

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM NADRUUK VERBODEN

Faculteit der Economische Wetenschappen

Masterscriptie

De zaak Groupe Steria

Het einde van de fiscale eenheid?

Sander Geelhoed

Studentnummer: 333229

Begeleider: Prof. dr. P. Kavelaars

Rotterdam, 23-02-2016

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	2
Begrippenlijst	6
Hoofdstuk 1: Inleiding	7
1.1 Aanleiding onderzoek	7
1.2 Vraagstelling en toetsingscriteria	12
1.3 Afbakening onderwerp	13
1.4 Opzet onderzoek	13
Hoofdstuk 2: Het EU-recht en de fiscale eenheid	15
2.1 Inleiding	15
2.2 Het Hof van Justitie	16
2.3 Aanloop naar de zaak Groupe Steria	18
2.3.1 Marks & Spencer II	20
2.3.2 Oy AA	23
2.3.3 Société Papillon	25
2.3.4 X Holding	27
2.3.5 SCA Group Holding	29
2.3.5.1 <i>SCA Group Holding en MSA International Holdings BV</i>	29
2.3.5.2 <i>X AG</i>	32
2.4 Tussenconclusie	32
2.5 Arrest Groupe Steria	34
2.6 Samenvatting en conclusie	38
Hoofdstuk 3: Renteaftrekbeperkingen	39

3.1 Inleiding	39
3.2 Winstdrainage	39
3.2.1 De renteaftrekbeperking	39
3.2.1.1 <i>Achtergrond</i>	39
3.2.1.2 <i>Werking renteaftrekbeperking</i>	41
3.2.2 Uitwerking binnen fiscale eenheid	43
3.2.3 Strijdigheid met EU-recht	45
3.3 Deelnemingsrente	48
3.3.1 De renteaftrekbeperking	48
3.3.1.1 <i>Achtergrond regeling</i>	48
3.3.1.2 <i>Werking renteaftrekbeperking</i>	49
3.3.2 Uitwerking renteaftrekbeperking binnen fiscale eenheid	52
3.3.3 Strijdigheid met EU-recht	53
3.4 Samenvatting en conclusie.....	56
Hoofdstuk 4: Verliesverrekening	58
4.1 Inleiding	58
4.2 Houdsterverliesregeling	58
4.2.1 De beperking van verliesverrekening	58
4.2.1.1 <i>Achtergrond</i>	58
4.2.1.2 <i>Werking beperking verliesverrekening</i>	59
4.2.2 Uitwerking binnen fiscale eenheid	60
4.2.3 Strijdigheid met EU-recht	61
4.3 Verliesverdamping door de inkrimpingstoets.....	65
4.3.1 De beperking van verliesverrekening	65
4.3.1.1 <i>Achtergrond</i>	65

4.3.1.2 <i>Werking beperking verliesverrekening</i>	66
4.3.2 Uitwerking binnen fiscale eenheid	68
4.3.3 Strijdigheid met EU-recht	70
4.4 Samenvatting en conclusie.....	72
Hoofdstuk 5: Herinvesteringsreserve	74
5.1 Inleiding	74
5.2 Achtergrond	74
5.3 Werking herinvesteringsreserve.....	75
5.4 Uitwerking binnen fiscale eenheid.....	78
5.5 Strijdigheid met EU-recht	80
5.6 Samenvatting en conclusie.....	83
Hoofdstuk 6: Oplossingsrichtingen en alternatieven	85
6.1 Inleiding	85
6.2 Oplossingsrichtingen binnen het huidige fiscale eenheidsregime	86
6.2.1 Per elementbenadering	86
6.2.2 Grensoverschrijdende fiscale eenheid	88
6.2.3 Wegnemen voordeel binnen fiscale eenheid	90
6.2.4 Beste oplossingsrichting	92
6.3 Alternatieven voor het huidige fiscale eenheidsregime	93
6.3.1 CCCTB	93
6.3.2 Alternatieve groepsregeling	97
6.3.3 Afschaffen fiscale eenheid	98
6.3.4 Beste alternatief	99
6.4 De beste oplossingsrichting versus het beste alternatief.....	100
6.5 Samenvatting en conclusie.....	101

Hoofdstuk 7: Samenvatting en conclusie.....	103
7.1 Vraagstelling.....	103
7.2 Strijdige elementen van de Nederlandse fiscale eenheid.....	103
7.2.1 Renteaftrekbeperkingen	103
7.2.2 Verliesverrekening	104
7.2.3 Herinvesteringsreserve	105
7.3 Oplossingsrichtingen binnen het huidige fiscale eenheidsregime.....	105
7.4 Alternatieven voor de fiscale eenheid.....	106
7.5 Antwoord vraagstelling.....	106
Literatuurlijst.....	108
Arresten Hof van Justitie	108
Arresten Hoge Raad	108
Arresten overig	109
Besluiten	109
Brieven	109
Europese stukken	109
Kamerstukken	109
Literatuur	110

Begrippenlijst

Beleggingentoets	Artikel 20a, vierde lid Wet VpB 1969
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
CCTB	Common Corporate Tax Base
De Commissie	De Europese Commissie
Deelnemingsrente	Artikel 13l Wet VpB 1969
EU	Europese Unie/Europese Economische Ruimte
EU-recht	Europees recht
Fiscale eenheid	Fiscale eenheid in de zin van artikel 15 Wet VpB 1969
Houdsterverliesregeling	Artikel 20, vierde tot en met zesde lid Wet VpB 1969
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
Inkrimpingstoets	Artikel 20a, vierde en zesde lid Wet VpB 1969
MSA	X AG en MSA International Holdings BV
SCA	SCA Group Holding
Staatssecretaris	Staatssecretaris van Financiën
Steria	Groupe Steria SCA
Werkzaamhedentoets	Artikel 20a, vierde lid onderdeel a en onderdeel b Wet VpB 1969
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VpB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
Winstdrainage	Artikel 10a Wet VpB 1969
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Aanleiding onderzoek

Op 2 september 2015 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) een arrest gewezen in de zaak *Groupe Steria*¹ waarin werd geoordeeld dat het Franse fiscale eenheidsregime een inbreuk vormt op de vrijheid van vestiging van artikel 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU). Naar aanleiding van deze uitspraak kopte Het Financieele Dagblad: ‘Europees Hof dreigt gat te slaan in Nederlandse winstbelasting’².

Hoewel dit arrest betrekking heeft op het Franse fiscale eenheidsregime, kan deze zaak toch grote gevolgen hebben voor het Nederlandse fiscale eenheidsregime. De strijdigheid die het HvJ in deze zaak constateert lijkt, op basis van de overeenkomsten tussen het Nederlandse en Franse fiscale eenheidsregime, ook te kunnen gelden voor bepaalde elementen van het Nederlandse fiscale eenheidsregime.

De Nederlandse fiscale eenheid heeft als kenmerk dat het vermogen en de werkzaamheden van de dochtermaatschappij(en) aan de moedermaatschappij worden toegerekend. Er wordt vennootschapsbelasting geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige, de moedermaatschappij. Dit houdt in dat er voor de hele fiscale eenheid slechts één aangifte vennootschapsbelasting hoeft te worden ingediend, in deze aangifte vindt er consolidatie van alle gevoegde dochtermaatschappijen plaats. Onderlinge transacties binnen de fiscale eenheid worden tegen elkaar weggestreept: deze zijn niet langer zichtbaar. Een ander voordeel van het vormen van een fiscale eenheid is dat winsten en verliezen van de vennootschappen onder voorwaarden onderling met elkaar verrekenend kunnen worden. Bovendien kunnen activa en passiva binnen de fiscale eenheid zonder fiscale consequenties worden overgedragen zodat de fiscale eenheid ook voor reorganisaties zeer geschikt is; wel kent de wet hierbij een eventuele sanctiemogelijkheid van artikel 15ai Wet VpB 1969 om onbedoeld gebruik te voorkomen.

¹ HvJ 2 september 2015, C-386/14, *Groupe Steria*, *BNB* 2015/223.

² L. Berentsen, ‘Europees Hof dreigt gat te slaan in Nederlandse winstbelasting’, *Het Financieele Dagblad* 3 september 2015, p. 7.

Er kleven echter ook nadelen aan het vormen van een fiscale eenheid, zo kunnen de gevoegde maatschappijen tezamen slechts één keer het tariefopstapje van artikel 20 Wet VpB 1969 gebruiken. Indien geen fiscale eenheid gevormd wordt, kan elke maatschappij zelfstandig een beroep doen op het tariefopstapje. Een ander nadeel is de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de vennootschapsbelastingsschuld van de gehele fiscale eenheid voor alle gevoegde vennootschappen.

Een voorwaarde voor het vormen van een fiscale eenheid is dat de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij(en) in Nederland gevestigd moeten zijn. Het is in beginsel niet mogelijk voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen. Hier zijn echter vier uitzonderingen op. Twee uitzonderingen doen zich op basis van artikel 15, vierde lid, derde volzin Wet VpB 1969 voor in de volgende situatie: belastingplichtigen die op grond van de nationale wet of op grond van de Belastingregeling voor het Koninkrijk, dan wel een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting niet in Nederland zijn gevestigd maar wel een onderneming drijven met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting, kunnen onder bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden, deel uitmaken van een fiscale eenheid voor zover het heffingsrecht over de uit die onderneming genoten winst ingevolge de Belastingregeling voor het Koninkrijk, de Belastingregeling voor het land Nederland, dan wel een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting, aan Nederland is toegewezen. Op basis van artikel 32 tot en met 34 van het Besluit Fiscale Eenheid 2003 zijn er twee situaties te onderscheiden. Te weten het vormen van een fiscale eenheid met een vaste inrichting van een buitenlands belastingplichtige moedermaatschappij en het vormen van een fiscale eenheid met een vaste inrichting van een buitenlands belastingplichtige dochtermaatschappij. De belastingplichtige dient wel aan een drietal voorwaarden te voldoen (artikel 15, vierde lid Wet VpB 1969). De twee andere uitzonderingen betreffen de Papillon fiscale eenheid en de zusjes fiscale eenheid. Deze twee uitzonderingen worden, vooruitlopend op wetgeving³, toegestaan op basis van een besluit⁴ naar aanleiding van het arrest SCA Group Holding c.a.⁵ hetgeen later in deze paragraaf aan bod komt. De Papillon variant is een fiscale eenheid tussen een moedermaatschappij met haar in hetzelfde land gevestigde kleindochtervennootschap, waarbij

³ Op 16 oktober 2015 is een wetsvoorstel (*Kamerstukken II* 2015/16, 34 323, nr. 2.) ingediend waarin het fiscale eenheidsregime wordt aangepast naar aanleiding van het arrest SCA Group Holding. Op het moment van schrijven is dit wetsvoorstel nog niet aangenomen door zowel de eerste als de tweede kamer.

⁴ Staatssecretaris van Financiën, Besluit van 16 december 2014, nr. BLKB2014/2137M

⁵ HvJ 12 juni 2014, C-39/13 t/m C-41/13, SCA Group Holding e.a., BNB 2014/216.

de aandelen in de kleindochtervennootschap gehouden worden door een kwalificerende maatschappij uit de Europese Unie/Europese Economische Ruimte (hierna: EU). De zusjes variant is een fiscale eenheid tussen zustermaatschappijen die in het zelfde land zijn gevestigd met een gezamenlijke EU-tophoudstermaatschappij.

Omdat het in principe niet mogelijk is om een grensoverschrijdende fiscale eenheid te vormen is het in principe ook niet mogelijk om buitenlandse verliezen te verrekenen met binnenlandse winsten. Hierover is een arrest gewezen in de zaak Marks & Spencer II⁶. In deze zaak oordeelde het HvJ dat in bepaalde gevallen moet worden toegestaan dat verliezen van dochtermaatschappijen die zijn geleden in andere lidstaten en die in de bronstaat niet meer kunnen worden verrekend, moeten kunnen worden verrekend in de woonstaat van de moedermaatschappij. Dit wordt door Wattel het ‘altijd ergens beginsel’⁷ genoemd.

In Finland kent men een regeling die het mogelijk maakt om fiscaal gefaciliteerd winst over te hevelen tussen gelieerde vennootschappen die in Finland zijn gevestigd. In de zaak Oy AA⁸ wilde een Finse vennootschap winsten overhevelen naar een buitenlandse vennootschap; dit werd echter niet toegestaan door de Finse Belastingdienst. De zaak kwam voor bij het HvJ en daar werd geoordeeld dat de Finse regeling een belemmering vormde. Immers, er kan geen gebruik van de regeling worden gemaakt als de vennootschap waarnaar de winst wordt overgeheveld zich niet in Finland bevindt. De belemmering kan echter gerechtvaardigd worden met een beroep op de evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen lidstaten, het voorkomen van dubbele verliesverrekening en het vermijden van belastingontwijking. De Finse regeling werd op grond daarvan niet in strijd met Europees recht (hierna: EU-recht) geacht.

Zoals al eerder aangegeven is het in principe niet toegestaan dat buitenlandse vennootschappen een fiscale eenheid vormen met een in Nederland gevestigde moeder- of dochtermaatschappij. Daarnaast kunnen Nederlandse moedermaatschappijen geen fiscale eenheid vormen met haar Nederlandse kleindochtervennootschappen, als de aandelen in de kleindochtervennootschap gehouden worden door een niet in Nederland gevestigde vennootschap. Ditzelfde geldt voor het Franse fiscale eenheidsregime. Hierover is geprocedeerd in de zaak Société Papillon⁹. In deze zaak

⁶ HvJ 13 december 2005, C-446/03, Marks & Spencer II, *BNB* 2006/72.

⁷ P.J. Wattel, noot bij HvJ 13 december 2005, C-446/03, Marks & Spencer, II *BNB* 2006/72.

⁸ HvJ 13 juli 2007, C-231/05, Oy AA, *V-N* 2007/57.13.

⁹ HvJ 27 november 2008, C-418/07, Société Papillon, *V-N* 2008/59.20.

constateerde het HvJ een belemmering van de vrijheid van vestiging omdat het fiscale eenheidsregime in Frankrijk alleen toegankelijk is voor in Frankrijk gevestigde maatschappijen en dat het daarom voor een Franse moedermaatschappij niet mogelijk is om een fiscale eenheid te vormen met haar kleindochtermaatschappij, als de aandelen in die kleindochtermaatschappij gehouden worden door een maatschappij die niet in Frankrijk gevestigd is. Voor deze belemmering bestaat geen rechtvaardiging, de regeling is daarom in strijd met EU-recht.

In Nederland is geprocedeerd over het vormen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid in de zaak X Holding¹⁰. In deze zaak wilde een Nederlandse moedermaatschappij een fiscale eenheid vormen met een in België gevestigde dochtermaatschappij; dit werd door de Belastingdienst niet toegestaan. Het niet toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging waarvoor een dwingende reden van algemeen belang bestaat. Als het toegestaan zou zijn om een fiscale eenheid te vormen met niet in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen, kan de Nederlandse moedermaatschappij er namelijk voor kiezen om in het ene jaar wel en het andere jaar niet een fiscale eenheid te vormen. Zo ontstaat de vrijheid om te kiezen in welke lidstaat de verliezen van een buitenlandse dochtermaatschappij verrekend worden. Het Nederlandse fiscale eenheidsregime is daarom niet in strijd met EU-recht.

In de zaak SCA Group Holding, die bestaat uit de gevoegde zaken SCA, X AG en anderen, en MSA, werd geprocedeerd over het vormen van een Papillon fiscale eenheid en een zusjes fiscale eenheid in Nederland. Het HvJ constateert in deze zaak dat het niet kunnen vormen van een Papillon fiscale eenheid en een zusjes fiscale eenheid een belemmering van de vrijheid van vestiging vormt. Voor deze belemmering bestaat geen rechtvaardigingsgrond, de regeling is daarom in strijd met EU-recht.

Uit deze zaken kan afgeleid worden dat het HvJ bepaalde voorwaarden om een fiscale eenheid te vormen, zoals in de zaken Société Papillon en SCA Group Holding naar voren komt, in strijd acht met het EU-recht. In de zaak Marks & Spencer II komt naar voren dat grensoverschrijdende verliesverrekening niet zondermeer wordt toegestaan, behalve als er geen mogelijkheid meer bestaat om de verliezen in het land van vestiging te verrekenen. Dat het tegengaan van grensoverschrijdende verliesverrekening niet in strijd is met EU-recht wordt herhaald in de zaak

¹⁰ HvJ 25 februari 2010, C-337/08, X Holding, *BNB* 2010/166.

Oy AA. Het fiscale eenheidsregime, sec gezien, is niet strijdig met EU-recht, zo blijkt uit de zaak X Holding. Immers, als het fiscale eenheidsregime ook toegankelijk wordt voor buitenlandse vennootschappen kan, zoals hiervoor aangegeven is, grensoverschrijdende verliesverrekening plaatsvinden.

Het arrest Groupe Steria lijkt verandering te brengen in de gedachte van het HvJ dat de grensoverschrijdende fiscale eenheid niet in strijd is met EU-recht. Zoals al eerder aangegeven vormt het Franse fiscale eenheidsregime een inbreuk op de vrijheid van vestiging. In Frankrijk worden winstuitkeringen van dochtervennootschappen aan hun moedermaatschappijen in principe niet belast. Uitzondering daarop is dat 5% van de uitgekeerde winst - dit is forfaitair vastgesteld om rekening te houden met deelnemingskosten - niet in mindering kan worden gebracht op de grondslag. Als moeder- en dochtermaatschappijen een fiscale eenheid vormen is de winst wel volledig vrijgesteld. Omdat het voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk is om met een Franse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen, kan niet alle winst onbelast worden uitgekeerd. Dit is een verschil in behandeling en vormt een niet gerechtvaardigde beperking van de vrijheid van vestiging.

Het HvJ geeft in deze zaak aan dat een bepaald voordeel van de Franse fiscale eenheid in strijd is met het EU-recht, wat niet toegankelijk is voor buitenlandse vennootschappen omdat het in principe niet mogelijk is om een grensoverschrijdende fiscale eenheid te vormen. De vraag is of sommige nadelen, die ontstaan doordat er in bepaalde grensoverschrijdende situaties geen Nederlandse fiscale eenheid kan worden aangegaan, in strijd zijn met het EU-recht. Er zijn namelijk diverse regelingen die binnen het fiscale eenheidsregime niet of anders worden toegepast en daarmee voor een belastingplichtige minder nadelig zijn. Wat die regelingen betreft kan er sprake zijn van strijdigheid met het EU-recht, aangezien het fiscale eenheidsregime in principe alleen toegepast kan worden als de moeder- en de dochtermaatschappij feitelijk in Nederland gevestigd zijn.

Bij regelingen die niet of anders worden toegepast binnen het fiscale eenheidsregime en mogelijk in strijd zijn met het EU-recht moet o.a. gedacht worden aan:

- de thincapitalisationregeling¹¹;

¹¹ Is inmiddels afgeschaft maar kan nog spelen bij ‘openstaande jaren’ waarin artikel 10d bestond.

