderingssituaties denkbaar zijn waarin grensoverschrijdende verliesverrekening wel moet worden toegestaan. Deze uitzonderingssituaties heeft het Hof van Justitie EG als volgt geformuleerd in rechtsoverweging 55 van het Marks & Spencer II arrest:

*“- 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.”*

Hieruit blijkt, in mijn ogen, dat er rekening moet worden gehouden met een grensoverschrijdend verlies zodra de verliezen in de vestigingsstaat van de niet-ingezeten dochtervennootschap definitief onverrekenbaar zijn geworden. Ik ben van mening dat op het moment dat het liquidatiebesluit wordt genomen de verliezen van de niet-ingezeten dochtervennootschap in die staat definitief onverrekenbaar worden. Dit moment kan beduidend eerder liggen dan het moment dat in artikel 13d lid 9 VPB wordt gehanteerd. Volgens artikel 13d lid 9 VPB kan het liquidatieverlies door de belastingplichtige pas in aanmerking worden genomen als de deelneming volledig is vereffend. Het vereffenen van een lichaam kan jaren in beslag nemen waardoor het tijdstip waarop het liquidatieverlies wordt genomen later ligt dan het moment waarop de in de deelneming aanwezige

verliezen definitief onverrekenbaar zijn geworden in de lidstaat waarin de deelneming was gevestigd. Er is dus sprake van een timingsnadeel voor de belastingplichtige. Dit nadeel is niet in overeenstemming met de uitzonderingssituatie uit het arrest Marks & Spencer II. Ik ben dan ook van mening dat dit timingsnadeel in strijd is met de uitzonderingssituatie uit het arrest Marks & Spencer II en daarom dus ook in strijd is met EU-recht.

Fiscale eenheidsregime

Eén van de belangrijkste voordelen van het vormen van een fiscale eenheid is dat horizontale verliesverrekening tussen de verschillende maatschappijen mogelijk wordt. Als het vormen van een fiscale eenheid wordt geweigerd heeft dit negatieve gevolgen voor de verliesverrekeningsmogelijkheden van de verschillende lichamen. Vooralsnog worden twee hoofdvormen van een fiscale eenheid structureel geweigerd waarvan ik betwijfel of dit in overeenstemming is met EU-recht. De twee hoofdvormen van een fiscale eenheid die worden geweigerd zijn:

1. De Papillon fiscale eenheid.
2. De fiscale eenheid tussen zustervennootschappen.

Situatie 1: Papillon fiscale eenheid

Als een in Nederland gevestigde moedervernootschap samen met haar in Nederland gevestigde kleindochter vennootschap samen een fiscale eenheid wil vormen terwijl de dochtervennootschap in een andere lidstaat is gevestigd dan wordt dit fiscale eenheidsverzoek geweigerd. Deze weigering heeft inmiddels tot verschillende rechtbankuitspraken geleid.²²¹ Ik ben van mening dat deze weigering vergelijkbaar is met de weigering uit het Papillon arrest en dit een beperking van de vrijheid van vestiging vormt. Uit het Papillon arrest blijkt dat een dergelijke belemmering kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de samenhang van het belastingstelsel. Omdat de Franse integratie regeling en het Nederlandse fiscale eenheidsregime vergelijkbaar zijn met elkaar, vind ik dat ook nu een beroep op de samenhang van het belastingstelsel als rechtvaardigingsgrond voor deze belemmering kan dienen. Het weigeren van het vormen van een fiscale eenheid met een in Nederland gevestigde moedervernootschap en een in Nederland gevestigde kleindochtervennootschap is echter niet proportioneel.

Degenen die een fiscale eenheid willen vormen bevinden zich namelijk in Nederland waardoor het fiscale territorialiteitsbeginsel gewaarborgd blijft ondanks dat er een fiscale eenheid wordt gevormd tussen de moedervernootschap en de kleindochtervennootschap. Daarnaast vormt het gevaar van dubbele verliesverrekening in mijn ogen geen reden om deze fiscale eenheid te weigeren. Volgens de vennootschapsbelasting wordt het vormen van een fiscale eenheid met een vaste inrichting van een buitenlandse belastingplichtige en een zijn in Nederland gevestigde dochtervennootschap wel toegestaan als de aandelen van de dochtervennootschap toerekenbaar zijn aan de in Nederland gelegen vaste inrichting. Het vormen van een vaste inrichting tussen deze vaste inrichting en dochtervennootschap leidt er toe dat een vaste inrichtingsverlies door de fiscale eenheid kan worden verrekend. Het verlies van deze vaste inrichting kan eventueel ook worden verrekend door het in de andere lidstaat gevestigde hoofdhuis. In deze situatie bestaat er een risico van dubbele verliesverrekening die wordt geaccepteerd. Ik ben van mening dat in Nederland een Papillon-fiscale eenheid moet worden geaccepteerd. In tegenstelling tot het Papillon arrest ben ik van mening dat Nederland de strijdigheid met EU-recht niet kan wegnemen door de belastingplichtige een bewijsmogelijkheid te bieden waarmee kan worden bewezen dat er in die situatie geen sprake is van dubbele verliesverrekening. Het categorisch weigeren van een Papillon-fiscale eenheid acht ik dan ook in strijd met EU-recht.

²²¹ Rechtbank Haarlem, zaaknr. 10/2288, 9 juni 2011, Rechtbank Haarlem, zaaknr. 10/3865, 14 september 2011, en, Rechtbank 's-Gravenhage, zaaknr. AWB 11/1084 VPB, 30 december 2011.

Situatie 2: Fiscale eenheid tussen zustervennootschappen

Omdat Nederland de vorming van een fiscale eenheid tussen twee in Nederland gevestigde zustervennootschappen weigert, omdat de moedervernootschap in een andere lidstaat is gevestigd, heeft de Europese Commissie een infractieprocedure tegen Nederland opgestart.²²² De Europese Commissie is namelijk van mening dat deze weigering niet kan volgens het Papillon arrest en dat deze weigering daarom in strijd is met EU-recht. Doordat de moedervernootschap in een andere lidstaat is gevestigd dan de twee dochtervennootschappen die samen een fiscale eenheid willen vormen is er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Het liefst willen deze drie vennootschappen gezamenlijk een fiscale eenheid vormen. Omdat een fiscale eenheidverzoek van dit drietal niet zou zijn geweigerd als de moedervernootschap ook in Nederland zou zijn gevestigd leidt er toe dat er sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging.