- verliesverrekening;
- het verschuiven van activa;
- de deelnemingsvrijstelling (artikel 13 Wet VpB 1969, niet-kwalificerende beleggingsdeelneming en valutaverliezen);
- de renteaftrekbeperkingen (artikel 10a, 13l en 15ad Wet VpB 1969);
- de herinvesteringsreserve (artikel 3.54 Wet IB 2001); en
- de innovatiebox (artikel 12b Wet VpB 1969).

1.2 Vraagstelling en toetsingscriteria

In deze thesis wordt de volgende vraagstelling onderzocht:

Zijn er elementen van de Nederlandse fiscale eenheid die in strijd zijn met het EU-recht en zo ja, hoe kan deze strijdigheid worden weggenomen?

Bij het beantwoorden van de vraagstelling worden de volgende sub vragen gebruikt:

- *Welke elementen van de Nederlandse fiscale eenheid zijn mogelijk in strijd met het EU-recht?*
- *Hoe kan de mogelijke strijdigheid met het EU-recht worden opgelost binnen het fiscale eenheidsregime?*
- *Zijn er alternatieven voor het fiscale eenheidsregime die oplossingen bieden voor de (mogelijke) strijdigheid daarvan met het EU-recht en zo ja, welke?*

De in de inleiding genoemde elementen van de fiscale eenheid worden getoetst aan het EU-recht om zo te kunnen beoordelen of deze elementen daarmee in strijd zijn.

De oplossingsrichtingen om de strijdigheid met het EU-recht, van bepaalde elementen van de fiscale eenheid, weg te nemen worden net als de alternatieven voor de huidige fiscale eenheid getoetst aan het EU-recht. Daarnaast wordt ook gekeken of de oplossingsrichtingen en de alternatieven passen binnen het internationale belastingrecht. Verder wordt er ook rekening gehouden met de budgettaire gevolgen en de gevolgen voor het (fiscale) vestigingsklimaat.

Tenslotte worden de oplossingsrichtingen en alternatieven getoetst op hun uitvoerbaarheid en efficiency.

1.3 Afbakening onderwerp

De zaak Groupe Steria heeft mogelijk impact op alle, in de inleiding genoemde, elementen van de fiscale eenheid. Omwille de omvang van deze thesis, worden alleen de elementen behandeld waarbij mijns inziens strijdigheid met het EU-recht het meest voor de hand ligt, te weten:

- renteaftrekbepeningen (artikel 10a en artikel 131 Wet VpB 1969);
- verliesverrekening (artikel 20, lid 4 en artikel 20a, lid 4 Wet VpB 1969); en
- de herinvesteringsreserve.

Er wordt getoetst aan de vrijheid van vestiging¹², omdat de andere vrijheden uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) geen rol spelen bij het fiscale eenheidsregime. Het vrije verkeer van kapitaal speelt hier niet vanwege het 95%-vereiste voor het vormen van een fiscale eenheid. Er kan namelijk in beginsel geen beroep op het vrije verkeer van kapitaal worden gedaan als de aandeelhouder feitelijk beslissende invloed heeft over de onderliggende ondernemingsactiviteiten.¹³

Omdat alleen in de EU gevestigde vennootschappen een beroep kunnen doen op de vrijheid van vestiging is er geen doorwerking naar derde landen en wordt daar in deze thesis ook geen aandacht aan besteed.

Bij het toetsen of de oplossingsrichtingen en alternatieven binnen het internationale belastingrecht passen, wordt alleen gekeken naar het feit of Nederland geen inbreuk maakt op de goede verdragstrouw, waarbij het huidige OESO-modelverdrag als uitgangspunt wordt genomen.

1.4 Opzet onderzoek

In hoofdstuk twee komt het EU-recht met betrekking tot de fiscale eenheid aan bod. Eerst wordt de rol van het HvJ uiteengezet. Naast de rol van het HvJ wordt ook uitgelegd hoe het HvJ toetst of een bepaalde regeling in strijd is met het EU-recht. Tevens komen de rechtvaardigingsgronden aan

¹² Onderdeel van de vrijheid van diensten.

¹³ E. Nijkeuter en M.F. de Wilde, 'Met de kennis van nu... (deel 1)', *WFR* 2013/138.

bod. Daarnaast wordt ingegaan op de vrijheid van vestiging aangezien deze speelt in alle te behandelen arresten. Voorts wordt de meest relevantie jurisprudentie voorafgaande aan de zaak Groupe Steria behandeld, alvorens er wordt ingegaan op de zaak Groupe Steria zelf.

In hoofdstuk drie staan bepaalde renteaftrekbeperkingen centraal. Artikel 10a en 13l Wet VpB 1969 worden in dit hoofdstuk besproken. Allereerst wordt de achtergrond van de renteaftrekbeperking behandeld, alvorens in te gaan op de wijze waarop de rente in aftrek wordt beperkt. Vervolgens wordt de uitwerking van de renteaftrekbeperkingen onder het fiscale eenheidsregime behandeld. Vervolgens wordt getoetst of de uitwerking binnen fiscale eenheid leidt tot strijdigheid met EU-recht.

In hoofdstuk vier komt verliesverrekening aan bod. De mogelijkheden tot verliesverrekening en regelingen daaromtrent worden als eerste behandeld. Daarna wordt de achtergrond en uitwerking van artikel 20, vierde tot en met zesde lid en artikel 20a, vierde en zesde lid, Wet VpB 1969 uiteengezet. Vervolgens wordt de uitwerking onder het fiscale eenheidsregime besproken. Tenslotte wordt getoetst of de uitwerking binnen fiscale eenheid leidt tot strijdigheid met EU-recht.

In hoofdstuk vijf wordt de herinvesteringsreserve besproken. De achtergrond en uitwerking van de regeling wordt eerst besproken zonder toepassing van het fiscale eenheidsregime, alvorens in te gaan om de uitwerking binnen fiscale eenheid. Tenslotte wordt getoetst of de uitwerking binnen fiscale eenheid leidt tot strijdigheid met EU-recht.

In hoofdstuk zes wordt onderzocht of er oplossingsrichtingen zijn, om de strijdigheid met EU-recht weg te nemen, binnen het huidige fiscale eenheidsregime. Daarnaast worden alternatieven voor de huidige fiscale eenheid onderzocht. Er wordt gekeken of de oplossingsrichtingen en alternatieven binnen het EU-recht en het internationale belastingrecht passen. Verder wordt ook rekening gehouden met de budgettaire gevolgen en het (fiscale) vestigingsklimaat. Vervolgens wordt bekeken of de oplossingsrichtingen en alternatieven efficiënt en praktisch uitvoerbaar zijn. De beste oplossingsrichting en het beste alternatief worden gekozen, alvorens deze met elkaar te vergelijken.

Hoofdstuk zeven bevat de samenvatting en conclusie. In dit hoofdstuk wordt met behulp van de in paragraaf 1.2 genoemde sub-vragen antwoord gegeven op de vraagstelling.

Hoofdstuk 2: Het EU-recht en de fiscale eenheid

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt het EU-recht in relatie tot de fiscale eenheid aan bod. Hier worden relevante arresten van het HvJ met betrekking tot de fiscale eenheid besproken. Het doel van dit hoofdstuk is om de visie van het HvJ over de fiscale eenheid te onderzoeken, zoals deze gold voor het arrest *Groupe Steria*. Vervolgens wordt onderzocht of die visie met de zaak *Groupe Steria* is veranderd. Met andere woorden, kijkt het HvJ nu anders aan tegen de fiscale eenheid in EU-verband en heeft dit mogelijk gevolgen voor de Nederlandse fiscale eenheid.

Ten eerste wordt in paragraaf 2.2 de rol van het HvJ besproken en wordt uitgelegd hoe het HvJ toetst of een bepaalde regeling in strijd is met EU-recht. Tevens komen de rechtvaardigingsgronden aan bod. Daarnaast wordt ingegaan op de vrijheid van vestiging, aangezien deze vrijheid de basis vormt in alle te behandelen arresten. Zoals al eerder aangegeven speelt het vrij verkeer van kapitaal niet bij de fiscale eenheid, aangezien er feitelijk beslissende invloed moet worden uitgeoefend op de te voegen dochtervennootschap(pen).

In paragraaf 2.3 wordt eerst ingegaan op de diverse fiscale eenheidsregelingen en grensoverschrijdende verliesverrekening in EU-verband. Voorts worden de arresten *Marks & Spencer II*, *Oy AA*, *Société Papillon*, *X Holding* en *SCA Group Holding* e.a. uiteengezet en geanalyseerd. Tijdens het bespreken van de arresten zullen ook groepsregelingen, die afwijken van de Nederlandse fiscale eenheid aan bod komen en wordt bezien in hoeverre dit van belang is voor het oordeel van het HvJ.

Na de bespreking van de arresten wordt in paragraaf 2.4 een (tussen)conclusie gegeven van de visie van het HvJ. Daarna zal de zaak *Groupe Steria* uitvoerig worden besproken en geanalyseerd, alvorens in te gaan op de mogelijk andere zienswijze van het HvJ en de gevolgen van het arrest voor de Nederlandse fiscale eenheid. Het hoofdstuk wordt in paragraaf 2.6 afgesloten met een samenvatting en conclusie.

2.2 Het Hof van Justitie

Het HvJ dient ervoor te zorgen dat het EU-recht in alle lidstaten op gelijke wijze wordt uitgelegd en toegepast. Verder wordt toezicht gehouden op de lidstaten en EU-instellingen en gecontroleerd of zij zich aan het EU-recht houden. Daarnaast worden juridische geschillen beslecht tussen regeringen van de lidstaten en EU-instellingen. De meest voorkomende zaken die het HvJ behandelt komen voort uit verzoeken om interpretatie van de wetgeving. Hierbij moet men vooral denken aan de vraag of een bepaalde nationale bepaling verenigbaar is met het EU-recht. Indien een nationale rechter twijfelt over de interpretatie van een bepaling uit het EU-recht, heeft hij de mogelijkheid en soms de verplichting om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ. Het HvJ is bevoegd daarover te oordelen op basis van artikel 267 VwEU.

Bij alle zaken gebruikt het HvJ een beslisschema. Alvorens het HvJ materieel toetst aan het EU-recht, moet eerst bepaald worden of belanghebbende wel toegang tot deze bepalingen heeft. Belanghebbende moet binnen het bereik van het VwEU of het secundaire EU-recht vallen. Men moet bijvoorbeeld met succes een beroep doen op een bepaalde verdragsvrijheid. Het EU-recht kent vier fundamentele verdragsvrijheden¹⁴, te weten:

- vrij verkeer van goederen (artikel 28 VwEU);
- vrij verkeer van personen (artikel 45 en 49 VwEU);
- vrij verkeer tot het verrichten van diensten (artikel 56 VwEU);
- vrij verkeer van kapitaal (artikel 63 VwEU).

Het vrij verkeer van personen valt uiteen in het vrij verkeer van werknemers en de vrijheid van vestiging. Zoals in paragraaf 1.3 is aangegeven, wordt in deze thesis alleen getoetst aan de vrijheid van vestiging. De vrijheid van vestiging is opgenomen in de artikelen 49 en 54 VwEU.

In artikel 49 VwEU staat:

“In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen

¹⁴ J.J.A.M. Korving, Fiscale Praktijkreeks, ‘Europees Belastingrecht’, par. 3.3.3.

of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.”

Daarnaast is in artikel 54 VwEU het volgende opgenomen:

“De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.

Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen.”

Op basis van deze artikelen is het voor lidstaten verboden om bepalingen in hun nationale wet op te nemen waarin niet-ingezetene vennootschappen ongunstiger worden behandeld dan ingezeten vennootschappen.

Naast het feit dat een belanghebbende binnen het bereik van het EU-recht moet vallen, moet er in casu sprake zijn van een grensoverschrijdende situatie. Als een belanghebbende toegang heeft tot het EU-recht, gaat het HvJ over tot materiële toetsing van de zaak. Ten eerste wordt de vraag gesteld of sprake is van een discriminatie en/of een belemmering. Er wordt hier gekeken of een puur binnenlandse situatie gunstiger uitpakt dan een grensoverschrijdende situatie. Als sprake is van discriminatie c.q. een belemmering wordt bekeken of hiervoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. Het HvJ heeft tot op heden zes dwingende redenen van algemeen belang gehonoreerd. Deze luiden als volgt:¹⁵

¹⁵ D.M. Weber, Europees belastingrecht, Cursus belastingrecht, Deventer: Kluwer (online via Kluwer navigator). 5.2.1.C.

- de doeltreffendheid van fiscale controles;
- de verstoring van het evenwicht en de wederkerigheid van de tussen een lidstaat en een derde land gesloten bilaterale internationale overeenkomst;
- de noodzaak om de samenhang van het belastingsysteem te handhaven;
- het voorkomen dat een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar komt;
- de bestrijding van ontwijking van nationaal (belasting)recht en misbruik van gemeenschapsrecht;
- de verschillende redenen (evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid/double dipping/belastingontwijking) om grensoverschrijdende verliesverrekening uit te sluiten.

Als de belemmering c.q. discriminatie kan worden gerechtvaardigd door één of meer van de bovenstaande dwingende redenen van algemeen belang, dient te worden beoordeeld of de rechtvaardigingsgrond(en) proportioneel en noodzakelijk is/zijn.

2.3 Aanloop naar de zaak Groupe Steria

Naast de Nederlandse fiscale eenheid bestaan er binnen de EU nog andere soortgelijke fiscale eenheidsregelingen. Deze regelingen zien vooral op onderlinge verliesverrekening en kunnen in drie categorieën worden ingedeeld, te weten:¹⁶

- overbrenging van verliezen binnen de groep;
- pooling van fiscale resultaten van de groep;
- volledige fiscale consolidatie.

Binnen de categorie overbrenging van verliezen binnen de groep vallen de systemen van groepsaftrek en groepsbijdrage. Beide systemen voorzien in verrekening van verliezen met winsten binnen de groep. Met de groepsaftrekregeling worden verliezen van de ene maatschappij overgedragen aan een andere winstgevende maatschappij. Bij de groepsbijdrageregeling is dit precies andersom; daar worden winsten van de ene maatschappij overgedragen aan een andere verliesgevende maatschappij. Economisch gezien hebben beide systemen hetzelfde effect.

¹⁶ 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 def., p. 7.

Pooling van fiscale resultaten van de groep houdt in dat de fiscale resultaten van alle groepsmaatschappijen bij de moedermaatschappij in aanmerking worden genomen.

Volledige fiscale consolidatie houdt in dat de rechtspersoonlijkheid en de onderlinge transacties van groepsmaatschappijen fiscaal niet in aanmerking worden genomen. Het Nederlandse fiscale eenheidsregime valt in deze categorie.

De Europese Commissie (hierna: de Commissie) is van mening dat het niet kunnen verrekenen van verliezen, geleden in andere lidstaten door vaste inrichtingen en dochterondernemingen aldaar, de interne markt ernstig kunnen belemmeren. De Commissie heeft in 1990¹⁷ een voorstel voor een richtlijn betreffende grensoverschrijdende verliesverrekening gepubliceerd; dit voorstel is echter in 2001¹⁸ ingetrokken. De reden hiervoor was dat de Commissie een nieuw voorstel aan het voorbereiden was. De Commissie publiceerde in 2006¹⁹ een mededeling over grensoverschrijdende verliesverrekening waarin drie alternatieven stonden hoe er met grensoverschrijdende verliesverrekening dient te worden omgegaan. Deze alternatieven zijn de volgende:

- definitieve overbrenging van verliezen (overbrenging van verliezen binnen de groep);
- tijdelijke overbrenging van verliezen (methode van aftrek en inhaal);
- onmiddellijke belasting van de resultaten van de dochtermaatschappij (geconsolideerde-winstmethode).

Deze alternatieven zijn summier uiteengezet en dienen nader te worden uitgewerkt aan de hand van jurisprudentie van het HvJ. De mededeling is gepubliceerd naar aanleiding van het arrest Marks & Spencer II. Dit arrest wordt hierna besproken. Tot op heden is aan de uitwerking van de varianten in de mededeling geen enkele invulling gegeven.

¹⁷ Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de in verliezen van hun in andere Lid-Statens gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen, 24 januari 1991, COM(90) 595 def.

¹⁸ Mededeling van de Europese Commissie betreffende het intrekken van voorstellen van de Commissie die niet meer actueel zijn, 21 december 2001, COM(2001)763 final/2.

¹⁹ 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 def., p. 9.

2.3.1 Marks & Spencer II

In het Verenigd Koninkrijk is het mogelijk voor ingezetene vennootschappen van een groep om onderling winsten en verliezen te verrekenen. Dit wordt de “groepsaftrek” genoemd. Op verzoek kan de aftrek voor het bedrijfsverlies worden overgedragen van de ene vennootschap naar de andere vennootschap in de vorm van een vermindering van de vennootschapsbelasting. De groepsaftrek kan alleen worden toegepast tussen rechtspersonen die ingezetene zijn in het Verenigd Koninkrijk.

Marks & Spencer, opgericht en geregistreerd in Engeland en Wales, heeft dochtermaatschappijen in onder andere België, Duitsland en Frankrijk. Op 31 december 2001 wordt de Franse dochtervennootschap verkocht aan derden en worden de activiteiten van de Belgische en Duitse dochtervennootschappen volledig stopgezet. Marks & Spencer verzoekt in het Verenigd Koninkrijk om groepsaftrek voor de in België, Duitsland en Frankrijk geleden verliezen van de dochtermaatschappijen. Het verzoek wordt door de Belastingdienst in het Verenigd Koninkrijk afgewezen.

Het HvJ toetst of de regeling van de groepsaftrek een strijdige beperking vormt van de vrijheid van vestiging. Het HvJ geeft aan dat de groepsaftrek een fiscaal voordeel oplevert. Als dit voordeel niet wordt toegekend aan de moedervernootschap voor het verlies van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap, is sprake van een belemmering van de vrijheid van vestiging. Het verlies van een ingezetene dochtervennootschap wordt immers fiscaal anders behandeld dan het verlies van een in een andere lidstaat gevestigde dochtervennootschap.

Het Verenigd Koninkrijk geeft aan dat het waarborgen van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten, het gevaar van dubbele verliesverrekening en het gevaar van belastingontwijking als rechtvaardigingsgrond dienen voor de belemmering van de vrijheid van vestiging. In rechtsoverweging 51 oordeelt het HvJ dat de drie aangehaalde rechtvaardigingsgronden samen beschouwd, met de belemmerende maatregel rechtmatige doelstellingen worden nagestreefd die zich met het VwEU verdragen en gerechtvaardigd zijn uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang, en dat deze regeling daarenboven geschikt is om deze doelstellingen te verwezenlijken.

Volgens het HvJ moet er desalniettemin worden bekeken of de belemmerende maatregel niet verder gaat dan nodig is om de gestelde doelstellingen te bereiken. Het HvJ oordeelt in rechtsoverweging 55 dat de belemmerende maatregel verder gaat dan nodig is in de volgende situaties:

- de niet-ingezeten dochtervennootschap die 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.

Indien aan bovenstaande voorwaarden voldaan wordt, is het uitsluiten van de groepsaftrek voor het verlies van niet-ingezeten dochtervennootschappen in strijd met de vrijheid van vestiging.

In de einduitspraak²⁰ in het Verenigd Koninkrijk heeft de Supreme Court geoordeeld dat de uitspraak van het HvJ in deze zaak zo moet worden uitgelegd dat de verliezen definitief moeten zijn wanneer zij geclaimd worden en niet aan het einde van het desbetreffende boekjaar.

Naar aanleiding van het arrest heeft het Verenigd Koninkrijk zijn wetgeving aangepast. Na de wetswijziging werd het mogelijk om onder bepaalde voorwaarden grensoverschrijdende groepsaftrek toe te passen. De Commissie was echter van mening dat de regeling in strijd was met de vrijheid van vestiging omdat het in de praktijk vrijwel onmogelijk zou zijn om gebruik te maken van de groepsaftrek voor verliezen van niet-ingezeten vennootschappen en is daarom een infractieprocedure²¹ gestart tegen het Verenigd Koninkrijk. Het HvJ oordeelde in die procedure dat het wel degelijk mogelijk is om verliezen van een niet-ingezeten dochter te verrekenen; de regeling is daarom niet in strijd met het EU-recht.

²⁰ United Kingdom Supreme Court, 19 februari 2014, Revenue and Customs v Marks and Spencer plc, UKSC 11.

²¹ HvJ 3 februari 2015, C-172/13, Commissie/Verenigd Koninkrijk.

Het draait in het arrest Marks & Spencer II om grensoverschrijdende verliesverrekening. Er wordt namelijk een verzoek gedaan voor het verrekenen van verliezen die zijn geleden in andere lidstaten. Het HvJ oordeelt dat er weliswaar sprake is van een beperking, maar dat dit wordt gerechtvaardigd door het waarborgen van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten, het gevaar van dubbele verliesverrekening en het gevaar van belastingontwijking samen beschouwd. Dit houdt in dat de rechtvaardigingsgronden los van elkaar beschouwd de beperking niet rechtvaardigen. Het HvJ geeft aan dat het gevaar van dubbele verliesverrekening, indien zelfstandig beoordeeld, de beperking niet rechtvaardigt. Het gevaar van belastingontwijking en het waarborgen van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten kunnen wel worden gezien als rechtvaardigingsgronden voor de beperking. Het is opmerkelijk dat het HvJ aangeeft dat de rechtvaardigingsgronden samen beschouwd de beperking rechtvaardigen en niet gewoon aangeeft dat het gevaar van belastingontwijking en het waarborgen van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten de beperking rechtvaardigen.

Het is voor niet-ingezeten rechtspersonen in principe niet mogelijk om verliezen te verrekenen met winsten van ingezeten vennootschappen binnen de groep. Het is wel mogelijk om de verliezen te verrekenen indien de bestaande mogelijkheden van verliesverrekening zijn uitgeput en er geen mogelijkheid meer bestaat om het verlies in te toekomst te verrekenen. Tijdens de infractieprocedure oordeelt het HvJ in rechtsoverweging 36 dat de verliezen van een niet-ingezeten dochteronderneming slechts als definitief te beschouwen zijn indien deze onderneming geen inkomsten meer heeft in de lidstaat waar zij gevestigd is. Het HvJ verwijst hierbij naar het arrest A Oy²², waar in rechtsoverweging 53 is geoordeeld dat als de dochteronderneming zelfs maar minimale inkomsten blijft genereren, het nog mogelijk is om de verliezen te verrekenen met toekomstige winsten.

Uit het arrest Marks & Spencer II blijkt niet hoe de hoogte van het in aanmerking te nemen verlies moet worden bepaald. De hoogte van het in aanmerking te nemen verlies kan op twee manieren worden bepaald. Dit kan volgens de regels van de lidstaat waar het verlies geleden is of de lidstaat waar het verlies verrekend gaat worden. Ravelli en Rozendal²³ geven aan dat het HvJ in het arrest

²² HvJ 21 februari 2013, C-123/11, A Oy.

²³ A.W. Ravelli en A. Rozendal, 'De 'Marks & Spencer-uitzondering' nog altijd springlevend', *WFR* 2013/844.

A Oy aan lijkt te geven dat de hoogte van de in aanmerking te nemen verliezen dient te worden vastgesteld aan de hand van de regels van de lidstaat waar de verliezen uiteindelijk verrekend worden. Dit lijkt mij juist aangezien het HvJ in rechtsoverweging 59 van het arrest A Oy aangeeft dat de verliesberekening in de regel niet mag leiden tot een verschil in behandeling, vergeleken met de berekening die, in hetzelfde geval, zou worden gemaakt voor de overname van het verlies van een ingezeten dochteronderneming. In de einduitspraak in het Verenigd Koninkrijk in de zaak Marks & Spencer II heeft de Supreme Court in rechtsoverweging 53 geoordeeld dat de hoogte van het in aanmerking te nemen verlies moet worden vastgesteld in de staat waarin de verliezen zijn opgekomen en vervolgens omgezet moeten worden volgens de Britse regels. Dit komt overeen met het oordeel van het HvJ in de zaak A Oy en is mijns inziens juist.

2.3.2 Oy AA

In Finland kent men een belastingregeling voor overdrachten binnen een groep. Onder een overdracht wordt in dit verband verstaan: een overdracht, niet in de vorm van een investering in het kapitaal, door een actieve aandelenvennootschap aan een andere aandelenvennootschap ten behoeve van haar activiteit. Een overdracht binnen een groep wordt bij de belastingheffing van de verrichter ervan beschouwd als uitgave, en bij de belastingheffing van de ontvanger ervan als inkomsten. Oy AA, een vennootschap naar Fins recht, wilde een financiële groepsoverdracht doen aan de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap AA Ltd., die indirect 100% van de aandelen in Oy AA houdt. Oy AA heeft de Finse centrale belastingcommissie gevraagd om een prealabele uitspraak te doen over het feit of het verlies samenhangend met de voorgenomen overdracht aftrekbaar zou zijn. Vanwege het feit dat de ontvanger niet in Finland is gevestigd is de overdracht niet aftrekbaar bij Oy AA, volgens de centrale belastingcommissie aldaar.

De zaak kwam voor bij het HvJ, nadat de verwijzende rechter gevraagd had of de nationale regeling de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal beperkt. Het HvJ geeft aan dat aan de toetsing van het vrij verkeer van kapitaal niet wordt toegekomen vanwege het feit dat AA Ltd. een zodanige invloed heeft op de besluiten van Oy AA dat hij de activiteiten ervan kan bepalen. Als de nationale regeling een beperking vormt op het vrije verkeer van kapitaal is dat een direct gevolg van een belemmering van de vrijheid van vestiging. Het HvJ is van oordeel dat de nationale regeling een beperking van de vrijheid van vestiging vormt. Dit vanwege het verschil in

behandeling tussen ingezeten dochterondernemingen op grond van de plaats van vestiging van hun moedermaatschappij.

Door onder andere de Finse regering worden de noodzaak de samenhang van het betrokken belastingstelsel te verzekeren, het waarborgen van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten, de vrees voor belastingontwijking en het territorialiteitsbeginsel als rechtvaardigingsgronden aangedragen. Het waarborgen van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en het gevaar van belastingontwijking worden door het HvJ als rechtvaardiging voor de beperking aanvaard. Men is van mening dat de nationale regeling, die het recht om een overdracht aan een moedermaatschappij van de belastbare inkomsten van een dochteronderneming af te trekken slechts verleent indien de moedermaatschappij en de dochteronderneming in dezelfde lidstaat zijn gevestigd, rechtmatige doelstellingen nastreeft, die met het Verdrag verenigbaar zijn en verband houden met dwingende redenen van algemeen belang, en dat deze regeling geschikt is om deze doelstellingen te verwezenlijken, aldus het HvJ in rechtsoverweging 60. De regeling wordt door het HvJ evenredig geacht met haar doelstelling. De Finse regeling voor overdrachten binnen een groep is daarom niet in strijd met de vrijheid van vestiging.

In de zaak *Oy AA* geeft het HvJ aan dat het niet toestaan van een aftrekpost ter grootte van de overdracht, vanwege het feit dat de vennootschap waarnaar wordt overgedragen een niet-ingezetene is van Finland, een gerechtvaardigde beperking van de vrijheid van vestiging vormt. De beperking wordt gerechtvaardigd door het waarborgen van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en het gevaar van belastingontwijking. Het doel van de overdracht is het verlagen van de winst in Finland en het verrekenen van de geleden verliezen in het Verenigd Koninkrijk. In die zin is het arrest vergelijkbaar met het arrest *Marks & Spencer II*.

In de zaak *Marks & Spencer II* wordt het niet toestaan van grensoverschrijdende verliesverrekening gerechtvaardigd door het waarborgen van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten, het gevaar van dubbele verliesverrekening en het gevaar van belastingontwijking tezamen. Waarbij alleen het gevaar van dubbele verliesverrekening op zichzelf staand geen rechtvaardigingsgrond was. In de zaak *Oy AA* wordt het gevaar van belastingontwijking samen met het waarborgen van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten als rechtvaardigingsgrond gezien. Het HvJ heeft in deze

zaak het gevaar van dubbele verliesverrekening laten vallen als rechtvaardigingsgrond, men is in rechtsoverweging 57 van mening dat de Finse regeling geen betrekking heeft op de aftrekbaarheid van verliezen. Tijdens de zaak Oy AA is het HvJ mijns inziens niet anders tegen grensoverschrijdende verliesverrekening aan gaan kijken dan tijdens de zaak Marks & Spencer II, aangezien men hier het gevaar van dubbele verliesverrekening heeft laten varen omdat dit bij de Finse regeling niet speelt. Daarnaast zijn de andere rechtvaardigingsgronden uit de zaak Marks & Spencer II ook in de zaak Oy AA aanvaard door het HvJ.

2.3.3 Société Papillon

In Frankrijk kent men een “fiscale integratie”-regeling. Deze regeling houdt in dat een vennootschap zich kan opgeven als enige belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting die is verschuldigd over het totaal van de resultaten van de groep waarin zij tijdens het boekjaar op duurzame wijze direct of indirect via vennootschappen van de groep, een participatie in het kapitaal van ten minste 95 procent bezit. De Franse vennootschap Papillon hield indirect, via de Nederlandse 100% dochtervennootschap Artist Performance and Communication, 99,99% van de aandelen van de in Frankrijk ingezeten vennootschap Kiron SARL. Papillon wilde samen met Kiron SARL en de dochtermaatschappijen hiervan, de fiscale integratieregeling toepassen. Dit werd door de Franse Belastingdienst geweigerd vanwege het feit dat de aandelen in Kiron SARL werden gehouden door een in Nederland ingezeten vennootschap en dat deze Nederlandse vennootschap niet in Frankrijk was onderworpen aan vennootschapsbelasting omdat het aldaar geen vaste inrichting had.

Het HvJ moet oordelen of de fiscale integratieregeling die kan worden toegepast op een in Frankrijk ingezeten moedervenootschap, die eveneens in die staat ingezeten dochter- en kleindochtervennootschappen houdt, terwijl toepassing van die regeling voor een dergelijke moedervenootschap is uitgesloten wanneer haar ingezeten kleindochtervennootschappen via een in een andere lidstaat ingezeten dochtervennootschap worden gehouden, een beperking van de vrijheid van vestiging inhoudt. Het HvJ is van oordeel dat hier sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Dit vanwege het benadelen van communautaire situaties ten opzichte van zuivere interne situaties.

De Duitse en Nederlandse regering dragen de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven aan als rechtvaardigingsgrond. Verder

wordt naar het arrest Marks & Spencer II en Oy AA verwezen en wordt gesteld dat ook het voorkomen dat verliezen dubbel worden verrekend en het bestrijden van belastingontwijking als rechtvaardigingsgrond dienen. Het HvJ geeft aan dat deze twee laatste rechtvaardigingen niet op gaan. Daarnaast kan de beperking ook niet worden gerechtvaardigd met een beroep op de verdeling van de heffingsbevoegdheid. De verwijzende rechter wilde, indien de fiscale integratieregeling strijdig zou zijn met de vrijheid van vestiging, vernemen of de beperking kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen. Het HvJ gaat hierin mee, maar geeft daarnaast wel aan dat de regeling niet verder mag gaan dan noodzakelijk is. Volgens het HvJ is dit wel het geval: hij is van mening dat de doelstelling ook kan worden bereikt met maatregelen die minder beperkend zijn voor de vrijheid van vestiging. Het HvJ geeft hierbij geen voorbeelden, maar is wel van mening dat alle benodigde informatie om dubbele verliesverrekening te voorkomen, in feite het waarborgen van de samenhang van het belastingstelsel, kan worden opgevraagd bij de andere lidstaten. Er is hier in casu daarom sprake van strijdigheid met de vrijheid van vestiging.

In de zaak Société Papillon geeft het HvJ aan dat het niet kunnen toepassen van de Franse fiscale integratieregeling tussen een ingezeten moedervenootschap en een ingezeten kleindochtervenootschap, wiens aandelen gehouden worden door een niet-ingezeten dochtervenootschap, in strijd is met de vrijheid van vestiging. In feite gaat het in deze zaak om het vormen van een fiscale eenheid met als gevolg het kunnen verrekenen van verliezen binnen   n jurisdictie tegenover grensoverschrijdende verliesverrekening in de zaken Marks & Spencer II en Oy AA. Vanwege het verschil tussen het verrekenen van verliezen binnen   n jurisdictie of tussen jurisdicties is het mijns inziens logisch dat in de zaak Société Papillon het waarborgen van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten geen rechtvaardiging voor de beperking vormt. Het gaat immers om de heffing van één staat. Daarom spelen dubbele verliesverrekening en belastingontwijking ook geen rol.

Door het HvJ wordt nu de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen als rechtvaardigingsgrond beschouwd voor de beperking. Dit is een verandering ten opzichte van de zaken Marks & Spencer II en Oy AA. Het HvJ geeft in rechtsoverweging 48 aan dat er sprake kan zijn van dubbele verliesverrekening als de Franse Belastingdienst de fiscale integratieregeling toestaat, de eerste keer als directe verliezen bij de kleindochtervenootschap en de tweede keer bij

de moedermaatschappij in de vorm van een voorziening voor de waardevermindering van de participatie in de dochtervennootschap. Dit in tegenstelling tot het eerdere oordeel dat de rechtvaardiging, het gevaar van dubbele verliesverrekening, niet opgaat. Het HvJ spreekt zichzelf nu tegen in één arrest. De vraag blijft hangen of het gevaar van dubbele verliesverrekening als rechtvaardigingsgrond nu geaccepteerd wordt door het HvJ, samen met de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen. Dit moet mijns inziens wel gebeuren, ook al ziet het op het gevaar van dubbele verliesverrekening binnen dezelfde lidstaat. Dit los van het feit dat de beperking dan nog steeds verder gaat dan noodzakelijk is. Aan de uitkomst van de zaak had het wel of niet accepteren van deze rechtvaardigingsgrond niets afgedaan. De regeling blijft in strijd met de vrijheid van vestiging.

2.3.4 X Holding

In Nederland is het in beginsel alleen mogelijk om een fiscale eenheid te vormen als de moeder- en de dochtermaatschappij beiden in Nederland zijn gevestigd. In de zaak X Holding wilde de Nederlandse vennootschap X Holding echter samen met haar in België gevestigde 100%-dochtervennootschap F een fiscale eenheid vormen. Het verzoek tot het vormen van een fiscale eenheid werd daarom door de Nederlandse Belastingdienst afgewezen. Het HvJ werd verzocht om te oordelen of het Nederlandse fiscale eenheidsregime, vanwege het feit dat er in principe alleen een fiscale eenheid kan worden gevormd indien de moeder- en dochtervennootschap beiden in Nederland zijn gevestigd, in strijd is met de vrijheid van vestiging.

Het HvJ geeft aan dat het kunnen vormen van een fiscale eenheid een voordeel oplevert, men noemt daarbij de mogelijkheid om winsten en verliezen te consolideren bij de moedermaatschappij evenals het fiscaal neutraal kunnen uitvoeren van transacties binnen de groep. Het niet toekennen van dit voordeel aan dochtervennootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd is in strijd met de vrijheid van vestiging.

De Duitse, Nederlandse en Portugese regering voeren de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten aan als rechtvaardigingsgrond. Het HvJ gaat hierin mee en geeft in rechtsoverweging 32 aan dat wanneer de contouren van de fiscale eenheid aldus kunnen worden gewijzigd, dit ertoe zou leiden dat wanneer de mogelijkheid werd aanvaard om een niet-ingezeten dochteronderneming daarin op te nemen, de moedervennootschap vrijelijk kan kiezen in welke lidstaat de verliezen van deze dochteronderneming in mindering worden gebracht. Het

HvJ is van mening dat de Nederlandse fiscale eenheid als evenredig beschouwd kan worden met de daarmee nagestreefde doelstellingen, omdat elke uitbreiding van het kunnen vormen van een fiscale eenheid in grensoverschrijdende situaties kan leiden tot de vrije keuze, voor de moedermaatschappij, in welke lidstaat de verliezen van haar dochtervennootschap in aanmerking worden genomen. Het HvJ is daarom van mening dat de Nederlandse fiscale eenheid niet in strijd is met de vrijheid van vestiging.

Het vormen van een fiscale eenheid tussen ingezetenen en niet-ingezetenen vennootschappen hoeft, blijkens het oordeel van het HvJ in de zaak X Holding, niet te worden toegestaan. Voor deze beperking wordt de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten aanvaard als rechtvaardigingsgrond. Dit is logisch aangezien het binnen fiscale eenheid met name mogelijk is om de winst en het verlies van de in de fiscale eenheid opgenomen vennootschappen te consolideren op het niveau van de moedermaatschappij en om intragroepstransacties fiscaal neutraal te houden, zie rechtsoverweging 18. Voor het niet toestaan van deze beide voordelen bestaan namelijk rechtvaardigingsgronden, zoals uit de in paragraaf 2.3.1 en 2.3.2 besproken zaken Marks & Spencer II en Oy AA blijkt. Dat met het niet toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid veel meer dan alleen deze twee voordelen niet worden toegekend wordt jammer genoeg niet ingegaan. In dit arrest wordt niet expliciet aangegeven of bepaalde elementen van de fiscale eenheid wel of niet in strijd zijn met het EU-recht, maar dat vanwege de mogelijkheid tot onderlinge verliesverrekening en neutrale intragroepstransacties het weigeren van een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet in strijd is met de vrijheid van vestiging. Korving²⁴ zegt hierover dat het niet relevant lijkt dat binnenlandse groepen aan bepaalde regimes, zoals thincapregeling van art. 10d Wet VpB 1969 (inmiddels vervallen) of artikel 15ad Wet VpB 1969, kunnen ontkomen door het aangaan van een fiscale eenheid, terwijl deze mogelijkheid niet bestaat in EU-verhoudingen, waardoor deze grensoverschrijdende situaties mogelijk zwaarder belast worden.