Met een beroep op het fiscale territorialiteitsbeginsel kan in mijn ogen worden gerechtvaardigd dat de in de andere lidstaat gevestigde moedervernootschap geen deel uit mag maken van de fiscale eenheid. Het weigeren van een fiscale eenheid tussen de beide in Nederland gevestigde zustervennootschappen zal Nederland proberen te rechtvaardigen met een beroep op de samenhang van het belastingstelsel. Dit rechtvaardigingsargument werd door het Hof van Justitie EG namelijk geaccepteerd in het arrest Papillon. Omdat ik de Franse fiscale integratie regeling vergelijkbaar vind met het fiscale eenheidsregime ben ik van mening dat deze rechtvaardigingsgrond ook nu zal worden geaccepteerd. Het weigeren van het vormen van een fiscale eenheid tussen twee zustervennootschappen is echter niet proportioneel. Zij liggen namelijk binnen hetzelfde fiscale heffingsterritorium waardoor ik van mening ben dat een fiscale eenheid moet kunnen worden gevormd. Daarnaast ben ik van mening dat Nederland de bewijsmogelijkheid die in het Papillon arrest wordt gesuggereerd niet kan stellen. Uit het fiscale eenheidsregime blijkt dat eventuele dubbele verliesverrekening geen probleem wordt gevonden. Er worden immers geen aanvullende vereisten gesteld ten aanzien van verliesverrekening als de verlieslijdende activiteiten van de moedervernootschap van de fiscale eenheid worden geleden door de in Nederland gelegen vaste inrichting van een buitenlandse belastingplichtige. Of het in de ander lidstaat gevestigde hoofdhuis rekening kan houden met het door de vaste inrichting geleden verlies wordt blijkbaar irrelevant gevonden voor de beslissing of de fiscale eenheid kan worden gevormd. Het weigeren van een fiscale eenheid tussen twee in Nederland gevestigde dochtervennootschappen is dan ook in strijd met EU-recht.

4.5 Verliesverrekening bij herstructurering volgens de vennootschapsbelasting

In de Fusierichtlijn zijn regels opgenomen die beogen om de fiscale belemmeringen rond herstructureringsituaties weg te nemen. Deze regels zijn in de Nederlandse nationale wet verankerd in de aandelenfusiefaciliteit van artikel 3.55 IB, de bedrijfsfusiefaciliteit van artikel 14 VPB, de juridische fusiefaciliteit van artikel 14b VPB en de juridische splitsingsfaciliteit uit artikel 14a VPB. Deze faciliteiten zorgen ervoor dat wanneer er aan de voorwaarden is voldaan de herstructureringsituatie niet direct leidt tot een heffingsmoment maar dat de fiscale claim wordt doorgeschoven.

4.5.1 De visie van de Europese Unie op verliesverrekening bij herstructurering

De visie van de Europese Unie ten aanzien van verliesverrekening bij herstructureringsituatie wordt afgeleid uit de Fusierichtlijn. Uit de Fusierichtlijn blijkt dat men in Europa van mening is dat grensoverschrijdende communautaire herstructurering fiscaal gezien niet belemmerd moet worden. In de Fusierichtlijn zijn dan ook specifieke regels getroffen met betrekking tot verliesverrekening. Zo zijn er regels getroffen voor als een in het buitenland gevestigde vaste inrichting tot de inbreng behoort. Daarnaast is geregeld dat wanneer er sprake is van een grensoverschrijdende fusie tussen de vennootschappen X uit land A en de vennootschap Y uit land B waarbij de onderneming van X

²²² Europese Commissie, IP/11/719, VN 2011/31.19, 16 juni 2011.

overgaat naar Y dat land A zijn fiscale claim behoudt. De vroegere onderneming van X wordt namelijk een vaste inrichting van Y die in land A blijft zodat de fiscale claim kan worden doorgeschoven. Hiervan is ook sprake in de nationaalrechtelijke bepalingen in de vennootschapsbelasting. Deze vennootschapsbelastingregels zijn dan ook niet in strijd met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening. Er bestaat echter nog geen visie van de Europese Unie ten aanzien van verliesverrekening als er geen vaste inrichting achterblijft waaraan de fiscale claim kan worden doorgeschoven. Wel heeft de Advocaat-generaal in haar conclusie in de zaak A Oy aangegeven hoe er wat haar betreft moet worden omgegaan met deze situatie. Uit deze conclusie blijkt dat zij van mening is dat ondanks het feit dat er aan de Marks & Spencer uitzonderingssituatie is voldaan er geen sprake kan zijn van grensoverschrijdende verliesverrekening. Belastingplichtigen mogen volgens haar niet de keuzevrijheid bezitten te bepalen in welke lidstaat de verliesverrekening plaatsvindt.

4.5.2 Toetsing van de herstructureringsfaciliteiten aan EU-recht

Uit de verschillende herstructureringsfaciliteiten uit de vennootschapsbelasting blijkt dat het niet mogelijk is dat Nederland grensoverschrijdend rekening houdt met verliezen. De vraag is of het in strijd is met EU-recht dat Nederland geen grensoverschrijdende verliesverrekening toestaat bij grensoverschrijdende herstructurering. Hieronder wordt bij de volgende situatie getoetst of het weigeren van de grensoverschrijdende verliesverrekening in strijd is met EU-recht.

1. Bij een juridische fusie houdt Nederland geen rekening met de aanwezige verliezen van de in de andere lidstaat verdwijnende vennootschap als er in die ander lidstaat geen vaste inrichting achterblijft waaraan deze verliezen kunnen worden toegerekend.

Situatie 1: Er blijft geen vaste inrichting achter in de lidstaat van de verdwijnende vennootschap
Doordat een in Nederland gevestigde vennootschap juridisch wil fuseren met een vennootschap die in een andere lidstaat is gevestigd is er sprake van grensoverschrijdend verkeer. Als deze grensoverschrijdende juridische fusie wordt vergeleken met een juridische fusie die zich volledig in Nederland afspeelt kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een belemmering. In een binnenlandse situatie is het namelijk wel mogelijk om rekening te houden met de verliezen van de verdwijnende vennootschap terwijl dit niet mogelijk is als er sprake is van een grensoverschrijdende juridische fusie. Deze beperking van de vrijheid van vestiging kan worden gerechtvaardigd met een beroep op het fiscale territorialiteitsbeginsel. Bij een binnenlandse juridische fusie wordt er namelijk uitsluitend rekening gehouden met de compensabele verliezen die in Nederland aanwezig zijn. De Nederlandse behandeling is dan ook in overeenstemming met het fiscale territorialiteitsbeginsel. Het weigeren van de grensoverschrijdende verliesoverdracht kan dus worden gerechtvaardigd.

Vervolgens moet er worden getoetst of deze weigering ook proportioneel is. Als de uitzonderingssituatie van toepassing is dan pakt het weigeren van de grensoverschrijdende verliesoverdracht in die situaties disproportioneel uit. De uitzonderingssituatie die in het Marks & Spencer II arrest is geformuleerd luidt als volgt:

*“- 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.”*

Ik ben van mening dat deze uitzonderingssituatie in deze casus van toepassing is. Doordat de vennootschap verdwijnt als gevolg van de juridische fusie is het niet meer mogelijk dat de verliezen van dit lichaam ooit nog in de lidstaat van de verdwijnende vennootschap kunnen worden verrekend.

Het weigeren van de grensoverschrijdende verliesoverdracht is in deze situatie dan ook disproportioneel en daarom in strijd met EU-recht.

4.6 Samenvatting

In dit hoofdstuk is de behandeling van verliezen binnen de vennootschapsbelasting op twee punten getoetst. Zo is er getoetst of de behandeling van verliezen binnen de vennootschapsbelasting in strijd is met de Europese visie op verliesverrekening door lichamen. Daarnaast is er ook getoetst of deze vennootschapsbelastingregels elementen kent die in strijd zijn met EU-recht.

Aan de toetsing van de hoofdregels voor verliesverrekening in de vennootschapsbelasting kunnen de volgende conclusies worden verbonden. Het is mogelijk om de verliesverrekeningstermijnen en de wettelijke verliesverrekeningsvolgorde te toetsen aan de visie van de Europese unie op de verliesverrekening. De hoofdregels zijn in strijd met de visie van de Europese Commissie op verliesverrekening die blijkt uit een ingetrokken richtlijn voorstel en het conceptvoorstel CCCTB. De hoofdregels voor verliesverrekening binnen de vennootschapsbelasting zijn echter niet in strijd met EU-recht. Een grensoverschrijdende situatie wordt namelijk op dezelfde wijze behandeld als een zuiver binnenlandse situatie.

Ten aanzien van de verliesverrekeningsbeperkingen uit artikel 20 VPB en artikel 20a VPB kan worden geconcludeerd dat zij niet allemaal kunnen worden getoetst aan de visie van de Europese Unie ten aanzien van verliesverrekening door lichamen. De verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 lid 3 VPB is namelijk de enige verliesverrekeningsbeperking die aan de visie van de Europese Unie kan worden getoetst. Deze verliesverrekeningsbeperking komt overeen met de visie de Europese Commissie die naar voren kwam in een ingetrokken richtlijnvoorstel. Uit de toetsingen aan EU-recht blijkt dat het hanteren van een toetsingsniveau op het niveau van de belastingplichtige niet leidt tot strijd met EU-recht.

Voor de behandeling van verliesverrekening binnen lichaam is er gekeken naar artikel 15e VPB en artikel 15i VPB. Deze beide artikelen konden worden getoetst aan de visie van de Europese Unie ten aanzien van verliesverrekening. Zo is er geoordeeld dat de quasi-objectvrijstelling van artikel 15e VPB niet in strijd is met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening die kon worden afgeleid uit de arresten Lidl Belgium en Deutsche Shell. Ook de stakingsverliesregeling uit artikel 15i VPB is niet in strijd met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening die kon worden afgeleid uit de arresten Marks & Spencer II en Lidl Belgium. Beide artikelen waren echter wel in strijd met EU-recht omdat zij niet openstaan voor buitenlandse belastingplichtigen. Tevens blijkt de bijtelling uit artikel 15i VPB in strijd met EU-recht.

Voor het verrekenen van verliezen tussen lichamen worden twee situaties onderscheiden namelijk deelnemingsrelaties en het fiscale eenheidsregime. De liquidatieverliesregeling uit artikel 13d VPB die van toepassing is, als een deelneming wordt geliquideerd en verrekend is niet in strijd met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening die kan worden afgeleid uit het Marks & Spencer II arrest. Het fiscale eenheidsregime is echter wel deels in strijd met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening. Het vormen van een fiscale eenheid die overeenkomt met het arrest Papillon wordt namelijk geweigerd. Het weigeren van een grensoverschrijdende fiscale eenheid is echter wel in overeenstemming met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening die kan worden afgeleid uit het X Holding arrest. Het verrekenen van verliezen tussen lichamen gebeurt binnen de vennootschapsbelasting nog niet geheel in overeenstemming met EU-recht. Het tijdstip waarop het liquidatieverlies volgens artikel 13d VPB kan worden genomen ligt namelijk te laat en is hierdoor in strijd met EU-recht. Daarnaast is het fiscale eenheidsregime in strijd met EU-recht omdat het niet mogelijk is om een Papillon-fiscale eenheid te vormen of een fiscale eenheid tussen twee zustervenootschappen van wie de moedervenootschap in een andere lidstaat is gevestigd.

Ten slotte is er ook gekeken naar verliesverrekening bij herstructureringsituaties. Hieruit blijkt dat de behandeling van verliezen in herstructureringsituaties niet in strijd is met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening. De vennootschapsbelastingregels zijn namelijk in overeenstemming met het punt uit de Fusierichtlijn waarin staat dat de verliezen van het verdwijnende lichaam in een lidstaat moeten worden toegerekend aan de vaste inrichting in dezelfde lidstaat die gaat behoren tot het verkrijgende lichaam die in een andere lidstaat is gevestigd.

Daarnaast zijn de vennootschapsbelastingregels waarin de behandeling van verliezen is geregeld in overeenstemming met die visie van de Advocaat-generaal die kan worden afgeleid uit haar conclusie bij de zaak A Oy. Vervolgens werd er getoetst of de weigering tot het accepteren van een grensoverschrijdende overdracht van verliesverrekeningspotentieel in strijd is met EU-recht als door de juridische fusie geen vaste inrichting achterblijft waaraan de verliezen konden worden toegerekend. Ik ben van mening dat deze weigering een beperking van de vrijheid van vestiging vormt die in beginsel kan worden gerechtvaardigd met een beroep op het fiscale territorialiteitsbeginsel. Daarnaast ben ik van mening dat er sprake is van de Marks & Spencer II uitzondering waardoor het weigeren van de grensoverschrijdende verliesverrekening disproportioneel is. Het weigeren van de overdracht van het verliesverrekeningspotentieel is in deze situatie in strijd met EU-recht.

5 Conclusie

Het onderwerp van deze masterscriptie is het verrekenen van verliezen binnen de vennootschapsbelasting. Omdat dit een erg breed onderwerp is, is er voor gekozen om in deze masterscriptie alleen stil te staan bij de toetsing aan de visie van de Europese Unie op verliesverrekening en de toetsing van de verschillende vennootschapsbelastingregels die zijn getroffen voor verliesverrekening aan EU-recht. Om dit onderwerp te kunnen behandelen is er gebruik gemaakt van een drietal deelvragen. De conclusies die aan deze deelvragen en de probleemstelling kunnen worden verbonden zijn hieronder weergegeven.