Volgens Marres²⁵ kan het arrest op twee manieren worden uitgelegd. De eerste uitleg is dat omdat Nederland de fiscale eenheid kon weigeren, het ook de overige voordelen mocht weigeren die inherent zijn aan de fiscale eenheid. De tweede uitleg is dat alleen voordelen die onlosmakelijk

²⁴ J.J.A.M. Korving, 'X Holding na de objectvrijstelling: een achterhaald arrest?', *WFR* 2012/1140.

²⁵ O.C.R. Marres, Noot bij HvJ, 2 september 2015, C-386/14, Groupe Steria, *BNB* 2015/223.

verboden zijn met de fiscale eenheid geen nadere rechtvaardiging hoeven. Mijns inziens lijkt op het eerste gezicht de eerste uitleg de juiste. Aangezien er niet wordt ingegaan op andere voordelen dan verliesverrekening en intragroepstransacties, daarmee oordeelt het HvJ impliciet dat alle andere voordelen ook geweigerd mogen worden, omdat Nederland een grensoverschrijdende fiscale eenheid mag weigeren.

Weber²⁶ is van mening dat de arresten Marks & Spencer II en X Holding enigszins haaks op elkaar staan. Uit de zaak Marks & Spencer blijkt dat lidstaten buitenlandse verliezen moeten verrekenen als dat in de bronstaat niet meer mogelijk is terwijl in de zaak X Holding het vormen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet hoeft te worden toegestaan en er daarom ook geen grensoverschrijdende verliesverrekening kan plaatsvinden. Mijns inziens staan deze zaken niet haaks op elkaar maar gaat het HvJ verder op de ingeslagen weg. In dit arrest wordt wederom de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten als rechtvaardigingsgrond geaccepteerd. In beide zaken draait het uiteindelijk om grensoverschrijdende verliesverrekening en in beide zaken bestaan er rechtvaardigingsgronden voor het niet toestaan daarvan. Dat in gevallen waarin buitenlandse verliezen definitief niet meer verrekend kunnen worden de lidstaat deze verliezen in aanmerking moet nemen, komt niet terug in het arrest X Holding. Ik zie niet in waarom de arresten enigszins haaks op elkaar staan.

2.3.5 SCA Group Holding

De zaak SCA Group Holding bestaat uit de gevoegde zaken SCA Group Holding (hierna: “SCA”), X AG en MSA International Holdings BV (hierna: “MSA”). De zaken SCA en MSA zien op de Papillon fiscale eenheid en X AG ziet op de zusjes fiscale eenheid. Beide varianten worden hierna afzonderlijk besproken.

2.3.5.1 SCA Group Holding en MSA International Holdings BV

SCA en MSA zijn beiden in Nederland gevestigde vennootschappen en houden in Duitsland gevestigde vennootschappen, hetzij rechtstreeks, hetzij indirect via andere vennootschappen die ook in Duitsland zijn gevestigd. De in Duitsland gehouden vennootschappen houden in Nederland gevestigde vennootschappen. SCA en MSA hebben beiden het verzoek gedaan om met hun in Nederland gevestigde vennootschappen een fiscale eenheid te vormen. De verzoeken zijn door de

²⁶ D.M. Weber, ‘De per elementbenadering onder het fiscale-eenheidsregime nader bezien in het licht van Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak’, *WFR* 2015/696.

Nederlandse Belastingdienst afgewezen vanwege het feit dat de tussenliggende vennootschappen niet in Nederland gevestigd zijn. De verwijzende rechter wil van het HvJ vernemen of het niet kunnen vormen van een fiscale eenheid tussen een ingezeten moedervernootschap en een ingezeten kleindochtervennootschap, wanneer de kleindochter gehouden wordt door één of meer niet-ingezeten vennootschappen, terwijl dit wel mogelijk is als de tussenvennootschappen ingezeten zijn, in strijd is met de vrijheid van vestiging.

Het HvJ geeft, evenals het geval was in de zaak X Holding, aan dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime een voordeel oplevert voor belastingplichtigen. Dit vanwege de mogelijkheid om winsten en verliezen te consolideren bij de moedermaatschappij evenals het fiscaal neutraal kunnen uitvoeren van transacties binnen de groep. Het HvJ is in rechtsoverweging 23 van mening dat ingezeten moedervernootschappen die ingezeten kleindochterondernemingen bezitten via ingezeten tussenliggende dochterondernemingen, anders worden behandeld dan ingezeten moedervernootschappen die ingezeten kleindochterondernemingen bezitten via niet-ingezeten dochterondernemingen. Deze andere behandeling vormt een nadeel in grensoverschrijdende situaties en vormt een beperking van de vrijheid van vestiging.

De verwijzende rechter heeft verder aan het HvJ gevraagd of de eventuele beperking kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de waarborging van de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel. Het HvJ geeft in rechtsoverweging 42 aan dat de beperking alleen kan worden gerechtvaardigd indien die verband houdt met het specifieke doel, gedragingen te verhinderen die erin bestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om de normaal verschuldigde belasting te ontwijken. Het HvJ is van mening dat de beperking niet dit doel nastreeft. Het niet toestaan van een fiscale eenheid tussen een ingezeten moedervernootschap en een ingezeten kleindochtervennootschap, die gehouden wordt door een niet-ingezeten vennootschap, is daarom in strijd met de vrijheid van vestiging.

Het HvJ bevestigt in deze zaak de zienswijze in de zaak Société Papillon. In die zaak oordeelde het HvJ dat het niet kunnen toepassen van de Franse fiscale integratieregeling tussen een ingezeten moedervernootschap en een ingezeten kleindochtervennootschap, wiens aandelen gehouden worden door een niet-ingezeten dochtervennootschap, in strijd is met de vrijheid van vestiging. Dit is in feite dezelfde casus, alleen gaat hier om de Nederlandse fiscale eenheid in plaats van de

Franse integratieregeling. Ook in deze zaak oordeelde het HvJ dat de regeling in strijd is met de vrijheid van vestiging.

In de zaak *Société Papillon* werd door het HvJ de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen als rechtvaardigingsgrond beschouwd, deze was echter niet proportioneel. In de gevoegde zaken *SCA* en *MSA* is er volgens het HvJ geen rechtvaardigingsgrond voor de beperking. Hier verandert de zienswijze van het HvJ enigszins. De redactie²⁷ van *Vakstudie Nieuws* geeft aan dat dit komt doordat de Nederlandse Staat het HvJ de Nederlandse deelnemingsvrijstelling niet goed heeft uitgelegd, dan wel dat het HvJ de Nederlandse deelnemingsvrijstelling niet goed heeft doorgrond. Het HvJ gaat er van uit dat een afwaarderingsverlies van een buitenlandse dochtervennootschap nooit bij de Nederlandse moedervennootschap in aanmerking kan worden genomen. Daarnaast stelt men dat bij een belang van 5% de deelnemingsvrijstelling van toepassing is en daarom altijd dubbele verliesverrekening wordt voorkomen. Het HvJ houdt hier geen rekening met de liquidatieverliesregeling. Als de beperking gerechtvaardigd zou worden vanwege de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen, was de beperking mijns inziens alsnog strijdig geweest aangezien de beperking niet proportioneel is, zoals het HvJ al aangaf in de zaak *Société Papillon*.

Naar aanleiding van zaak *SCA Group Holding* heeft de Staatssecretaris van Financiën op 16 december 2014 een besluit²⁸ gepubliceerd, waarin het besluit²⁹ van 14 december 2010 gewijzigd wordt. De wijziging bevat een goedkeuring vooruitlopend op wetgeving waardoor verzoeken tot het aangaan van een fiscale eenheid kunnen worden ingewilligd tussen zustermaatschappijen die gehouden worden door een topmaatschappij in een andere lidstaat van de Europese Unie of tussen een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij die gehouden wordt door een tussenmaatschappij in een andere lidstaat van de Europese Unie. Zoals in paragraaf 1.1 is aangegeven is er op het moment van schrijven een wetsvoorstel aanhangig die de *Papillon* en zusjes fiscale eenheid toestaat.

²⁷ Redactie *Vakstudie Nieuws*, ‘Nederland moet “Papillon”-fiscale eenheid met (achter) kleindochtervennootschappen en zustervenootschappen toestaan volgens Hof van Justitie EU’, *V-N* 2014/30.9.

²⁸ Staatssecretaris van Financiën, Besluit van 16 december 2014, nr. BLKB2014/2137M.

²⁹ Staatssecretaris van Financiën, Besluit van 14 december 2010, nr. DGB2010/4620M.

2.3.5.2 X AG

X is een in Duitsland gevestigde vennootschap en houdt, ofwel rechtstreeks, ofwel indirect, de in Nederland gevestigde vennootschappen X3, D1 en D2. De vennootschappen X3, D1 en D2 hebben gezamenlijk het verzoek ingediend om een fiscale eenheid te vormen. De Nederlandse Belastingdienst heeft dit verzoek afgewezen. De verwijzende rechter wil van het HvJ vernemen of het niet toestaan van een fiscale eenheid tussen ingezeten dochtervennootschappen van een niet-ingezeten moedervernootschap, terwijl dit wel wordt toegestaan ingeval de moedervernootschap ingezeten is, in strijd is met de vrijheid van vestiging.

Zoals al eerder aangegeven is het HvJ van mening dat de Nederlandse fiscale eenheid een fiscaal voordeel oplevert. Vanwege het feit dat dochtervennootschappen, van een niet-ingezeten moedervernootschap, geen fiscale eenheid kunnen vormen is dit voordeel niet beschikbaar in geval van grensoverschrijdende situaties. Grensoverschrijdende situaties worden nadeliger behandeld dan puur binnenlandse situaties en daarom is er volgens het HvJ sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging.

Net als in de zaken SCA en MSA wordt door de verwijzende rechter gevraagd of het behoud van de samenhang van het belastingstelsel als rechtvaardigingsgrond voor de beperking kan worden aanvaard. Het HvJ geeft aan dat de beperking hierdoor niet kan worden gerechtvaardigd. Het niet toestaan van een fiscale eenheid tussen ingezeten dochtervennootschappen van een niet-ingezeten moedervernootschap is daarom in strijd met de vrijheid van vestiging.

Ook in deze zaak oordeelt het HvJ dat er geen rechtvaardigingsgrond is voor de beperking. Deze zaak is iets anders dan de zaken SCA en MSA, aangezien het hier om een zusjes fiscale eenheid gaat in plaats van een Papillon fiscale eenheid. Uit de zaken SCA, MSA, X AG en Société Papillon blijkt dus, grofweg gesteld, dat het mogelijk moet zijn om met ingezeten vennootschappen een fiscale eenheid te vormen; het feit dat de aandelen in bepaalde vennootschappen via niet-ingezeten vennootschappen worden gehouden doet daar niets aan af.

2.4 Tussenconclusie

Uit het arrest Marks & Spencer II kan geconcludeerd worden dat het voor niet-ingezeten rechtspersonen in principe niet mogelijk is om verliezen te verrekenen met winsten van ingezeten vennootschappen binnen de groep. Het is echter wel mogelijk om de verliezen te verrekenen indien

de bestaande mogelijkheden van verliesverrekening zijn uitgeput en er geen mogelijkheid meer bestaat om het buitenlandse verlies aldaar in te toekomst te verrekenen. De beperking wordt gerechtvaardigd door het waarborgen van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten, het gevaar van dubbele verliesverrekening en het gevaar van belastingontwijking, samen beschouwd.

In de zaak Oy AA geeft het HvJ aan dat het niet toestaan van een aftrekpost, ter grootte van de overdracht, vanwege het feit dat de vennootschap waarnaar wordt overgedragen, een niet-ingezetene is van Finland, een gerechtvaardigde beperking van de vrijheid van vestiging vormt. De beperking wordt gerechtvaardigd door het waarborgen van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en het gevaar van belastingontwijking. Het doel van de overdracht in casu is het verlagen van de winst in Finland en het verrekenen van de geleden verliezen in het Verenigd Koninkrijk. In die zin is het arrest vergelijkbaar met het arrest Marks & Spencer II.

In de zaak Société Papillon geeft het HvJ aan dat het niet kunnen toepassen van de Franse fiscale integratieregeling tussen een ingezeten moedervenootschap en een ingezeten kleindochtervenootschap, wiens aandelen gehouden worden door een niet-ingezetene dochtervenootschap, in strijd is met de vrijheid van vestiging. Door het HvJ wordt nu de noodzaak de samenhang van het belastingstelsel te waarborgen als rechtvaardigingsgrond beschouwd voor de beperking. Deze rechtvaardigingsgrond is echter niet proportioneel.

Het vormen van een fiscale eenheid tussen ingezeten en niet-ingezeten vennootschappen hoeft, blijkens het oordeel van het HvJ in de zaak X Holding, niet te worden toegestaan. Voor deze beperking wordt de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten aanvaard als rechtvaardigingsgrond. Dit is logisch aangezien het binnen fiscale eenheid met name mogelijk is om winsten en verliezen van de in de fiscale eenheid opgenomen vennootschappen te consolideren op het niveau van de moedermaatschap en om intragroepstransacties fiscaal neutraal te houden, zie rechtsoverweging 18. Voor het niet toestaan van deze beide voordelen bestaan namelijk rechtvaardigingsgronden, zoals uit de zaken Marks & Spencer II en Oy AA blijkt.

Het HvJ bevestigt in de zaak SCA en MSA de zienswijze in de zaak Société Papillon. In die zaak oordeelde het HvJ dat het niet kunnen toepassen van de Franse fiscale integratieregeling tussen een ingezeten moedervenootschap en een ingezeten kleindochtervenootschap wiens aandelen

gehouden worden door een niet-ingezeten dochtervennootschap, in strijd is met de vrijheid van vestiging. Dit is in feite dezelfde casus, alleen gaat hier om de Nederlandse fiscale eenheid in plaats van de Franse integratieregeling. In de gevoegde zaken SCA en MSA is er volgens het HvJ geen rechtvaardigingsgrond voor de beperking. Hier verandert de zienswijze van het HvJ enigszins.

In de zaak X AG oordeelt het HvJ dat er geen rechtvaardigingsgrond is voor de beperking. Deze zaak is iets anders dan de zaken SCA en MSA, aangezien het hier om een zusjes fiscale eenheid gaat in plaats van een Papillon fiscale eenheid. Uit de zaken SCA, MSA, X AG en Société Papillon blijkt, grofweg gesteld, dat het mogelijk moet zijn om met ingezeten vennootschappen een fiscale eenheid te vormen; het feit dat de aandelen in bepaalde vennootschappen via niet-ingezeten vennootschappen worden gehouden doet daar niets aan af.

2.5 Arrest Groupe Steria

In Frankrijk kent men een belastingregeling voor moedervennootschappen. Deze regeling houdt in dat alle netto-inkomsten uit deelnemingen, waarin ten minste 5% van het kapitaal wordt gehouden, na aftrek van een aandeel voor kosten en lasten, in mindering kunnen worden gebracht op de totale nettowinst van de moedermaatschappij. Dit aandeel voor kosten en lasten is forfaitair vastgesteld op 5% van de totale opbrengsten van de deelnemingen. Het aandeel kan echter niet hoger zijn dan de daadwerkelijk gemaakte kosten door de deelnemingen. Daarnaast kent men in Frankrijk een fiscale integratieregeling. Deze regeling houdt in dat een vennootschap zich kan aanmelden als enige belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting die is verschuldigd over het totaal van de resultaten van de groep die bestaat uit de genoemde vennootschap en de vennootschappen waarin zij tijdens het boekjaar op duurzame wijze direct of indirect via vennootschappen van de groep een deelneming van ten minste 95% bezit. Het toepassen van de fiscale integratieregeling zorgt ervoor dat het aandeel voor kosten en lasten wordt geneutraliseerd.

Groupe Steria SCA (hierna: “Steria”) is een in Frankrijk gevestigde vennootschap. Steria is de moedermaatschappij van een groep die gebruik maakt van de fiscale integratieregeling en bezit zowel ingezeten als niet-ingezeten dochtermaatschappijen. Steria heeft conform de Franse wet de ontvangen dividenden van niet-ingezeten dochtervennootschappen in mindering gebracht op haar nettowinst, minus het aandeel voor kosten en lasten. Steria heeft naderhand verzocht om teruggaaf van het deel van de belastingen dat overeenkwam met het aandeel voor kosten en lasten. De Franse

Belastingdienst heeft dit verzoek afgewezen. De verwijzende rechter wenst te vernemen of het niet toestaan van de neutralisatie, bij de moeder vennootschap, van de heropname van het aandeel voor kosten en lasten ten aanzien van dividenden van niet-ingezetenen vennootschappen in strijd is met de vrijheid van vestiging.

Het HvJ geeft in rechtsoverweging 18 aan dat dividenden die een tot een fiscaal geïntegreerde groep behorende ingezetene moedermaatschappij ontvangt van haar dochterondernemingen in die fiscale groep volledig worden afgetrokken van de nettowinst van die moedermaatschappij en in die lidstaat dus volledig zijn vrijgesteld van vennootschapsbelasting, terwijl de dividenden die deze moedermaatschappij ontvangt van niet tot die fiscale groep behorende dochterondernemingen slechts gedeeltelijk van die belasting zijn vrijgesteld door de heropname van het aandeel voor kosten en lasten in de winst van die moedermaatschappij. Aangezien alleen ingezetene vennootschappen onderdeel kunnen uitmaken van een fiscaal geïntegreerde groep is het voordeel daarvan voorbehouden aan ingezetenen en is er daarom sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging.

De Britse, Franse en Nederlandse regering geven aan dat de beperking gerechtvaardigd kan worden door de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. Volgens het HvJ is het, met verwijzing naar het arrest X Holding, gerechtvaardigd om niet-ingezetene vennootschappen uit te sluiten van fiscale integratieregelingen vanwege de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. In rechtsoverweging 27 geeft het HvJ aan dat uit het arrest X Holding kan evenwel niet worden afgeleid dat elk verschil in behandeling tussen vennootschappen die tot een fiscaal geïntegreerde groep behoren en vennootschappen die niet tot een dergelijke groep behoren, verenigbaar is met artikel 49 VwEU. In dat arrest is namelijk alleen de voorwaarde voor toegang tot de fiscale integratieregeling getoetst aan het EU-recht. Voor andere belastingvoordelen, dan verliesverrekening binnen de groep, moet afzonderlijk worden beoordeeld of het gerechtvaardigd is om deze alleen toe te kennen aan vennootschappen die onderdeel zijn van een fiscaal geïntegreerde groep en deze belastingvoordelen daarom niet toe te staan in grensoverschrijdende situaties. Het HvJ geeft aan dat de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven niet als rechtvaardigingsgrond kan dienen, dit omdat alleen de fiscale soevereiniteit van de betrokken lidstaat aan de orde is.

De Britse, Franse en Nederlandse regering hebben verder een beroep gedaan op de noodzaak om de samenhang van het Franse belastingstelsel te handhaven. Vanwege het feit dat er geen rechtstreeks verband bestaat tussen het belastingvoordeel en het nadeel van het neutraliseren van de intragroepstransacties, wordt dit beroep verworpen. Het HvJ is van oordeel dat het niet toestaan van de neutralisatie, bij de moedervenootschap, van de heropname van het aandeel voor kosten en lasten ten aanzien van dividenden van niet-ingezeten vennootschappen in strijd is met de vrijheid van vestiging.