5.1 Deelvraag 1

In hoofdstuk 2 is de eerste deelvraag behandeld. Deze deelvraag luidt als volgt:

“Wat is de visie van de Europese Unie op verliesverrekening door lichamen?”

Uit de behandeling van deze deelvraag uit hoofdstuk 2 blijkt dat de visie van de Europese Unie op verliesverrekening is opgebouwd uit twee visies namelijk de visie van de Europese Commissie en de visie van het Hof van Justitie EG. Hierbij was de visie van de Europese Commissie op verliesverrekening door lichamen gebaseerd op de Fusierichtlijn, ingetrokken richtlijnvoorstellen, de verliesmededeling en de conceptringlijn CCCTB. De visie van het Hof van Justitie EG op verliesverrekening door lichamen kon worden afgeleid uit verschillende arresten.

De visie van de Europese Commissie die uit de verschillende informatiebronnen kan worden afgeleid staat hieronder weergegeven.

Uit de Fusierichtlijn kan worden afgeleid dat de Europese Unie van mening is dat dat grensoverschrijdende herstructurering moet plaats kunnen vinden zonder dat er sprake is van een overdracht van het verliesverrekeningspotentieel tussen lidstaten en zonder dat het verliesverrekeningspotentieel verloren gaat. In de Fusierichtlijn staat namelijk dat wanneer er sprake is van een fusie dat de onderneming van het overdragende/verdwijnde lichamen wordt gezien als een vaste inrichting van het verkrijgende lichaam die in een andere lidstaat is gevestigd. Op deze wijze gaat er geen verliesverrekeningspotentieel verloren en leidt dit niet tot grensoverschrijdende verliesverrekening. Er ontstaat echter een probleem als het verdwijnde lichaam niet beschikt over een onderneming maar wel beschikt over verliezen die nog niet zijn verrekend. In dat geval blijft er namelijk geen vaste inrichting achter waaraan het verliesverrekeningspotentieel kan worden toegerekend. Omdat er voor deze situatie geen regels zijn getroffen in de Fusierichtlijn is het onduidelijk hoe er volgens de Europese Unie in deze situatie moet worden omgegaan met het verliesverrekeningspotentieel. De Advocaat-generaal heeft echter wel een mening over hoe deze verliezen moeten worden behandeld. Haar mening is opgenomen in de conclusie bij de zaak A Oy, maar kan niet worden gezien als onderdeel van de Europese visie op verliesverrekening door lichamen, behalve als haar visie wordt overgenomen door het Hof van Justitie EG.

Uit het oudste ingetrokken richtlijnvoorstel blijkt dat de Europese Commissie van mening is dat verliezen onbeperkt voorwaarts moeten kunnen worden verrekend terwijl er een achterwaartse verliesverrekeningstermijn van drie jaar moet worden gehanteerd. Ook is de Europese Commissie er in beginsel voorstander van de belastingplichtige kan bepalen met welke winsten hij zijn verlies wil verrekenen. Uit het andere ingetrokken richtlijnvoorstel blijkt dat de Europese Commissie voorstander is van het grensoverschrijdend verrekenen van een vaste inrichtingsverlies middels de verrekeningsmethode of de methode met aftrek en latere verdiscontering. Deze tweede methode was volgens de Europese Commissie ook geschikt om rekening te houden met verliezen die door de dochtervennootschap, die in een andere lidstaat was gevestigd, waren geleden.

Uit de verliesmededeling blijkt dat de Europese Commissie van mening is dat grensoverschrijdende verliesverrekening binnen een lichaam mogelijk moet zijn. Daarnaast geeft zij aan dat een groepsregeling waardoor grensoverschrijdend verlies worden verrekend door de lidstaten moet worden toegestaan. Voor de wijze waarop de grensoverschrijdende verliezen behandeld kunnen worden noemt zij een aantal alternatieven.

De conceptrichtlijn CCCTB vormt onderdeel van de visie van de Europese Commissie. In de conceptrichtlijn CCCTB worden diverse regels gesteld omtrent de bepaling van een gemeenschappelijke geconsolideerde belastinggrondslag. Het hanteren van een gemeenschappelijke geconsolideerde belastinggrondslag zorgt er voor dat verliesverrekening plaats kan vinden op concern niveau waardoor wordt voorkomen dat sommige delen van het concern winstbelasting verschuldigd zijn terwijl er in andere delen van het concern verliezen worden geleden die nog niet kunnen worden gecompenseerd.

De verschillende arresten waaruit de visie van het Hof van Justitie EG kunnen worden afgeleid werden onderverdeeld in drie groepen.

De eerste groep arresten, Deutsche Shell, Lidl Belgium en KR Wannsee, ging over verliesverrekening binnen een lichaam. Uit het Deutsche Shell arrest blijkt dat het Hof van Justitie EG van mening is dat wanneer een verlies slechts in één lidstaat zichtbaar is, bijvoorbeeld een wisselkoersverlies, dat ook deze lidstaat dit verlies in aftrek moet toestaan. De door Duitsland gehanteerde objectvrijstelling ten aanzien van wisselkoersresultaten was dan ook in strijd met EU-recht. In het arrest Lidl Belgium kwam naar voren dat het Hof van Justitie EG van mening is dat het hanteren van een objectvrijstelling ten aanzien van de resultaten die de vaste inrichting die in een andere lidstaat is gevestigd behaald in beginsel niet in strijd is met EU-recht. Daarnaast gaf het Hof van Justitie EG in dit arrest aan dat de uitzonderingssituatie uit het arrest Marks & Spencer II ook van toepassing kan zijn in vaste inrichtingsrelaties. Uit het arrest KR Wannsee blijkt dat het Hof van Justitie EG van mening is dat het hanteren van een systeem, waarbij het verlies van een vaste inrichting wordt afgetrokken waarna er vervolgens heffing over vaste inrichtingswinsten plaatsvindt tot het absolute maximum van het vaste inrichtingsverlies dat in aanmerking is genomen, niet in strijd is met EU-recht.