In deze zaak geeft het HvJ aan dat de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegd tussen lidstaten te handhaven en de noodzaak om samenhang van het belastingstelsel te waarborgen de beperking niet rechtvaardigen. Dit in tegenstelling tot het arrest X Holding, waarin de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegd tussen lidstaten te handhaven als rechtvaardigingsgrond geldt. Volgens Marres³⁰ kan, gelet op het arrest Groupe Steria, het arrest X Holding zo worden uitgelegd dat alleen voordelen die onlosmakelijk zijn verbonden met het fiscale eenheidsregime niet nader gerechtvaardigd hoeven te worden. Alle andere voordelen zouden dan afzonderlijk moeten worden beoordeeld of ze wel of niet onthouden mogen worden in grensoverschrijdende situaties. Dit is mijns inziens niet juist. Aangezien er in het arrest X Holding niet wordt ingegaan op andere voordelen dan verliesverrekening en intragroepstransacties, zegt het HvJ impliciet dat alle andere voordelen ook geweigerd mogen worden, omdat Nederland een grensoverschrijdende fiscale eenheid mag weigeren.

Het HvJ verwijst in de zaak Groupe Steria naar het arrest X Holding. Men geeft aan dat in het arrest X Holding alleen de voorwaarde, dat een vennootschap ingezeten is, heeft getoetst als voorwaarde voor de toegang tot een fiscale integratieregeling. Als de fiscale integratieregeling ook toegepast kan worden in grensoverschrijdende situaties zou het mogelijk zijn om verliezen binnen deze groep over te dragen, het niet toestaan van een fiscale integratieregeling in grensoverschrijdende situaties is volgens het HvJ daarom een gerechtvaardigde belemmering. Met betrekking tot de zaak Groupe Steria geeft het HvJ vervolgens aan dat voor andere belastingvoordelen, dan verliesoverdracht, van het vormen van een fiscaal geïntegreerde groep separaat moet worden bekeken of deze kunnen worden onthouden in grensoverschrijdende situaties. Zoals Kiekebeld in zijn commentaar bij dit arrest aangeeft moet er een ‘per element’-

³⁰ O.C.R. Marres, Noot bij HvJ, 2 september 2015, C-386/14, Groupe Steria, *BNB* 2015/223.

benadering worden gevolgd.³¹ Dit is mijns inziens juist, aangezien hier naar één voordeel wordt gekeken en niet naar het voordeel in samenhang met de Franse fiscale integratieregeling. De vraag die bleef hangen na het arrest X Holding is of een per element benadering mogelijk is; deze vraag wordt bevestigend beantwoord.

Het lijkt erop dat het HvJ zijn visie niet aanpast in het arrest Groupe Steria. Er wordt namelijk uitdrukkelijk aangegeven dat er in deze zaak een bepaald voordeel van het vormen van een fiscale eenheidsregeling beoordeeld is en niet het vormen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid met als gevolg dat verliesoverdracht mogelijk is zoals het geval was in de zaak X Holding. Mijns inziens is de visie wel degelijk veranderd in het arrest Groupe Steria. In de zaak X Holding is, weliswaar impliciet, ook geoordeeld over andere voordelen dan onderlinge verliesverrekening en neutrale intragroepstransacties, omdat Nederland geen grensoverschrijdende fiscale eenheid hoeft toe te staan is het niet toestaan van die andere voordelen gerechtvaardigd. Aangezien er nu in de zaak Groupe Steria wordt geoordeeld dat een bepaald voordeel van de Franse fiscale integratie regeling moet worden toegestaan aan niet ingezeten dochtervennootschappen is mijns inziens de visie van het HvJ wel degelijk veranderd.

De zaak Groupe Steria opent de discussie over de Nederlandse fiscale eenheid, aangezien deze ook andere (belasting)voordelen biedt naast verliesoverdracht. De per element benadering gaat hierin een rol spelen. Weber³² geeft aan dat de per element benadering onder de andere de vraag oproept naar de EU-houdbaarheid van de houdsterverliesverrekeningsbeperking, de uitsluiting van de deelnemingsvrijstelling voor niet-kwalificerende beleggingsdeelnemingen en de deelnemingsrenteaftrekbeperking. Mijns inziens zou Nederland voor elk voordeel dat de fiscale eenheid biedt individueel moeten beoordelen of het niet toestaan van dit voordeel in grensoverschrijdende situaties kan worden gerechtvaardigd. Indien er voor het niet toestaan van een bepaald voordeel in grensoverschrijdende situaties geen rechtvaardiging bestaat, zou de wet zo aangepast moeten worden dat het voordeel wel beschikbaar is in grensoverschrijdende situaties. Of bepaalde elementen van de Nederlandse fiscale eenheid in strijd zijn met het EU-recht komt in de navolgende hoofdstukken aan de orde.

³¹ B.J. Kiekebeld, commentaar bij HvJ 2 september 2015, C-386/14, Groupe Steria, *NTFR* 2015/2456.

³² D.M. Weber, 'De per elementbenadering onder het fiscale-eenheidsregime nader bezien in het licht van Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak', *WFR* 2015/696.

2.6 Samenvatting en conclusie

In Frankrijk kent men een belastingregeling voor moedervenootschappen. Deze regeling houdt in dat alle netto-inkomsten uit deelnemingen, waarin ten minste 5% van het kapitaal wordt gehouden, na aftrek van een aandeel voor kosten en lasten, in mindering kunnen worden gebracht op de totale nettowinst van de moedermaatschappij. Dit aandeel voor kosten en lasten is forfaitair vastgesteld op 5% van de totale opbrengsten van de deelnemingen. Het toepassen van de fiscale integratieregeling zorgt ervoor dat het aandeel voor kosten en lasten wordt geneutraliseerd. Het HvJ is in deze zaak van oordeel dat het niet toestaan van de neutralisatie, bij de moedervenootschap, van de heropname van het aandeel voor kosten en lasten ten aanzien van dividenden van niet-ingezeten vennootschappen in strijd is met de vrijheid van vestiging.

Het HvJ verwijst in de zaak Groupe Steria naar het arrest X Holding. Hij geeft aan dat in het arrest X Holding alleen de voorwaarde, dat een vennootschap ingezet is, is getoetst als voorwaarde voor de toegang tot een fiscale integratieregeling. Als de fiscale integratieregeling ook toegepast kan worden in grensoverschrijdende situaties zou het mogelijk zijn om verliezen binnen deze groep over te dragen. Het niet toestaan van een fiscale integratieregeling in grensoverschrijdende situaties is volgens het HvJ daarom een gerechtvaardigde belemmering. Met betrekking tot de zaak Groupe Steria geeft het HvJ vervolgens aan dat voor andere belastingvoordelen dan verliesoverdracht, van het vormen van een fiscaal geïntegreerde groep, separaat moet worden bekeken of deze kunnen worden onthouden in grensoverschrijdende situaties.

Mijns inziens is de visie van het HvJ veranderd in het arrest Groupe Steria. In de zaak X Holding is, weliswaar impliciet, ook geoordeeld over andere voordelen dan onderlinge verliesverrekening en neutrale intragroepstransacties. Omdat Nederland geen grensoverschrijdende fiscale eenheid hoeft toe te staan, is het niet toestaan van die andere voordelen gerechtvaardigd. Aangezien er nu in de zaak Groupe Steria wordt geoordeeld dat een bepaald voordeel van de Franse fiscale integratieregeling moet worden toegestaan aan niet-ingezeten dochtervennootschappen is mijns inziens de visie van het HvJ wel degelijk veranderd.

De zaak Groupe Steria opent de discussie over de Nederlandse fiscale eenheid, aangezien deze ook andere (belasting)voordelen biedt naast verliesoverdracht. Indien er voor het niet toestaan van een bepaald voordeel in grensoverschrijdende situaties geen rechtvaardiging bestaat, zou de wet zo aangepast moeten worden dat het voordeel wel beschikbaar is in grensoverschrijdende situaties.

Hoofdstuk 3: Renteaftrekbeperkingen

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de renteaftrekbeperkingen van artikel 10a Wet VpB 1969 (hierna: winstdrainage) en artikel 13l Wet VpB 1969 (hierna: deelnemingsrente) behandeld. Er is sprake van winstdrainage als de belastinggrondslag wordt uitgehold door het aangaan van leningen bij verbonden lichamen. Deelnemingsrente is de rente die betaald wordt op leningen die geacht worden te zijn aangegaan om deelnemingen te verwerven. Winstdrainage en deelnemingsrente worden verder uitgelegd in dit hoofdstuk.

Het doel van dit hoofdstuk is te toetsen of een andere uitwerking van de bepalingen omtrent winstdrainage en deelnemingsrente binnen fiscale eenheid in strijd is met EU-recht. Er wordt, zoals uiteengezet in paragraaf 1.3, alleen getoetst aan de vrijheid van vestiging.

In paragraaf 3.2 komt winstdrainage aan bod. Allereerst wordt de achtergrond van de renteaftrekbeperking besproken, alvorens in te gaan op de wijze waarop de rente in aftrek wordt beperkt. Daarna wordt de uitwerking van de renteaftrekbeperking binnen fiscale eenheid behandeld. Vervolgens wordt er getoetst of de uitwerking binnen fiscale eenheid, leidt tot strijdigheid met EU-recht.

In paragraaf 3.3 komt deelnemingsrente aan bod, de renteaftrekbeperking wordt op dezelfde wijze behandeld als winstdrainage. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en conclusie in paragraaf 3.4.

3.2 Winstdrainage

3.2.1 De renteaftrekbeperking

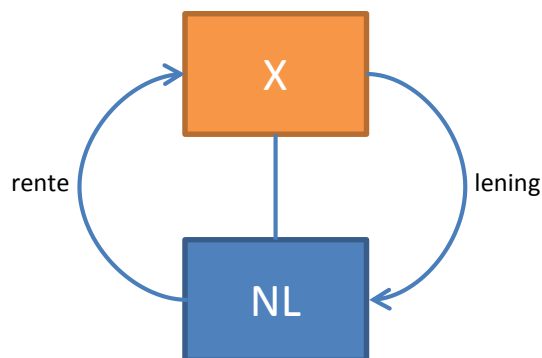
3.2.1.1 Achtergrond

Van winstdrainage is sprake als de belastinggrondslag wordt uitgehold door het aangaan van leningen bij verbonden lichamen. De rente op leningen van verbonden lichamen was tot 1 januari 1997 in beginsel aftrekbaar. Dit had tot gevolg dat de aftrekbare rente de belastinggrondslag uitholde, terwijl de ontvanger van de rente in feite niet of nauwelijks belasting hoefde te betalen over de ontvangen rente. Er was sprake van een aftrekbare last waar geen heffing tegenover stond.

Voorbeelden hiervan zijn de zogenaamde kasrondjes en verhangingen binnen concernverband. Van een kasrondje is in dit verband sprake als een vennootschap eigen vermogen in een verbonden lichaam stort, die vervolgens een lening verstrekt aan de eerstgenoemde vennootschap, om zo een renteverplichting te creëren bij het verbonden lichaam. Van een verhanging van een verbonden lichaam gaat het om het geval waarin het uiteindelijke belang en de zeggenschap niet wijzigt, maar wel een lening is aangegaan voor de verhanging. Beide situaties werden tot 1 januari 1997 bestreden door middel van *fraus legis*.

In augustus en september 1995 heeft de Hoge Raad een aantal arresten³³ gewezen inzake winstdrainage. De Hoge Raad geeft in rechtsoverweging 3.5 van het arrest van 20 september 1995, 29 737, *BNB* 1996/5 aan dat indien een hier te lande gevestigde vennootschap een schuld aangaat tegenover een niet hier te lande gevestigde vennootschap en ter zake van de rente voor deze schuld van laatstbedoelde vennootschap in het land van haar vestiging belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven, die naar hier te lande geldende maatstaven als redelijk is aan te merken, kan - daargelaten of in zodanig geval kan worden aangenomen dat verijdeling van de heffing van vennootschapsbelasting de doorslaggevende beweegreden vormde voor het aanvaarden van de rentelast - reeds op die grond niet worden gezegd dat is voldaan aan de voor de toepassing van artikel 31 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (richtige heffing) te stellen eis dat de uit de verschuldigdheid van de rente voortvloeiende vermindering van de winst van eerstgenoemde vennootschap in strijd is met doel en strekking van de wet. Het feit dat de ontvangen rente in het buitenland feitelijk niet wordt belast vanwege de mogelijkheid tot verrekening heeft niet tot gevolg dat er geen sprake is van een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. De wetgever wilde voorkomen dat er naar aanleiding van dit arrest constructies werden opgezet om gebruik te maken van het verrekenen van buitenlandse aanspraken met Nederlandse heffing. Dit kon bijvoorbeeld in de volgende situatie:

³³ HR 23 augustus 1995, 29 521, *BNB* 1996/3, HR 6 september 1995, 27 927, *BNB* 1996/4, HR 20 september 1995, 29 737, *BNB* 1996/5 en HR 27 september 1995, 30 400, *BNB* 1996/6.



De in Nederland gevestigde vennootschap trekt een lening aan van de niet in Nederland gevestigde vennootschap X. De Nederlandse vennootschap dient rente op de lening te betalen. In het land van vestiging van vennootschap X is naar Nederlandse maatstaven een sprake van richtige heffing en vennootschap X heeft verrekenbare verliezen. De rente die de Nederlandse vennootschap betaalt aan X is aftrekbaar in Nederland. De door X ontvangen rente is weliswaar belast, maar kan worden verrekend met openstaande verliezen. In feite is er hier geen sprake van heffing voor X, terwijl de rente voor de Nederlandse vennootschap aftrekbaar is. Dit soort constructies wilde de wetgever voorkomen.

De per 1 januari 1997 ingevoerde renteaftrekbeperking van artikel 10a Wet VpB 1969 heeft ten doel winstdrainage te beperken. Met deze bepaling wordt uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag beperkt. Aan deze beperking liggen twee uitgangspunten ten grondslag. Ten eerste wilde de wetgever voor de duidelijkheid en de rechtszekerheid van de jurisprudentie op het gebied van de zogenoemde kasrondjes en verhangingen binnen concernverband dit in de wet opnemen.³⁴ Ten tweede wilde de wetgever wijziging aanbrengen in de aftrekbaarheid van bepaalde rente, dit naar aanleiding van de in augustus en september 1995 gewezen arresten van de Hoge Raad.³⁵

3.2.1.2 Werking renteaftrekbeperking

De beperking van artikel 10a Wet VpB 1969 ziet op de aftrek van rente – kosten en valutaresultaten daaronder begrepen – ter zake van schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, voor zover die schulden rechtens dan

³⁴ *Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 3, p. 14.*

³⁵ *Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 3, p. 15.*

wel in feite direct of indirect verband houden met 'besmette' rechtshandelingen. De rente wordt in aftrek beperkt indien aan drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan, deze voorwaarden luiden als volgt³⁶:

- De besmette rechtshandeling wordt verricht door de belastingplichtige, een verbonden lichaam van de belastingplichtige dat onderworpen is aan de vennootschapsbelasting of een in Nederland woonachtige verbonden natuurlijk persoon van de belastingplichtige;
- De belastingplichtige is een schuld aangegaan bij een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon; en
- De schuld houdt verband met de besmette rechtshandeling.

Op basis van het eerste lid van artikel 10a Wet VpB 1969 is in de volgende situaties sprake van een besmette rechtshandeling:

- a. *'een winstuitdeling of een teruggaaf van gestort kapitaal door de belastingplichtige of door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen, aan een met hem verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon;*
- b. *een kapitaalstorting door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een met hem verbonden lichaam;*
- c. *de verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige, door een met hem verbonden lichaam dat aan deze belasting is onderworpen of door een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont, in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met hem verbonden lichaam is.'*

Bij deze rechtshandelingen gaat het in feite om eigen vermogen (van de groep) dat door het belastingplichtige lichaam als vreemd vermogen wordt beschouwd. Bij de beoordeling of een lening van een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon afkomstig is, wordt gekeken naar de materiële werkelijkheid. Indien een lening wordt verstrekt door een derde, terwijl

³⁶ J. Vleggeert, Vennootschapsbelasting, Cursus belastingrecht, Deventer: Kluwer (online via Kluwer navigator). 2.2.3.A.a.

de lening in feite afkomstig is van een verbonden lichaam, wordt de rente niet in aftrek toegestaan. Deze situatie kan zich voordoen als een verbonden lichaam bijvoorbeeld tegoeden aanhoudt bij de verstrekker van de lening.

Tussen de schuld en de besmette rechtshandeling dient een causaal verband te bestaan. Van een causaal verband kan ook sprake zijn indien de schuld is aangegaan na de rechtshandeling, dit op basis van artikel 10a, tweede lid Wet VpB 1969. Of sprake is van een causaal verband wordt beoordeeld op basis van de feiten en omstandigheden. Naast het causale verband dient de schuld ook aangegaan te zijn bij een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon. Van verbondenheid is sprake bij een belang van ten minste een derde in de belastingplichtige of in een met de belastingplichtige verbonden lichaam.³⁷

Indien aan de drie eerder genoemde voorwaarden is voldaan, wordt de aftrek van rente in principe beperkt. Echter, het is voor de belastingplichtige mogelijk om tegenbewijs te leveren. De belastingplichtige dient dan aannemelijk te maken dat aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijk overwegingen ten grondslag liggen of dient aannemelijk te maken dat per saldo een naar Nederlandse maatstaven redelijk heffing over de rente is verschuldigd. Bij de eerste tegenbewijsmogelijkheid is sprake van een dubbele eis. Zowel aan de schuld als aan de rechtshandeling dienen in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag te liggen.³⁸ Bij de tweede tegenbewijsmogelijkheid heeft de inspecteur de mogelijkheid om aannemelijk te maken dat aan de schuld of de daarmee samenhangende rechtshandeling in overwegende mate onzakelijke redenen ten grondslag liggen.³⁹ Als de tegenbewijsregeling voor de belastingplichtige slaagt, is de rente alsnog aftrekbaar.

3.2.2 Uitwerking binnen fiscale eenheid

Door toepassing van het fiscale eenheidsregime zijn intragroepstransacties fiscaal onzichtbaar. Dat onderlinge transacties binnen fiscale eenheid onzichtbaar zijn, betekent niet alleen dat vermogensbestanddelen onderling kunnen worden overgedragen zonder directe (fiscale) winstneming, maar het betekent ook dat rente, royalty's en onderlinge vergoedingen voor overige

³⁷ Zie artikel 10a, vierde lid Wet VpB 1969.

³⁸ R. van Dam, NDFR Deel Vennootschapsbelasting, commentaar bij artikel 10a.

³⁹ J. Vleggeert, Vennootschapsbelasting, Cursus belastingrecht, Deventer: Kluwer (online via Kluwer navigator). 2.2.3.A.a.

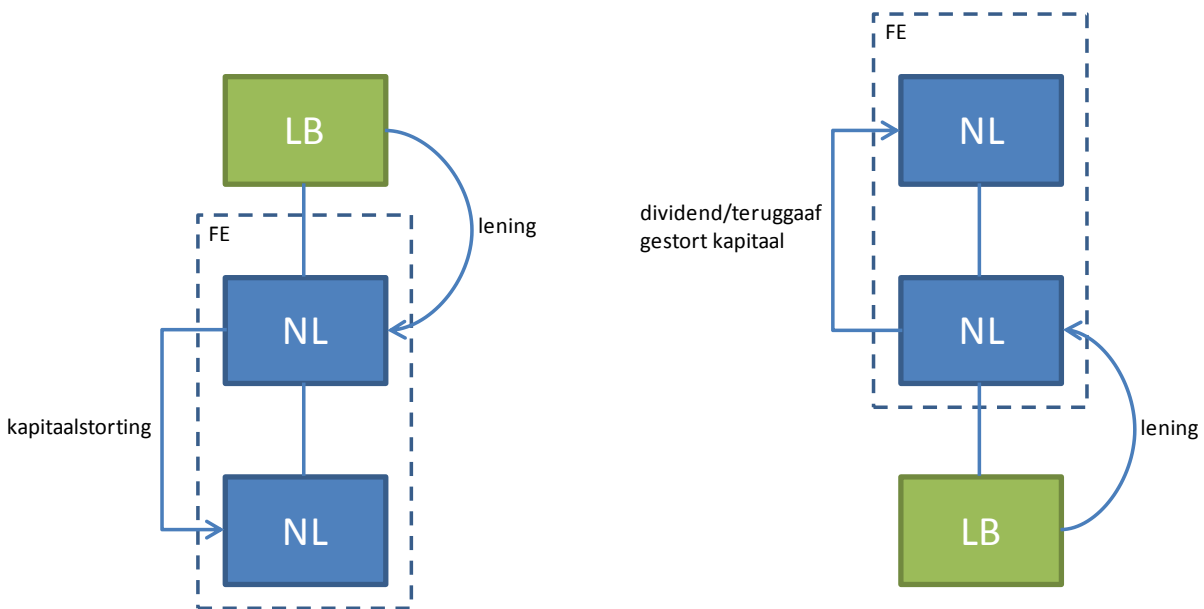
diensten fiscaal onzichtbaar zijn.⁴⁰ Daarnaast zijn ook besmette rechtshandelingen zoals winstuitdelingen, teruggaven van gestort kapitaal en kapitaalstortingen binnen fiscale eenheid onzichtbaar.

Het is mogelijk om aan de renteaftrekbepanking te ontkomen door het vormen van een fiscale eenheid. Als namelijk door een vennootschap van de fiscale eenheid een lening wordt aangetrokken van een laagbelaste groepsvennootschap om een besmette rechtshandeling te verrichten binnen de fiscale eenheid, wordt de aftrek van rente niet beperkt. De besmette rechtshandeling binnen fiscale eenheid is namelijk niet zichtbaar. Dit houdt in dat helemaal geen sprake is van een besmette rechtshandeling, wat één van de voorwaarden is om de rente in aftrek te beperken. Indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan kan aan de renteaftrekbepanking die ziet op winstdrainage worden ontkomen binnen fiscale eenheid:

- een in de fiscale eenheid gevoegde vennootschap gaat een lening aan bij een laag belast verbonden lichaam;
- er vindt een besmette rechtshandeling plaats binnen de fiscale eenheid;
- het aangaan van de lening en het verrichten van de besmette rechtshandeling worden door dezelfde vennootschap gedaan.

Ter illustratie, twee voorbeelden waarin aan de renteaftrekbepanking die ziet op winstdrainage kan worden ontkomen door het vormen van een fiscale eenheid. De afkorting LB staat voor laag belast, daarmee wordt bedoeld dat de vennootschap in een laag belaste jurisdictie is gevestigd.

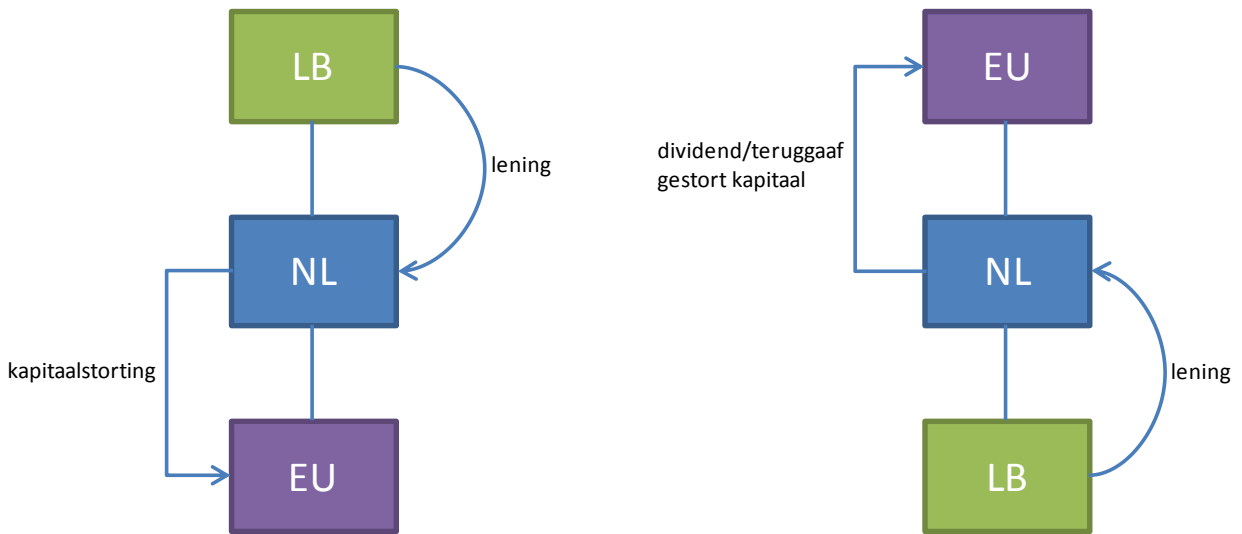
⁴⁰ Redactie Vakstudie, Fiscale Encyclopedie de Vakstudie, *De Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 15 Wet VpB 1969, aant. 1.4.3.



In beide voorbeelden wordt een lening aangetrokken van een, in laagbelaste jurisdictie gevestigde, groepsmaatschappij. Vervolgens wordt deze lening gebruikt om een besmette rechtshandeling uit te voeren. Vanwege het feit dat de besmette rechtshandeling binnen fiscale eenheid onzichtbaar is, wordt de rente op de lening niet in aftrek beperkt. Er is immers geen verband meer tussen de schuld en de besmette rechtshandeling. Hierbij is wel aangenomen dat de tegenbewijsregeling niet zal slagen.

3.2.3 Strijdigheid met EU-recht

Het is in beginsel niet toegestaan voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen. Het is daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk om aan de renteaftrekbeperking die ziet op winstdrainage te ontkomen. Indien de buitenlandse vennootschap in de EU is gevestigd, zou hier sprake kunnen zijn van strijdigheid met het EU-recht. Dit kan zich, mijns inziens, in de twee hierna geïllustreerde situaties voordoen.



In beide situaties wordt door een Nederlandse vennootschap een lening aangetrokken van een laagbelaste groepsvennootschap. Met deze lening wordt een besmette rechtshandeling verricht naar een EU-groepsvennootschap. Omdat het in beide situaties niet mogelijk is om een fiscale eenheid aan te gaan met de EU-groepsvennootschap, blijft de besmette rechtshandeling zichtbaar en wordt de rente beperkt door artikel 10a Wet VpB 1969. Om te toetsten of in beide situaties sprake is van strijdigheid met het EU-recht, dient het beslisschema van het HvJ te worden doorlopen.

Voordat materieel getoetst wordt of een regeling in strijd is met het EU-recht, dient een belanghebbende toegang te hebben tot het EU-recht. Een belanghebbende is in de onderhavige situaties de Nederlandse vennootschap die, vanwege het feit dat geen fiscale eenheid kan worden aangegaan met de EU-groepsvennootschap, beperkt wordt in de vrijheid van vestiging. Belanghebbende kan een beroep doen op de vrijheid van vestiging en heeft daarmee toegang tot het EU-recht.

Uit rechtspraak⁴¹ van het HvJ blijkt dat de vrijheid van vestiging wordt belemmerd als een ingezeten vennootschap met een dochteronderneming die ingezeten is in een andere lidstaat door een wettelijke regeling van een lidstaat fiscaal ongunstiger wordt behandeld dan een ingezeten vennootschap met een ingezeten dochteronderneming in de laatstgenoemde lidstaat.

⁴¹ HvJ 17 juli 2014, C-48/13, *Nordea Bank Danmark*, V-N 2014/44.5.

De renteaftrekbepanking van artikel 10a Wet VpB ziet op schulden, aangegaan bij een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, waarmee een besmette rechtshandeling wordt verricht. Door toepassing van het fiscale eenheidsregime worden intragroepstransacties fiscaal onzichtbaar. Dit houdt in dat besmette rechtshandelingen zoals winstuitdelingen, teruggaven van gestort kapitaal en kapitaalstortingen binnen fiscale eenheid onzichtbaar zijn. Het vormen van een fiscale eenheid zorgt er voor dat de rente op schulden, aangegaan bij een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, waarmee een besmette rechtshandeling wordt verricht niet langer in aftrek worden beperkt.

Dit voordeel is alleen toegankelijk voor ingezeten vennootschappen met een ingezeten dochteronderneming, aangezien in principe alleen ingezeten vennootschappen deel uit kunnen maken van een fiscale eenheid. Omdat het voor ingezeten vennootschappen met een in een andere lidstaat ingezeten dochteronderneming niet mogelijk is om een fiscale eenheid te vormen, kan niet aan de renteaftrekbepanking die ziet op winstdrainage worden ontkomen. Dit vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging.

Nu een belemmering is geconstateerd dient na te worden gegaan of de belemmering gerechtvaardigd kan worden door een dwingende reden van algemeen belang. Als de doeltreffendheid van fiscale controles hier al zou spelen dan zouden er geen problemen moeten zijn vanwege de (automatische) uitwisseling van gegevens. Alle benodigde gegevens voor de fiscale controle zijn in principe beschikbaar voor de Belastingdienst. De rechtvaardigingsgrond zou dan niet proportioneel zijn.

Er is hier geen sprake van de verstoring van het evenwicht en de wederkerigheid van de tussen een lidstaat en een derde land gesloten bilaterale internationale overeenkomst. Het wel of niet toestaan van het voordeel in grensoverschrijdende situaties is immers alleen van invloed op het belastbare resultaat in Nederland.

De noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven kan hier niet als rechtvaardiging dienen aangezien, net als in de zaken *Société Papillon*⁴² en *Groupe Steria*⁴³, de soevereiniteit van slechts één lidstaat aan de orde is. Het verschil

⁴² HvJ 27 november 2008, C-418/07, *Société Papillon*, V-N 2008/59.20, r.o. 39 en 40.

⁴³ HvJ 2 september 2015, C-386/14, *Groupe Steria*, BNB 2015/223, r.o. 29.

in behandeling heeft namelijk alleen betrekking op de aftrekbaarheid van de door de ingezeten vennootschap verschuldigde rente. De heffingsbevoegdheid van andere lidstaten wordt hierdoor niet aangetast.

De noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te handhaven kan ook niet als rechtvaardiging dienen. Er is namelijk geen rechtstreeks verband tussen het betrokken belastingvoordeel en de opheffing van dit voordeel door een bepaalde belastingheffing.⁴⁴ Het betrokken voordeel wordt namelijk niet opgeheven door een bepaalde belastingheffing, daarom kan er ook geen rechtstreeks verband bestaan.

De bestrijding van ontwijking van nationaal (belasting)recht en misbruik van gemeenschapsrecht speelt hier niet omdat er niet op onaanvaardbare wijze aan de toepassing van de nationale wetgeving wordt ontkomen door krachtens het VwEU geschapen mogelijkheden.⁴⁵

De verschillende redenen (evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid/double dipping/belastingontwijking) om grensoverschrijdende verliesverrekening uit te sluiten zijn hier niet aan de orde omdat het toestaan van het voordeel niet leidt tot grensoverschrijdende verliesverrekening.

Er bestaat geen rechtvaardiging voor de belemmering, er is daarom sprake van strijdigheid met EU-recht. Nederland dient het voordeel, wat de fiscale eenheid in samenhang met de renteaftrekbeperking die ziet op winstdrainage biedt, ook in grensoverschrijdende EU-situaties toe te staan.

3.3 Deelnemingsrente

3.3.1 De renteaftrekbeperking

3.3.1.1 Achtergrond regeling

Tot 1 januari 2004 was de rente over een schuld die verband hield met een buitenlandse deelneming niet aftrekbaar.⁴⁶ Het HvJ oordeelde in het Bosal-arrest⁴⁷ dat deze renteaftrekbeperking in strijd

⁴⁴ D.M. Weber, An Analysis of the Past, Current and Future of the Coherence of the Tax System as Justification, *EC Tax Review*, Volume 24 issue 1.

⁴⁵ Redactie Vakstudie, Fiscale Encyclopedie de Vakstudie, *De Vakstudie Nederlands Internationaal belastingrecht*, art. 49 VwEU, aant. 7.1.5.

⁴⁶ A.J. van Ramele, NDFR Deel Vennootschapsbelasting, commentaar bij artikel 131.

⁴⁷ HvJ 18 september 2003, C-168/01, Bosal Holding, *BNB* 2003/344.

was met het EU-recht. In deze zaak had Bosal Holding BV kosten gemaakt die betrekking hadden op de financiering van in de EU gevestigde deelnemingen. Deze kosten werden niet in aftrek toegestaan. In rechtsoverweging 43 geeft het HvJ aan dat de vrijheid van vestiging zich verzet tegen een nationale bepaling op grond waarvan, voor de belasting op de winst van een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij, de kosten welke verband houden met de deelneming van deze maatschappij in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming, slechts mogen worden afgetrokken indien dergelijke kosten middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van winst die in de lidstaat van vestiging van de moedermaatschappij belastbaar is.

Na dit arrest werden de thincapregeling⁴⁸ en de houdsterverliesregeling⁴⁹ ingevoerd ter budgettaire vervanging. De inmiddels afgeschafte thincapregeling zorgde ervoor dat bepaalde rente niet aftrekbaar was indien een onderneming met te veel vreemd vermogen was gefinancierd. De houdsterverliesregeling wordt in paragraaf 4.2 besproken. Artikel 13l Wet VpB 1969 is in de plaats gekomen van de thincapregeling. De thincapregeling is afgeschaft vanwege de te generieke werking en het onbedoeld raken van belastingplichtigen in het midden- en kleinbedrijf.⁵⁰ De per 1 januari 2013 ingevoerde renteaftrekbepanking die ziet op deelnemingsrente werd ingevoerd om het zogenoemde Bosalgat te dichten. Het kabinet beoogt de renteaftrekmogelijkheid in te perken voor zover deze leidt tot een bovenmatige en onwenselijke financiering van deelnemingen met geldleningen.⁵¹ Het kabinet is van mening dat de wetgever niet op de stoel van de ondernemer moet gaan zitten, ondernemingen moeten in principe vrij zijn om hun activiteiten te financieren zoals zij willen. De Staatssecretaris⁵² is van mening dat bij een zodanige allocatie van rentelasten dat sprake is van onbedoeld gebruik wat de proporties van misbruik heeft aangenomen, er reden is om beperkingen aan te brengen op de aftrek van rente.

3.3.1.2 Werking renteaftrekbepanking

Op basis van het eerste lid van artikel 13l Wet VpB 1969 wordt bovenmatige deelnemingsrente in aftrek beperkt voor zover het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente €750.000 te boven gaat. De bovenmatige deelnemingsrente wordt bepaald volgens onderstaande formule:

⁴⁸ Het inmiddels vervallen artikel 10d Wet VpB 1969.

⁴⁹ Artikel 20, vierde tot en met zesde lid Wet VpB 1969.

⁵⁰ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 10-12.

⁵¹ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 10.

⁵² *Idem*.

gemiddelde deelnemingsschulden

----- x het totale bedrag aan renten en kosten van geldleningen
gemiddelde totale geldleningen

De gemiddelden zijn gebaseerd op de hoogte aan het begin en aan het einde van het boekjaar. Indien in de loop van een boekjaar een deelneming wordt gekocht wordt die datum genomen om de hoogte aan het begin van het boekjaar vast te stellen.

Van een deelnemingsschuld is sprake als de gemiddelde verkrijgingsprijs van de deelnemingen meer bedraagt dan het gemiddelde eigen vermogen van de deelnemingen. De deelnemingschuld kan nooit meer bedragen dan de gezamenlijke verkrijgingsprijs van de deelnemingen of het bedrag van de geldleningen. De verkrijgingsprijs is de tegenprestatie bij verwerving plus bijkomende kosten, hierbij wordt ook rekening gehouden met latere kapitaalstortingen en terugbetalingen.⁵³ Als de belastingplichtige haar deelnemingen anders waardeert dan tegen verkrijgingsprijs, wordt op basis van artikel 13l, vierde lid Wet VpB 1969 voor de bepaling van de deelnemingsschuld de boekwaarde van het eigen vermogen verminderd met het bedrag van de boekwaarde van die deelneming verminderd met de verkrijgingsprijs van die deelneming. Voor de vaststelling van de hoogte van het eigen vermogen van de deelnemingen tellen ook de fiscale reserves mee. Het bedrag van de deelnemingsschuld wordt verminderd met schulden waarvan de rente in aftrek wordt beperkt op basis van andere wetsartikelen of waarover geen rente wordt berekend.

Indien sprake is van een uitbreiding van operationele activiteiten wordt de verkrijgingsprijs van die deelneming niet in aanmerking genomen voor de berekening van de deelnemingsschuld. De verkrijgingsprijs van een deelneming die kwalificeert als een uitbreiding van operationele activiteiten wordt echter wel meegenomen voor de berekening van de deelnemingsschuld, op basis van het zesde lid van artikel 13l Wet VpB 1969 voor zover:

- a) *de in het jaar in verband met de financiering van die deelneming verschuldigde renten en kosten naast de belastingplichtige door een met de belastingplichtige verbonden lichaam rechtens dan wel in feite in aftrek kunnen worden gebracht op de grondslag van een naar de winst geheven belasting;*

⁵³ A.J. van Ramele, NDFR Deel Vennootschapsbelasting, commentaar bij artikel 13l.