De tweede groep arresten ten aanzien van verliesverrekening door lichamen gaat over het verrekenen van verliezen tussen lichamen. Deze jurisprudentie groep bestaat uit de arresten: Marks & Spencer II, Papillon, X Holding en Philips Electronics. Uit het arrest Marks & Spencer II blijkt dat grensoverschrijdende verliesverrekening volgens het Hof van Justitie EG in beginsel mag worden geweigerd. Deze weigering wordt namelijk alleen in strijd met EU-recht geacht als er sprake is van de uitzonderingssituatie die het Hof van Justitie EG in rechtsoverweging 55 heeft geformuleerd. Uit het arrest Papillon blijkt dat het Hof van Justitie EG van mening is dat het in strijd was met EU-recht als de in Frankrijk gevestigde moedervenootschap geen fiscale integratie regeling mag toepassen met haar in Frankrijk gevestigde kleindochtervenootschap omdat de dochtervenootschap in een andere lidstaat is gevestigd. In het arrest X Holding was het Hof van Justitie EG van mening dat een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet hoeft te worden toegestaan. De weigering om een grensoverschrijdende fiscale eenheid te kunnen vormen kon namelijk worden gerechtvaardigd met een beroep op het fiscale territorialiteitsbeginsel. Uit het arrest Philips electronics blijkt dat een beperking van de vrijheid van vestiging in de vorm van een aanvullend vereiste ter voorkoming van dubbele verliesverrekening niet kan worden gerechtvaardigd met de in dit arrest aangedragen rechtvaardigingsgronden.

De derde groep arresten die werd behandeld ging over verliesverrekening bij herstructureringsituaties. Deze groep bestaat uit één arrest: Foggia. Uit dit arrest kan worden

afgeleid dat het Hof van Justitie EG van mening is dat het aan de nationale rechter is om te beoordelen of het hoofddoel of één der hoofddoelen van de fusie is ingegeven door belastingfraude of -ontwijking. Daarnaast gaf het Hof van Justitie EG in dit arrest aan dat een marginale kostenbesparing, die inherent is aan de fusie, niet voldoende is om er voor te zorgen dat de fusie is ingegeven door zakelijke overwegingen. Naast het arrest Foggia is er ook aandacht besteed aan de conclusie van de Advocaat-generaal bij de zaak A Oy, omdat deze zaak betrekking heeft op verliesverrekening in een herstructurerings situatie. De mening van de Advocaat-generaal maakt echter geen onderdeel uit van de Europese visie op verliesverrekening, behalve als haar visie wordt overgenomen door het Hof van Justitie EG.

5.2 Deelvraag 2

In hoofdstuk 3 is er antwoord gegeven op de tweede deelvraag die in deze masterscriptie is gesteld. Deze deelvraag luidt als volgt:

“Hoe worden verliezen binnen de wet op de vennootschapsbelasting behandeld?”

In de vennootschapsbelasting worden verschillende artikelen besteed aan verliesverrekening. Zo worden in de vennootschapsbelasting hoofdregels ten aanzien van verliesverrekening gesteld waarop vervolgens diverse inbreuken worden gemaakt. Daarnaast zijn er in de vennootschapsbelasting diverse regels opgenomen die zich richten op: verliesverrekening binnen een lichaam, verliesverrekening tussen vennootschappen en verliesverrekening bij herstructurering.

De hoofdregels voor verliesverrekening staan in artikel 20 lid 2 en 7 VPB. In artikel 20 lid 2 VPB zijn de verliesverrekeningstermijnen opgenomen. Hierin is geregeld dat de achterwaartse verliesverrekeningstermijn één jaar is terwijl de voorwaartse verliesverrekeningstermijn negen jaar bedraagt. Artikel 20 lid 7 VPB regelt de wettelijke verliesverrekeningsvolgorde. Dit lid houdt in dat de oudste verliezen, die nog voor verliesverrekening in aanmerking komen, als eerste moeten worden verrekend.

De verliesverrekeningsbeperkingen die een inbreuk vormen op deze hoofdregels zijn opgenomen in zowel artikel 20 VPB als artikel 20a VPB. In artikel 20 VPB zijn twee verschillende verliesverrekeningsbeperkingen opgenomen. In artikel 20 lid 3 VPB bevat een verliesverrekeningsbeperking die een strikt onderscheid maakt tussen de resultaten die een lichaam behaalt in een jaar met de status van een fiscale beleggingsinstelling en de resultaten die dit lichaam behaalt in een jaar waarin het lichaam niet werd aangemerkt als een fiscale beleggingsinstelling. Door dit lid is verliesverrekening uitsluitend mogelijk met een resultaat dat is behaald door de belastingplichtige in een jaar waarin de belastingplichtige dezelfde status had als in het verliesjaar. De tweede verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20 VPB zorgt er voor dat een houdster- en/of financieringsverlies alleen kan worden verrekend met de belastbare winst of het Nederlandse inkomen dat deze belastingplichtige heeft behaald in een jaar waarin zij wederom werd aangemerkt als een houdster- en/of financieringslichaam. De eventuele belastbare winst van een houdster- en/of financieringslichaam kan echter ook worden gebruikt voor de verrekening van een verlies dat niet kan worden aangemerkt als een houdster- en/of financieringsverlies.

De verliesverrekeningsbeperking uit artikel 20a VPB richt zich op het verrekenen van verliezen over het tijdstip heen waarop het uiteindelijke belang in de belastingplichtige in belangrijke mate is gewijzigd. Het verrekenen van verliezen over dit wijzigingstijdstip heen is door de werking van artikel 20a VPB alleen mogelijk wanneer er aan de verschillende voorwaarden is voldaan.

In de vennootschapsbelasting zijn twee artikelen opgenomen die zien op de resultaten die een binnenlandse belastingplichtige heeft geboekt met een in een andere lidstaat gevestigde vaste inrichting. Dit zijn 15e VPB en artikel 15i VPB. Artikel 15e VPB, die bekend staat als de quasi-

objectvrijstelling, bepaalt of en in welke mate het resultaat van de in de andere lidstaat gevestigde vaste inrichting invloed heeft op de belastinggrondslag van de belastingplichtige. Artikel 15e VPB pakt uit als een objectvrijstelling als de bijdragewinst gelijk is aan de aftrekwinst. Als de belastingplichtige stopt met het genieten van resultaat dat door de in de andere lidstaat gevestigde vaste inrichting wordt behaald dan kan op basis van artikel 15i VPB door de belastingplichtige een stakingsverlies in aanmerking worden genomen.

Het verrekenen van verliezen tussen lichamen binnen de vennootschapsbelasting is alleen mogelijk als de liquidatieverliesregeling uit artikel 13d VPB of het fiscale eenheidsregime van toepassing is. Artikel 13d VPB bewerkstelligt dat de belastingplichtige een liquidatieverlies, dat extracomptabel is bepaald, in aftrek mag brengen als de liquidatie en vereffening van de deelneming is voltooid. Het fiscale eenheidsregime zorgt er voor dat er horizontale verliesverrekening mogelijk is tussen de verschillende maatschappijen die tot dezelfde fiscale eenheid behoren. Dit komt omdat de er vennootschapsbelasting wordt geheven over de fiscale eenheid als of zij één belastingplichtige is.

Ten slotte werd er in hoofdstuk 3 ook ingegaan op de verliesverrekeningsmogelijkheden binnen de vennootschapsbelasting bij herstructurering. De volgende vormen van herstructurering werden bekeken: aandelenfusie, bedrijfsfusie, juridische fusie en juridische splitsing. De aandelenfusiefaciliteit is opgenomen in artikel 3.55 IB en kent geen aanvullende eisen over verliesverrekening. Dit houdt in dat er geen verliesoverdracht tussen de lichamen kan plaatsvinden en dat de verliezen dus subject gebonden blijven. Bij de andere herstructureringsvormen leidt het bezitten van een verlies er in de meeste gevallen toe dat faciliteit die er voor zorgt dat de fiscale claim wordt doorgeschoven alleen op verzoek kan worden toegepast mits er aan extra voorwaarden is voldaan. Deze extra voorwaarden houden in dat verliesverrekening alleen kan plaatsvinden wanneer er een fictief winstsplitsingsstelsel wordt gehanteerd. Daarnaast is het bij de herstructureringsvormen, met uitzondering van de aandelenfusie, in uitzonderlijke situaties mogelijk dat het verliesverrekeningspotentieel wordt overgedragen aan een ander lichaam.

5.3 Deelvraag 3

In hoofdstuk 4 van deze masterscriptie is de verkregen informatie uit de vorige twee hoofdstukken met elkaar gecombineerd zodat er antwoord kon worden gegeven op de derde deelvraag. Deze deelvraag luidt:

“Is de behandeling van verliezen door de wet op de vennootschapsbelasting in strijd met de visie van de Europese Unie en EU-recht?”

De verschillende verliesverrekeningsregels uit de vennootschapsbelasting die in hoofdstuk 3 zijn behandeld werden in dezelfde volgorde waarin zij in hoofdstuk 3 werden behandeld in hoofdstuk 4 getoetst op eventuele strijdigheden met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening en EU-recht.

De hoofdregels voor de vennootschapsbelasting die zijn opgenomen in artikel 20 lid 2 VPB en artikel 20 lid 7 VPB kunnen worden getoetst aan de Europese visie. Op dit punt valt namelijk de visie van de Europese Commissie af te leiden uit een ingetrokken richtlijnvoorstel en het conceptvoorstel CCCTB. Hieruit blijkt dat de binnen de vennootschapsbelasting gehanteerde verliesverrekeningstermijnen niet overeenkomen met de visie van de Europese Commissie. Ook de wettelijke verliesverrekeningsvolgorde blijkt niet te stroken met de visie van de Europese Commissie die naar vorenkwam in een ingetrokken richtlijnvoorstel. Daarnaast blijkt uit de toetsing met EU-recht dat grensoverschrijdende situaties exact hetzelfde worden behandeld als binnenlandse situaties. Er is dan ook geen sprake van strijd met EU-recht.

Niet alle verliesverrekeningsbeperkingen die zijn opgenomen in artikel 20 VPB en artikel 20a VPB kunnen worden getoetst aan de visie van de Europese Unie op verliesverrekening. Alleen artikel 20 lid 3 VPB kon worden getoetst aan de visie van de Europese Unie. Uit een ingetrokken richtlijnvoorstel blijkt dat deze verliesverrekeningsbeperking niet in strijd is met de visie van de Europese Unie. De verschillende verliesverrekeningsbeperkingen kennen toetsen die plaatsvinden op het niveau van de belastingplichtigen. Uit de toetsing met EU-recht blijkt dat hanteren van een dergelijk toetsingsniveau niet leidt tot strijdigheden met het EU-recht.

In artikel 15e VPB en artikel 15i VPB werden regels getroffen die gelden als een binnenlandse belastingplichtige een vaste inrichting heeft die in een andere lidstaat is gevestigd. Het toetsen van deze regels aan de visie van de Europese Unie op verliesverrekening was mogelijk. Uit de arresten Lidl Belgium en Deutsche Shell kan namelijk worden afgeleid dat de quasi-objectvrijstelling uit artikel 15e VPB overeenkomt met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening. Ook de mogelijkheid om een stakingsverlies in aftrek te kunnen brengen uit artikel 15i VPB strookt met de visie van de Europese Unie die kan worden afgeleid uit de arresten Marks & Spencer II en Lidl Belgium. De regels uit artikel 15e VPB en artikel 15i VPB bevatten echter wel elementen die in strijd zijn met EU-recht. Het feit dat beide artikelen niet openstaan voor buitenlands belastingplichtigen zorgt voor strijd met EU-recht. Daarnaast is ook de bijtelling uit artikel 15i VPB die er voor zorgt dat een eerder in aftrek gebracht stakingsverlies kan worden teruggenomen in strijd met EU-recht.

Het verrekenen van verliezen tussen lichamen is binnen de vennootschapsbelasting alleen mogelijk als de liquidatieverliesregeling uit artikel 13d VPB of het fiscale eenheidsregime van toepassing is. Beide konden worden getoetst aan de visie van de Europese Unie op verliesverrekening die kon worden afgeleid uit arresten en de conceptrichtlijn CCCTB. De liquidatieverliesregeling zorgt er voordat de belastingplichtige een verlies kan nemen als de deelneming volledig is geliquideerd en verrekend. In de lidstaat waarin de deelneming was gevestigd zijn bestaan er geen verliesverrekeningsmogelijkheden meer. Doordat de belastingplichtige in deze situatie rekening kan houden met een verlies wordt er voldaan aan de uitzonderingssituatie uit het Marks & Spencer II arrest. De liquidatieverliesverrekening uit artikel 13d VPB is dan ook niet in strijd met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening. Het fiscale eenheidsregime blijkt echter wel in strijd te zijn met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening. Het is namelijk niet mogelijk dat een fiscale eenheid tussen de moedervenootschap en een kleindochtervenootschap wordt gevormd indien de dochtervenootschap in een andere lidstaat is gevestigd. Dit is in strijd met het Papillon arrest en daarmee dus ook in strijd met de visie van het Hof van Justitie EG. Uit het toetsen van de liquidatieverliesregeling en het fiscale eenheidsregime aan EU-recht blijkt dat zij beide elementen bevatten die in strijd zijn met EU-recht. Het tijdstip waarop een liquidatieverlies op grond van artikel 13d VPB op zijn vroegst in aanmerking kan worden genomen ligt te laat en in daarom in strijd met EU-recht. Het fiscale eenheidsregime is in strijd met EU-recht omdat zowel een Papillon-fiscale eenheid als een fiscale eenheid tussen zustervenootschappen niet kan worden gevormd.