- b) *de in het jaar in verband met de financiering van die deelneming verschuldigde renten en kosten rechtens dan wel in feite direct of indirect staan tegenover een vergoeding voor verstrekking van vermogen aan het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden of aan een met de belastingplichtige verbonden lichaam, waarbij de voldoening van de vergoeding rechtens dan wel in feite direct of indirect in aftrek kan worden gebracht op de grondslag van een naar de winst geheven belasting terwijl over de ontvangst van de vergoeding per saldo geen belasting naar de winst wordt geheven of geen belasting naar de winst wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is als bedoeld in artikel 10a, derde lid, onderdeel b, of*
- c) *de verwerving of de uitbreiding van de deelneming, dan wel de inbreng van eigen vermogen in het lichaam waarin de deelneming wordt gehouden, niet door de belastingplichtige zou hebben plaatsgevonden, of de deelneming niet door de belastingplichtige zou zijn gehouden, ingeval de aftrek van rente buiten beschouwing zou worden gelaten.*

Hierna is een voorbeeld⁵⁴ opgenomen om het een en ander te verduidelijken.

De fiscale balans van A ziet er als volgt uit (bedragen in mln.):

Debet		Credit	
		Eigen	
Deelnemingen	400	vermogen	250
Overige activa	300	Geldleningen	450

De winst voor renteaftrek is 25. A betaalt 30 aan rente over de geldleningen. Zonder artikel 13l van de Wet VpB 1969 zou de winst $25 - 30 = -5$ bedragen; een verlies van 5.

Uitwerking artikel 13l, eerste tot en met derde lid:

Deelnemingsschuld (deelnemingen minus eigen vermogen) = $400 - 250 = 150$

⁵⁴ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 287, nr. 3, p. 24 en 25.

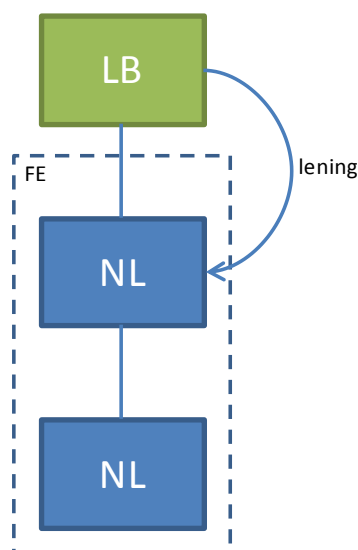
Rente over de deelnemingsschuld ad 150 is in beginsel niet aftrekbaar. De deelnemingsschuld wordt hiertoe gedeeld door het totale bedrag aan geldleningen ter bepaling van de bovenmatige deelnemingsrente. Bovenmatige deelnemingsrente = $30 \times 150/450 = 10$ mln. Daar gaat nog 0,75 mln. (drempel) af. Uiteindelijk is 9,25 mln. niet aftrekbaar, 20,75 mln. is wel aftrekbaar.

Belastbare winst na renteaftrek $25 - 20,75 = 4,25$ mln.

3.3.2 Uitwerking renteaftrekbeperking binnen fiscale eenheid

Door toepassing van het fiscale eenheidsregime worden het vermogen en de werkzaamheden van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij toegerekend. Voor belastingdoeleinden wordt er geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige, de moedermaatschappij. De deelneming bestaat fiscaal gezien niet meer. Zodra er geen deelneming is kan er ook geen sprake zijn van deelnemingsrente die in aftrek kan worden beperkt.

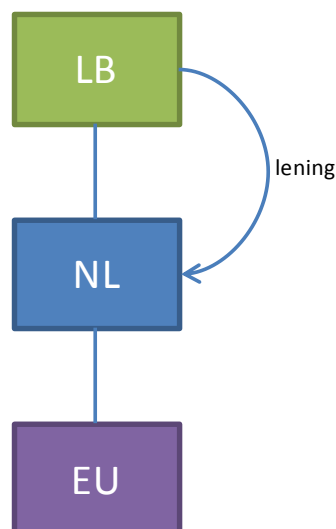
Het is derhalve mogelijk om aan de renteaftrekbeperking te ontkomen door het vormen van een fiscale eenheid. Als een moedermaatschappij een deelneming verwerft met (excessief) veel vreemd vermogen, wordt de rente op dat vreemde vermogen (deels) in aftrek beperkt door artikel 131 Wet VpB. Bijvoorbeeld als de deelneming geen uitbreiding van operationele activiteiten vormt. Indien na verwerving met deze deelneming een fiscale eenheid wordt aangegaan, verliest de renteaftrekbeperking zijn werking. Bovenstaande doet zich voor in de volgende situatie:



De moedermaatschappij, gevestigd in een laagbelaste jurisdictie, verstrekt een lening aan de Nederlandse tussenhoudster. De Nederlandse tussenhoudster gebruikt deze lening om de aankoop van de Nederlandse deelneming te financieren. Onder de aanname dat artikel 131 Wet VpB 1969 van toepassing is op de lening, wordt een deel van de rente op de lening in aftrek beperkt. Als de twee Nederlandse vennootschappen een fiscale eenheid vormen, is er nog maar sprake van één belastingplichtige. De deelneming bestaat fiscaal gezien niet meer. De lening ziet nu niet meer op de verwerving van de deelneming. Aan de voorwaarde dat de lening ziet op de verwerving van een deelneming wordt niet langer voldaan, de rente wordt daarom niet langer in aftrek beperkt. Dit houdt in dat de Nederlandse tussenhoudster de rente in zijn geheel in aftrek kan brengen van de winst.

3.3.3 Strijdigheid met EU-recht

Het is in beginsel niet mogelijk voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen. Het is daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk om aan de werking van de renteaftrekbeperking te ontkomen. De fiscale eenheid biedt in deze situatie een voordeel waar alleen gebruik van kan worden gemaakt in puur binnenlandse situaties. Indien de buitenlandse vennootschap in de EU is gevestigd, zou hier sprake kunnen zijn van strijdigheid met het EU-recht, vanwege het feit dat geen fiscale eenheid kan worden gevormd. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen in de volgende situatie:



In deze situatie wordt door de Nederlandse tussenhoudster een lening aangetrokken van haar, in een laagbelaste jurisdictie gevestigde, moedermaatschappij. De Nederlandse tussenhoudster gebruikt deze lening om de aankoop van de EU-deelneming te financieren. Onder de aanname dat artikel 131 Wet VpB 1969 van toepassing is op de lening, wordt de rente op de lening voor een deel in aftrek beperkt. Omdat het in deze situatie niet mogelijk is om een fiscale eenheid aan te gaan met de EU-deelneming, blijft de deelneming zichtbaar en wordt de rente voor een deel in aftrek beperkt. Om te toetsen of er in deze situatie sprake is van strijdigheid met het EU-recht, dient net zoals in paragraaf 3.2.3 het beslisschema van het HvJ te worden doorlopen.

Ook hier heeft belanghebbende toegang tot het EU-recht omdat de vrijheid van vestiging wordt beperkt, vanwege het niet kunnen vormen van een fiscale eenheid in grensoverschrijdende EU-situaties.

De renteaftrekbeperking van artikel 131 Wet VpB 1969 ziet op de rente op bovenmatige deelnemingsschulden. Door toepassing van het fiscale eenheidsregime worden het vermogen en de werkzaamheden van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij toegerekend. Voor belastingdoeleinden is er dan sprake van één belastingplichtige, de moedermaatschappij. De deelneming bestaat fiscaal gezien niet meer. Dit houdt in dat geen rente meer in aftrek kan worden beperkt door artikel 131 Wet VpB 1969 aangezien geen sprake meer is van deelnemingsrente. Het vormen van een fiscale eenheid zorgt er voor dat de rente op bovenmatige deelnemingsschulden niet langer in aftrek wordt beperkt.

Dit voordeel is alleen toegankelijk voor ingezeten vennootschappen met een ingezeten dochteronderneming, aangezien in principe alleen ingezeten vennootschappen deel uit kunnen maken van een fiscale eenheid. Omdat het voor ingezeten vennootschappen met een in een andere lidstaat ingezeten dochteronderneming niet mogelijk is om een fiscale eenheid te vormen, kan niet aan de renteaftrekbeperking worden ontkomen. Dit vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging.

Als de doeltreffendheid van fiscale controles hier al zou spelen dan zouden er geen problemen moeten zijn vanwege de (automatische) uitwisseling van gegevens. Alle benodigde gegevens voor

de fiscale controle zijn in principe beschikbaar voor de Belastingdienst. De rechtvaardigingsgrond zou dan niet proportioneel zijn.

Er is hier geen sprake van de verstoring van het evenwicht en de wederkerigheid van de tussen een lidstaat en een derde land gesloten bilaterale internationale overeenkomst. Het wel of niet toestaan van het voordeel in grensoverschrijdende situaties is immers alleen van invloed op het belastbare resultaat in Nederland.

De noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven kan hier niet als rechtvaardiging dienen aangezien, net als in de zaken *Société Papillon*⁵⁵ en *Groupe Steria*⁵⁶, de soevereiniteit van slechts één lidstaat aan de orde is. Het verschil in behandeling heeft namelijk alleen betrekking op de aftrekbaarheid van de door de ingezeten vennootschap verschuldigde bovenmatige deelnemingsrente. De heffingsbevoegdheid van andere lidstaten is hier niet aan de orde.

De noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te handhaven kan ook niet als rechtvaardiging dienen. Er is namelijk geen rechtstreeks verband tussen het betrokken belastingvoordeel en de opheffing van dit voordeel door een bepaalde belastingheffing.⁵⁷ Het betrokken voordeel wordt namelijk niet opgeheven door een bepaalde belastingheffing, daarom kan er ook geen rechtstreeks verband bestaan.

De bestrijding van ontwijking van nationaal (belasting)recht en misbruik van gemeenschapsrecht speelt hier niet omdat er niet op onaanvaardbare wijze aan de toepassing van de nationale wetgeving wordt ontkomen door krachtens het VwEU geschapen mogelijkheden.⁵⁸

De verschillende redenen (evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid/double dipping/belastingontwijking) om grensoverschrijdende verliesverrekening uit te sluiten zijn hier niet aan de orde omdat het toestaan van het voordeel niet leidt tot grensoverschrijdende verliesverrekening.

⁵⁵ HvJ 27 november 2008, C-418/07, *Société Papillon*, V-N 2008/59.20, r.o. 39 en 40.

⁵⁶ HvJ 2 september 2015, C-386/14, *Groupe Steria*, BNB 2015/223, r.o. 29.

⁵⁷ D.M. Weber, *An Analysis of the Past, Current and Future of the Coherence of the Tax System as Justification*, EC *Tax Review*, Volume 24 issue 1.

⁵⁸ Redactie Vakstudie, *Fiscale Encyclopedie de Vakstudie, De Vakstudie Nederlands Internationaal belastingrecht*, art. 49 VwEU, aant. 7.1.5.

Er bestaat geen rechtvaardiging voor de belemmering, er is daarom sprake van strijdigheid met EU-recht. Nederland dient het voordeel, wat de fiscale eenheid in samenhang met de renteaftrekbepanking die ziet op deelnemingsrente biedt, ook in grensoverschrijdende EU-situaties toe te staan.

3.4 Samenvatting en conclusie

De beperking van artikel 10a Wet VpB 1969 ziet op de aftrek van rente – kosten en valutaresultaten daaronder begrepen – ter zake van schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, voor zover die schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden met ‘besmette’ rechtshandelingen.

Door toepassing van het fiscale eenheidsregime zijn intragroepstransacties fiscaal onzichtbaar. Dit houdt in dat besmette rechtshandelingen zoals winstuitdelingen, teruggaven van gestort kapitaal en kapitaalstortingen binnen fiscale eenheid ook onzichtbaar zijn.

Het is in beginsel niet toegestaan voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen. Het is daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk om aan de renteaftrekbepanking die ziet op winstdrainage te ontkomen. Dit vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging.

Er bestaat geen rechtvaardiging voor de belemmering waardoor er sprake is van strijdigheid met EU-recht. Nederland dient het voordeel, wat de fiscale eenheid in samenhang met de renteaftrekbepanking die ziet op winstdrainage biedt, ook in grensoverschrijdende EU-situaties toe te staan.

Op basis van het eerste lid van artikel 131 Wet VpB 1969 wordt bovenmatige deelnemingsrente in aftrek beperkt voor zover het bedrag aan bovenmatige deelnemingsrente €750.000 te boven gaat.

Door toepassing van het fiscale eenheidsregime worden het vermogen en de werkzaamheden van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij toegerekend. Voor belastingdoeleinden wordt er geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige, de moedermaatschappij. De deelneming bestaat fiscaal gezien niet meer. Zodra er geen deelneming is kan er ook geen sprake zijn van deelnemingsrente die in aftrek kan worden beperkt. Het is derhalve mogelijk om aan de renteaftrekbepanking te ontkomen door het vormen van een fiscale eenheid.

Het is in beginsel niet mogelijk voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen. Het is daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk aan de werking van de renteaftrekbeperking te ontkomen. Dit vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging.

Er bestaat geen rechtvaardiging voor de belemmering, zodat sprake is van strijdigheid met EU-recht. Nederland dient het voordeel, wat de fiscale eenheid in samenhang met de renteaftrekbeperking die ziet op deelnemingsrente biedt, ook in grensoverschrijdende EU-situaties toe te staan.

Hoofdstuk 4: Verliesverrekening

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat verliesverrekening centraal. Het verrekenen van verliezen kan in beginsel met winsten uit het jaar voorafgaand aan het jaar waarin het verlies is geleden of de negen opvolgende jaren na het jaar waarin het verlies is geleden (artikel 20, tweede lid Wet VpB 1969). Het verrekenen van verliezen wordt beperkt door artikel 20, vierde tot en met zesde lid (hierna: houdsterverliesregeling) en artikel 20a, vierde en zesde lid (hierna: inkrimpingstoets) Wet VpB 1969.

Het doel van dit hoofdstuk is te toetsen of de andere uitwerking van de bepalingen omtrent de houdsterverliesregeling en de inkrimpingstoets binnen fiscale eenheid in strijd is met EU-recht. Er wordt, zoals uiteengezet in paragraaf 1.3, alleen getoetst aan de vrijheid van vestiging.

In paragraaf 4.2 wordt de houdsterverliesregeling behandeld. Eerst zal de achtergrond van de regeling worden geschetst alvorens in te gaan op de wijze waarop verliesverrekening door de houdsterverliesregeling wordt beperkt. Vervolgens wordt de werking van de houdsterverliesregeling binnen fiscale eenheid uiteengezet. Daarna wordt er getoetst of de uitwerking van de houdsterverliesregeling binnen fiscale eenheid leidt tot strijdigheid met EU-recht.

In paragraaf 4.3 wordt de inkrimpingstoets behandeld, deze beperking van verliesverrekening wordt op dezelfde wijze uiteengezet als de houdsterverliesregeling. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en conclusie in paragraaf 4.4.

4.2 Houdsterverliesregeling

4.2.1 De beperking van verliesverrekening

4.2.1.1 Achtergrond

De per 1 januari 2004 ingevoerde houdsterverliesregeling is tot stand gekomen naar aanleiding van het Bosal-arrest. Zoals in paragraaf 3.3.1.1 al is aangegeven, besliste het HvJ in deze zaak dat de renteaftrekbeperking, die zag op rente over een schuld die verband hield met een buitenlandse

deelneming, in strijd was met EU-recht. Als gevolg van deze uitspraak kunnen financieringskosten die verband houden met buitenlandse deelnemingen volledig in aftrek worden gebracht.⁵⁹ Vooral in Nederland gevestigde houdstermaatschappijen met buitenlandse deelnemingen hebben voordeel van deze aanpassing. Immers, kosten die eerst niet in aftrek werden toegestaan, te weten financieringskosten met betrekking tot buitenlandse deelnemingen, zijn nu aftrekbaar.

Houdstermaatschappijen hebben over het algemeen weinig belastbare winst: de voordelen uit hoofde van deelnemingen worden immers vrijgesteld door de deelnemingsvrijstelling. Nu de kosten met betrekking tot EU-deelnemingen aftrekbaar zijn zal de aftrek van deze kosten in veel gevallen leiden tot een compensabel verlies voor houdstermaatschappijen.⁶⁰ Als houdstermaatschappijen hun activiteiten op dezelfde wijze voortzetten zullen deze verliezen over het algemeen beperkt kunnen worden verrekend. Dit zou aanleiding kunnen geven om naast houdsteractiviteiten ook andere activiteiten te gaan verrichten teneinde de compensabele verliezen te verrekenen. Als deze activiteiten voorheen in Nederland belast waren, leidt dit tot uitholling van de heffingsgrondslag. Om dit te voorkomen is een maatregel ingevoerd om verliesverrekening door houdstermaatschappijen in te perken.

4.2.1.2 Werking beperking verliesverrekening

In artikel 20, vierde lid Wet VpB 1969 is bepaald dat verliezen, geleden in jaren waarin (nagenoeg) uitsluitend houdsteractiviteiten zijn verricht, alleen verrekenbaar zijn met winsten wanneer er aan twee voorwaarden wordt voldaan. De eerste voorwaarde is de werkzaamhedeneis, deze eis houdt in dat het verrekenen van verliezen alleen mogelijk is met winsten uit jaren waarin ook (nagenoeg) uitsluitend houdsteractiviteiten zijn verricht. De tweede voorwaarde is de vorderingeneis, deze eis houdt in dat in het jaar waarin het verlies wordt verrekend het saldo van de boekwaarde van gelieerde vorderingen en schulden niet groter mag zijn dan in het jaar waarin het verlies is ontstaan.⁶¹ Op deze manier wordt verhinderd dat de beperking van verliesverrekening kan worden vermeden door binnen de houdsteractiviteiten een verschuiving aan te brengen van het houden van deelnemingen naar concernfinanciering.⁶² Zonder deze eis zou het namelijk mogelijk zijn om

⁵⁹ E. Thomas, NDFR Deel Vennootschapsbelasting, commentaar bij artikel 20.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 8, p. 12.

⁶¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 8, p. 22.

⁶² *Idem*.

vorderingen onder te brengen in de houdstermaatschappij om zo de rentebaten op deze leningen te gebruiken om de verliezen te verrekenen.

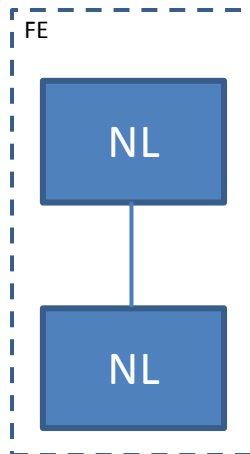
Voor de vorderingeneis bestaat ook een tegenbewijsregeling, indien er niet aan deze eis wordt voldaan. De belastingplichtige dient dan aannemelijk te maken dat wijziging van het saldo van de boekwaarde van gelieerde vorderingen en schulden niet in overwegende mate is gericht op verruiming van de mogelijkheden tot het verrekenen van verliezen.