De behandeling van verliezen bij herstructureringsituaties komt overeen met de regels die in de Fusierichtlijn zijn getroffen. De behandeling van verliezen in herstructureringsituaties is dan ook niet in strijd met de visie van de Europese Unie op verliesverrekening. Toch valt er een situatie te onderscheiden waar in de behandeling van verliezen in een herstructureringsituatie in strijd is met EU-recht. Dit is namelijk het geval wanneer er sprake is van een juridische fusie tussen de in Nederland gevestigde ontvangende rechtspersoon en de in de andere lidstaat gevestigde verdwijnende rechtspersoon. Als de verdwijnende rechtspersoon geen onderneming bezit maar wel verliezen is het niet mogelijk om deze verliezen toe te rekenen aan een vaste inrichting in die lidstaat die tot de Nederlandse rechtspersoon gaat behoren. Als er in deze situatie wordt voldaan aan de Marks & Spencer II uitzonderingssituatie ben ik van mening dat Nederland grensoverschrijdend rekening moet houden met het verlies dat anders zou verdampen. Omdat Nederland in een

dergelijke situatie geen rekening houdt met een grensoverschrijdend is er sprake van strijd met EU-recht.

5.4 Probleemstelling

In de vorige drie hoofdstukken is er een antwoord geformuleerd op de drie verschillende deelvragen. Door de beantwoording van deze deelvragen is het mogelijk om de probleemstelling van deze masterscriptie te kunnen beantwoorden. De volgende probleemstelling stond centraal:

“Is de behandeling van verliezen binnen de wet op de vennootschapsbelasting in overeenstemming met de visie op ‘verliesverrekening door lichamen’ van de Europese Unie als met het EU-recht?”

Gezien de antwoorden op de deelvragen kan de probleemstelling maar op één manier worden beantwoord. Met het antwoord: Nee.

De behandeling van verliezen binnen de vennootschapsbelasting komt niet op alle punten overeen met zowel de visie van de Europese Unie op verliesverrekening door lichamen als EU-recht. Voor een gedetailleerde toelichting over wanneer de vennootschapsbelastingregels in overeenstemming of in strijd zijn met zowel de visie van de Europese Unie op verliesverrekening als EU-recht wil ik verwijzen naar paragraaf 5.3 waarin de derde deelvraag werd beantwoord. Daarnaast wordt er op de volgende pagina in een tabel 1 schematisch weergegeven welke punten er niet overeenkomen en waarom dit het geval is. Daarnaast staat er in deze tabel aangegeven welke punten niet konden worden getoetst aan de visie van de Europese Unie omdat er ten aanzien van dat deelonderwerp over verliesverrekening bij lichamen geen visie van de Europese Unie bestaat.

Tabel 1: Schematische weergave van het antwoord op de probleemstelling

		Visie van de EU	EU-recht
Hoofdregels	Artikel 20 lid 2 VPB	In strijd met een ingetrokken richtlijn en conceptrichtlijn CCCTB	In overeenstemming
	Artikel 20 lid 7 VPB	In strijd met een ingetrokken richtlijn	In overeenstemming
Verlies-verrekenings-beperkingen	Artikel 20 VPB	Artikel 20 lid 3 is in overeenstemming. Visie op andere beperking ontbreekt	In overeenstemming
	Artikel 20a VPB	Ontbreekt	In overeenstemming
Verlies-verrekening binnen een lichaam	Artikel 15e VPB	In overeenstemming door Lidl Belgium en Deutsche Shell	In strijd: - Moet openstaan voor buitenlandse belastingplichtige
	Artikel 15i VPB	In overeenstemming door Lidl Belgium en Marks & Spencer II	2X in strijd: - Moet openstaan voor buitenlandse belastingplichtige - De bijtelling
Verlies-verrekening tussen lichamen	Artikel 13d VPB	In overeenstemming door Marks & Spencer II	In strijd: - Tijdstip in aanmerking nemen stakingsverlies te laat
	Fiscale eenheidsregime	In strijd met het Papillon arrest.	2X in strijd: - Weigering Papillon fiscale eenheid - Weigering fiscale eenheid zustervenootschappen
Verlies-verrekening bij her-structurering	Artikel 3.55 IB, artikel 14 VPB, artikel 14a VPB en artikel 14b VPB	In overeenstemming door de Fusierichtlijn	In strijd: - Als er bij een grensoverschrijdende juridische fusie geen vaste inrichting achterblijft waaraan het verlies van de verdwijnende rechtspersoon kan worden toegerekend

Literatuurlijst

Boeken

- F. Horzen, *Verliesverrekening in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2010
- S.R. Pancham, *Cursus Belastingrecht Europees belastingrecht*, bijgewerkt tot 29 maart 2012.
- D.R. Post, *De handel in verlieslichamen en de houdsterverliesregeling*, Deventer: Kluwer, tweede herziene druk, 2009
- J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, bijgewerkt tot 10 april 2012
- J.W. Zwemmer, *Verliescompensatie*, Deventer: Kluwer, vierde herziene druk, 2003

Artikelen

Tijdschriften

- J.W. Bellingwout en F.P.G. Pötgens, 'Objectvrijstelling voor vaste inrichtingen: Much Ado About Nothing?', *WFR* 2012/654, 17 mei 2012
- S.A.C.P. Bobeldijk, 'Met de winst-bv valt geen winst meer te behalen', *WFR* 2010/142
- J.P. de Boer en H. Maatoug, 'Two is a party, three is a crowd (II)', *MBB* 2004/3
- R. de Graaff, 'De houdsterverliesregeling versus de EU-verdragsvrijheden', *WFR* 2010/1108
- G.W.J.M. Kampschöer en R. Pancham, 'Beperking verliesverrekening: De "echte" Bosal-reparatie', *WFR* 2003/1929
- H. Pijl, 'Non-discriminatie: objectvrijstelling voor buitenlands belastingplichtigen', *WFR* 2012/60
- D.R. Post, 'De verhouding tussen artikel 20a VPB en het Europees recht', *MBB* 2011/11
- A.P.J.D. Rambhadrjan en C. Spanjersberg, 'De nieuwe verliescompensatie een toetsing van nieuwe toetsen', *WFR* 2001/738
- A.J.A. Stevens, 'De objectvrijstelling', *NtFR Beschouwingen* 2012-4, 29 december 2011

Kranten

- *Volkskrant*, 'KPN: duizenden ontslagen en een winstwaarschuwing', ANP 21 april 2011
- *NRC*, 'Winstwaarschuwing Delta Lloyd, verzesvoudiging winst Aegon', 8 november 2012
- *Centraal Bureau voor de Statistiek*, 'Recordaantal faillissementen in 2012,' Persbericht, 23 januari 2013.

Overig

- *Centraal Bureau voor de Statistiek*, 'Decemberraming 2012: economische vooruitzichten 2013', 19 december 2012.

Parlementaire stukken

Nederlandse stukken

Besluiten

- Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 11 augustus 2003, nr. CPP2003/1611, VN 2003/46.12
- Besluit toepassing artikel 14 tweede lid van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, 11 oktober 2008, Staatscourant 2008, 196
- Besluit van 19 december 2000, nr. CPP2000/3149M, en, Besluit meegeven van aanspraak op voorwaartse verliesverrekening van de verdwijnende rechtspersoon aan de verkrijgende rechtspersoon bij juridische fusie, 1 januari 2001, Infobulletin 2001, 4
- Besluit juridische fusie achterwaartse verliesverrekening van de verkrijgende rechtspersoon met vóórfusiewinst van de verdwijnende rechtspersoon, 1 januari 2001, Infobulletin 2001, 4
- Besluit van 22 juni 2006, nr. CPP 2006/19M, BNB 2006/271
- Besluit van 12 juli 2010, nr. DGB2010/2154M, Staatscourant 2010, 11223

Overig

- Kamerstukken II 2003-2004, 29 210, nr. 25
- Vraag 133 van de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 9 december 2003, nr. AFP2003/910M, V-N 2003/62.9
- Kamerstukken II, 2003-2004, 29 210, nr. 25
- Kamerstukken II, 2000-2001, 27 209, nr. 7
- Kamerstukken II, 1999-2000, 27 209, V-N BP21/19.5
- Memorie van Toelichting, Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/2012, nr. 3
- Nota naar aanleiding van het Verslag, Belastingplan 2012, Kamerstukken II 2011/2012, 33 003, nr. 10

Europese stukken:

Ingetrokken richtlijnvoorstellen:

- Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-Staten met betrekking tot het fiscale stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 20 september 1984, nr. C253
- Wijziging van het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-Staten met betrekking tot het fiscale stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 8 juli 1985, nr. C 170
- Advies van het Europese Parlement inzake het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-Staten met betrekking tot het fiscaal stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 18 februari 1985, nr. C 46
- Advies van het Economische en Sociaal Comité inzake het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de harmonisatie van de wetgevingen van de Lid-Staten met betrekking tot het fiscale stelsel van de overbrenging van ondernemingsverliezen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 1 juli 1985, nr. C 160
- Intrekking van verschillende voorstellen en ontwerpen van de Commissie, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 4 januari 1997, nr. C 2

- Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van verliezen van hun in andere Lid-Staten gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 28 februari 1991, Nr. C 53
- Advies over het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de verliezen van hun in andere lid-staten gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, Nr. C 120
- Advies over het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de verliezen van hun in andere lid-staten gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen, Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen, 6 mei 1991, nr. C 120
- Intrekking van voorstellen van de Commissie die niet langer actueel zijn, Publicatieblad van de Europese Unie, 9 januari 2004, nr. C 5

Richtlijn:

- Richtlijn betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of een SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, Publicatieblad van de Europese Unie L 310/34, 25 november 2009

Verliesmededeling:

- Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties, 19 december 2006, COM(2006) 824 definitief
- Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité – Fiscale behandeling van verliezen in grensoverschrijdende situaties, kenmerk 17067/06, publicatiedatum 21 december 2006

Actueel richtlijnvoorstel:

- Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), 16 maart 2011, COM (2011) 121 definitief, 2011/0058 (CNS)

Infractionprocedure:

- Europese Commissie, IP/11/719, VN 2011/31.19, 16 juni 2011

Jurisprudentie

Rechtbank

- Rechtbank s'-Gravenhage, 1 juli 2008, nr. 07/05066, NTFR 2008/1714 (*noot Thomas*).
- Rechtbank Haarlem, zaaknr. 10/2288, 9 juni 2011
- Rechtbank Haarlem, zaaknr. 10/3865, 14 september 2011
- Rechtbank 's-Gravenhage, zaaknr. AWB 11/1084 VPB, 30 december 2011

Hoge Raad

- Hoge Raad, 11 november 1992, BNB 1993/207
- Hoge Raad, 11 juli 2008, BNB 2008/305
- Hoge Raad, 8 april 2011, BNB 2011/156
- Hoge Raad, 24 juni 2011, BNB 2011/244

Hof van Justitie EG:

- Hof van Justitie EG, Avoir Fiscal, 28 januari 1986, C-270/83
- Hof van Justitie EG, Royal Bank of Scotland, 24 april 1999, C-311/97
- Hof van Justitie EG, Saint-Gobain, 21 september 1999, BNB 2000/75
- Hof van Justitie EG, Marks & Spencer II, 13 december 2005, BNB 2006/72
- Hof van Justitie EG, CLT-UFA, 23 februari 2006, C-253/03
- Hof van Justitie EG, Deutsche Shell, 28 februari 2008, BNB 2009/84
- Hof van Justitie EG, Lidl Belgium, 15 mei 2008, BNB 2009/85
- Hof van Justitie EG, KR Wannsee, 23 oktober 2008, BNB 2009/86
- Hof van Justitie EG, Papillon, 27 november 2008, zaaknummer C-418/07
- Hof van Justitie EG, X Holding, 25 februari 2010, zaaknummer C-337/08
- Hof van Justitie EG, Foggia, 10 november 2011, BNB 2012/5
- Hof van Justitie EG, Philips Electronics, 6 september 2012, zaaknummer C-18/11

Ingediende prejudiciële vragen:

- Publicatieblad van de Europese Unie, 14 mei 2011, C-145/17

Conclusie van de Advocaat-generaal

- Advocaat-generaal Juliane Kokott, Conclusie, 19 juli 2012, C-123/11

Websites

- <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=81171NED&D1=64-65&D2=0-1&D3=60-122&HDR=T&STB=G1,G2&VW=T>
- <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/dossiers/conjunctuur/publicaties/conjunctuurbericht/inhoud/conjunctuurklok/conjunctuurklok2.htm>
- <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/dossiers/conjunctuur/publicaties/conjunctuurbericht/inhoud/conjunctuurklok/conjunctuurklok2.htm>
- http://www.europa-nu.nl/id/vha3v69v5wxr/secundair_gemeenschapsrecht