Als er voor 90% houdsteractiviteiten worden verricht is er sprake van het nagenoeg uitsluitend houden van deelnemingen of het financieren van verbonden lichamen, dit op basis van artikel 20, zesde lid Wet VpB 1969. Er is overigens geen sprake van een houdstermaatschappij indien er ten minste 25 werknemers, berekend op basis van volledige werktijd, in dienst zijn die zich niet bezig houden met het (nagenoeg) uitsluitend houden van deelnemingen of het financieren van verbonden lichamen.⁶³

4.2.2 Uitwerking binnen fiscale eenheid

Door toepassing van het fiscale eenheidsregime worden het vermogen en de werkzaamheden van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij toegerekend. Voor belastingdoeleinden wordt er geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige, de moedermaatschappij. De deelneming bestaat fiscaal gezien niet meer. Zodra er geen deelneming is kan er voor de moedermaatschappij geen sprake meer zijn van het (nagenoeg) uitsluitend verrichten van houdsteractiviteiten. Verliezen die de moedermaatschappij standalone zou behalen worden derhalve niet als houdsterverliezen aangemerkt. Het is daarom mogelijk om in bepaalde gevallen aan de werking van de houdsterverliesregeling te ontkomen door het aangaan van een fiscale eenheid. Dit kan zich in de hierna geïllustreerde situatie voordoen.

⁶³ Artikel 20, zesde lid Wet VpB 1969.



De moedermaatschappij verwerft een Nederlandse deelneming, naast het houden van deze deelneming worden er geen andere activiteiten verricht. Er is daarom sprake van een houdstermaatschappij. Indien de houdstermaatschappij in een bepaald jaar verliezen maakt worden deze verliezen aangemerkt als houdsterverliezen, deze verliezen zijn niet verrekenbaar met winsten uit een jaar waarin deze maatschappij niet als houdstermaatschappij kwalificeert. Indien de moedermaatschappij gelijk na verwerving van de deelneming een fiscale eenheid aangaat is er fiscaal gezien niet langer sprake van een deelneming. De verliezen die moedermaatschappij standalone zou behalen, worden nu niet aangemerkt als houdsterverliezen. De houdsterverliesregeling verliest dus zijn werking binnen fiscale eenheid.

4.2.3 Strijdigheid met EU-recht

Tijdens de parlementaire behandeling⁶⁴ is de vraag gesteld of de houdsterverliesregeling niet in strijd is met het EU-recht. In de vraagstelling wordt verwezen naar het arrest Weber's Wine World Handels-GmbH e.a. tegen Abgabenberufungskommission Wien;⁶⁵ in dit arrest geeft het HvJ in rechtsoverweging 86 aan dat een nationale wetgever na een arrest van het Hof waarin een bepaalde wettelijke regeling onverenigbaar met het Verdrag is verklaard, geen procedureregels mag invoeren waardoor de mogelijkheden tot het vorderen van terugbetaling van belastingen die ten onrechte krachtens die wettelijke regeling zijn geheven, specifiek worden bekort. De Staatssecretaris vindt dat de houdsterverliesregeling niet is strijd is met het EU-recht. Ten eerste

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 34, p. 6.

⁶⁵ HvJ 2 oktober 2003, C-147/01, *V-N* 2003/51.2.

geeft hij aan dat de houdsterverliesregeling een regel van materieel belastingrecht is en niet een regel van procesrecht. Het voornoemde arrest ziet volgens hem namelijk op regels van nationaal procesrecht. Daarnaast geeft hij aan dat er geen jurisprudentie is waaruit blijkt dat gestelde eisen aan procesrecht ook gelden voor materieel belastingrecht. Meer inhoudelijk zegt de Staatssecretaris over de houdsterverliesregeling het volgende:

*“Artikel 20 heeft alleen gevolgen voor de mogelijkheid om verliezen, die eventueel door de uitspraak in Bosal nog vergroot zijn, te compenseren. Artikel 20 maakt echter geen onderscheid naar de oorzaak van het ontstaan van de verliezen, maar heeft betrekking op alle verliezen van holding maatschappijen. Niet gezegd kan worden dat artikel 20 aanspraken voortvloeiend uit het Bosal arrest specifiek bekort, of op enigerlei wijze een onderscheid maakt naar Europese of nationaalrechtelijke oorsprong van deze verliezen. Evenmin kan gezegd worden dat artikel 20 het onmogelijk of uiterst moeilijk maakt om juist verliezen ontstaan door de Bosal-uitspraak te compenseren. Zij blijven compensabel, alleen de categorie winsten waarmee zij kunnen worden gecompenseerd wordt beperkt tot winsten uit jaren waarin de holding alleen houdsteractiviteiten uitoefent.”*⁶⁶

Thomas⁶⁷ is van mening dat de verliesverrekeningsmaatregel specifiek de intentie heeft om de gevolgen van het Bosal-arrest voor een deel te repareren hetgeen ook als zodanig is aangekondigd⁶⁸. Mijns inziens is dit juist aangezien uit de parlementaire behandeling⁶⁹ blijkt dat de wetgever deze maatregel heeft ingevoerd naar aanleiding van het Bosal-arrest. Daarnaast is het wel degelijk uiterst moeilijk, zo niet onmogelijk, om de verliezen die zijn ontstaan door het Bosal-arrest te compenseren, omdat het zeer lastig is om als houderstermaatschappij winsten te behalen aangezien vrijwel alle voordelen uit hoofde van een deelneming zijn vrijgesteld onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling. De vraag die hier blijft hangen is of de houdsterverliesregeling in strijd is met het EU-recht.

Op 24 juni 2011⁷⁰ heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over het feit of de houdsterverliesregeling in strijd is met het EU-recht. De Hoge Raad oordeelt hier, zonder prejudiciële vragen te stellen aan

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 34, p. 6.

⁶⁷ E. Thomas, NDFR Deel Vennootschapsbelasting, commentaar bij artikel 20.

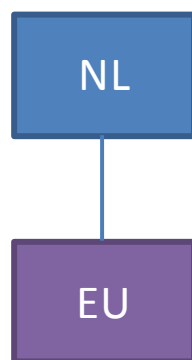
⁶⁸ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 8, p. 5.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 8.

⁷⁰ HR 24 juni 2011, 09/05115, V-N 2011/32.11.

het HvJ, dat de houdsterverliesregeling niet in strijd is met het EU-recht onder verwijzing naar het arrest X Holding. Er wordt geoordeeld dat er sprake is van een verschil in behandeling tussen houderstervenootschappen met binnenlandse deelnemingen en houdstervenootschappen met alleen buitenlandse deelnemingen zonder vaste inrichting in Nederland. Dit verschil kan echter gerechtvaardigd worden uit hoofde van de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. Voorts is de fiscale eenheid evenredig met de daarmee nagestreefde doelstellingen. De regeling is daarom niet in strijd met het EU-recht. De vraag is of de uitspraak in de zaak Groupe Steria hier mogelijk verandering in brengt.

Mijns inziens heeft de Hoge Raad gelijk dat er sprake is van een belemmering. Het is in beginsel niet mogelijk voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen. Het is daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk om aan de werking van de houdsterverliesregeling te ontkomen. De fiscale eenheid biedt in samenhang met de houdsterverliesregeling in deze situatie een voordeel waar alleen gebruik van kan worden gemaakt in puur binnenlandse situaties. Indien de buitenlandse vennootschap in de EU is gevestigd, zou hier sprake kunnen zijn van strijdigheid met het EU-recht, vanwege het feit dat er geen fiscale eenheid kan worden gevormd. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen in de volgende situatie:



In deze situatie wordt door de Nederlandse vennootschap een EU-deelneming verworven. Onder de aanname dat de Nederlandse vennootschap kwalificeert als houdstermaatschappij kunnen de in een bepaald jaar gemaakte verliezen worden aangemerkt als houdsterverliezen, deze verliezen zijn

niet verrekenbaar met winsten uit een jaar waarin deze maatschappij niet als houdstermaatschappij kwalificeert. Omdat het in deze situatie niet mogelijk is om een fiscale eenheid aan te gaan met de EU-deelneming, blijft de moedermaatschappij kwalificeren als een houdstermaatschappij en kunnen de houdsterverliezen niet verrekend worden met ‘normale’ winsten van de belastingplichtige. Zoals hiervoor aangegeven is, is er sprake van een belemmering van de vrijheid van vestiging.

Als de doeltreffendheid van fiscale controles hier al zou spelen dan zouden er geen problemen moeten zijn vanwege de (automatische) uitwisseling van gegevens. Alle benodigde gegevens voor de fiscale controle zijn in principe beschikbaar voor de Belastingdienst. De rechtvaardigingsgrond zou dan niet proportioneel zijn.

Er is hier geen sprake van de verstoring van het evenwicht en de wederkerigheid van de tussen een lidstaat en een derde land gesloten bilaterale internationale overeenkomst. Het wel of niet toestaan van het voordeel in grensoverschrijdende situaties is immers alleen van invloed op het belastbare resultaat in Nederland.

De noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven kan hier niet als rechtvaardiging dienen aangezien, net als in de zaken *Société Papillon*⁷¹ en *Groupe Steria*⁷², de soevereiniteit van slechts één lidstaat aan de orde is. Het verschil in behandeling heeft namelijk alleen betrekking op het wel of niet beperken van de verliesverrekening. De heffingsbevoegdheid van andere lidstaten wordt niet aangetast.

De noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te handhaven kan ook niet als rechtvaardiging dienen. Er is namelijk geen rechtstreeks verband tussen het betrokken belastingvoordeel en de opheffing van dit voordeel door een bepaalde belastingheffing.⁷³ Het betrokken voordeel wordt namelijk niet opgeheven door een bepaalde belastingheffing, daarom kan er ook geen rechtstreeks verband bestaan.

⁷¹ HvJ 27 november 2008, C-418/07, *Société Papillon*, V-N 2008/59.20, r.o. 39 en 40.

⁷² HvJ 2 september 2015, C-386/14, *Groupe Steria*, BNB 2015/223, r.o. 29.

⁷³ D.M. Weber, *An Analysis of the Past, Current and Future of the Coherence of the Tax System as Justification*, EC *Tax Review*, Volume 24 issue 1.

De bestrijding van ontwijking van nationaal (belasting)recht en misbruik van gemeenschapsrecht speelt hier niet omdat er niet op onaanvaardbare wijze aan de toepassing van de nationale wetgeving wordt ontkomen door krachtens het VwEU geschapen mogelijkheden.⁷⁴

De verschillende redenen (evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid/double dipping/belastingontwijking) om grensoverschrijdende verliesverrekening uit te sluiten zijn hier niet aan de orde omdat het toestaan van het voordeel niet leidt tot grensoverschrijdende verliesverrekening.

Net als De Graaf⁷⁵ ben ik van mening dat er geen rechtvaardigingsgronden bestaan voor de belemmering, de houdsterverliesregeling is mijns inziens in strijd met de vrijheid van vestiging. Nederland dient het voordeel, wat de fiscale eenheid in samenhang met de houdsterverliesregeling biedt, ook in grensoverschrijdende EU-situaties toe te staan.

4.3 Verliesverdamping door de inkringingstoets

4.3.1 De beperking van verliesverrekening

4.3.1.1 Achtergrond

De per 1 januari 2001 ingevoerde inkringingstoets is de vervanger van artikel 20, vijfde lid Wet VpB 1969. De oude regeling was in de wet opgenomen om de handel in verliezen tegen te gaan. De oude regeling zorgde ervoor dat verliezen niet meer te verrekenen zijn als de belastingplichtige zijn onderneming heeft gestaakt en een nieuwe onderneming start waarvan de winsten in belangrijke mate ten goede kunnen komen aan andere aandeelhouders dan de aandeelhouders op het moment dat de onderneming gestaakt werd.⁷⁶ Volgens de Staatssecretaris⁷⁷ schoot de oude regeling in de praktijk op een aantal punten tekort, dit had negatieve gevolgen voor de belastingopbrengst en de concurrentie tussen bedrijven. Door nieuwe activiteiten in een vennootschap onder te brengen waarin nog te verrekenen verliezen zaten, kon er een concurrentievoordeel ontstaan.

⁷⁴ Redactie Vakstudie, Fiscale Encyclopedie de Vakstudie, *De Vakstudie Nederlands Internationaal belastingrecht*, art. 49 VwEU, aant. 7.1.5.

⁷⁵ R. de Graaf, 'De houdsterverliesregeling versus de EU-verdragsvrijheden', *WFR* 2010/1108.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 209, nr. 3, p. 11.

⁷⁷ *Idem*.

In de memorie van toelichting⁷⁸ wordt het voorbeeld gegeven van een belastingplichtige die geen materiële onderneming heeft gedreven maar zich bezig heeft gehouden met beleggingen. De oude regeling was namelijk niet van toepassing in die situatie. De verliezen zijn ondanks een wisseling van aandeelhouders, volledig verrekenbaar. Verder was de oude regeling niet van toepassing bij een wisseling van aandelen binnen de bestaande groep aandeelhouders. Hieruit blijkt dat de oude regeling op een aantal punten tekort schoot, de regeling moest daarom aangepast worden.

De reparatie van de wetgeving moest echt niet zover gaan dat de verliescompensatie wordt tegengegaan in het geval van reële saneringsoperaties. Er moest worden voorkomen dat verliesgevende, maar in potentie rendabele bedrijven niet meer worden overgenomen en daarmee gedwongen worden om te staken.⁷⁹ De inkrimpingstoets zou volgens de wetgever de problemen van de oude regeling wegnemen.

4.3.1.2 Werking beperking verliesverrekening

Artikel 20a Wet VpB 1969 beperkt het verrekenen van verliezen indien het uiteindelijke belang in een belastingplichtige in belangrijke mate (30% of meer) is gewijzigd. Verliezen geleden voor de wisseling van aandeelhouders zijn dan niet meer af te zetten tegen winsten behaald na de wisseling van aandeelhouders. Er dient elk jaar, waarin de belastingplichtige verliezen wil verrekenen, getoetst te worden of het uiteindelijke belang in belangrijke mate is gewijzigd ten opzichte van het begin van het oudste verliesjaar. Onder het oudste verliesjaar wordt verstaan het eerste jaar waar in het te verrekenen verlies is geleden. Dit laat zich het best uitleggen door middel van een voorbeeld.

Jaar	Resultaat	Omvang	Wijziging aandeelhouders
2008	-/-	200	
2009	-/-	200	
2010	-/-	200	50% aandeelhouderswisseling
2011	-/-	200	
2012	+	200	
2013	+	200	

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Idem.

Voor de beoordeling of de winst behaald in 2012 verrekend kan worden met het verlies uit 2008 moeten de aandeelhouders aan het eind van 2012 worden vergeleken met de aandeelhouders aan het begin van 2008. In 2010 is er sprake geweest van een aandeelhouderswisseling van 50%. Het uiteindelijke belang in belastingplichtige is in belangrijke mate gewijzigd, dit houdt in dat de verliezen geleden in 2008, 2009 en 2010 in beginsel niet verrekenbaar zijn.

In artikel 20a, vierde lid Wet VpB 1969 (hierna: beleggingentoets) worden situaties beschreven waarin het aannemelijk is dat de wisseling van aandeelhouders niet ziet op handel in verliezen. In die situaties is het eerste lid van artikel 20a Wet VpB 1969 niet van toepassing. Artikel 20a, vierde lid onderdeel a en onderdeel b Wet VpB 1969 (hierna: werkzaamhedentoets) luiden als volgt:

a. direct voorafgaande aan de wijziging, bedoeld in het eerste lid, de gezamenlijke omvang van de werkzaamheden van de belastingplichtige niet is afgenomen tot minder dan 30 percent van de gezamenlijke omvang van de werkzaamheden bij het begin van het oudste jaar, bedoeld in het eerste lid, en

b. ten tijde van de wijziging niet het voornemen bestaat de gezamenlijke omvang van de op dat tijdstip aanwezige werkzaamheden binnen een periode van drie jaar alsnog te laten afnemen tot minder dan 30 percent van de gezamenlijke omvang van de werkzaamheden bij het begin van het oudste jaar, bedoeld in het eerste lid.

Indien er aan de beleggingentoets en de werkzaamhedentoets wordt voldaan is artikel 20a, eerste lid Wet VpB 1969 niet van toepassing. Dit houdt in dat de verrekening van verliezen niet wordt beperkt door de inkrimpingstoets.

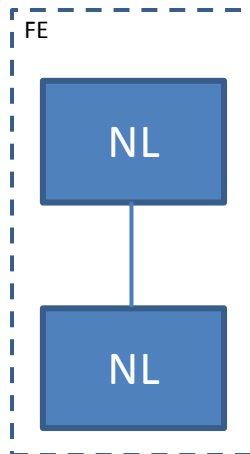
Op basis van artikel 20a, zesde lid Wet VpB 1969 is een verlies waarop het vierde lid van toepassing is, slechts verrekenbaar met de belastbare winst onderscheidenlijk het Nederlandse inkomen van een jaar waarin de bezittingen van de belastingplichtige gedurende ten minste negen maanden niet grotendeels bestaan uit beleggingen. Als een verlies is geleden voordat er een wijziging in belangrijke mate van het uiteindelijke belang heeft plaatsgevonden, maar de beleggingentoets en de werkzaamheden toets doorstaan worden, kan artikel 20a, zesde lid Wet VpB 1969 het verrekenen van het verlies nog tegengaan. Het geleden verlies kan alleen verrekend worden met de winst behaald in een jaar waarin de bezittingen van de belastingplichtige gedurende ten minste negen maanden niet grotendeels bestonden uit beleggingen.

4.3.2 Uitwerking binnen fiscale eenheid

Door toepassing van het fiscale eenheidsregime worden het vermogen en de werkzaamheden van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij toegerekend. Voor belastingdoeleinden wordt er geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige, de moedermaatschappij. De deelneming bestaat fiscaal gezien niet meer.

Het aangaan van een fiscale eenheid kan gunstige gevolgen hebben voor de uitwerking van de inkrimpingstoets voor verliezen die binnen de fiscale eenheid zijn ontstaan. Dit mogelijke voordeel zit bijvoorbeeld in de toerekening van de activiteiten van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij. Dit is van belang voor de werkzaamhedentoets, maar uiteraard ook voor de beleggingentoets en de toets van artikel 20a, zesde lid Wet VpB 1969. Op basis van artikel 20a, vierde lid Wet VpB 1969 is de inkrimpingtoets niet van toepassing in een jaar waarin de bezittingen van de belastingplichtige gedurende ten minste negen maanden niet grotendeels uit beleggingen bestonden. Op basis van artikel 20a, vierde lid, onderdeel a en b Wet VpB 1969 is de inkrimpingtoets niet van toepassing als de werkzaamheden voor de aandeelhouderswisseling niet zijn afgenomen tot 30% van de oorspronkelijke werkzaamheden en dat er tijdens de aandeelhouderswisseling niet het voornemen bestaat om binnen drie jaar de oorspronkelijke activiteiten alsnog verder af te laten nemen dan 30%.

Omdat binnen fiscale eenheid alle activiteiten van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij worden toegerekend, kan het eenvoudiger zijn om aan de werkzaamhedentoets te voldoen. Bijvoorbeeld indien de activiteiten van de moedermaatschappij significant inkrimpen, dan kan er nog steeds aan de werkzaamhedentoets worden voldaan als de activiteiten van de dochtermaatschappij niet afnemen. Het totaal van de activiteiten van de moedermaatschappij en dochtermaatschappij tezamen moet dan niet afnemen tot minder dan 30% van de oorspronkelijke activiteiten. Dit kan zich in de hierna geïllustreerde situatie voordoen.

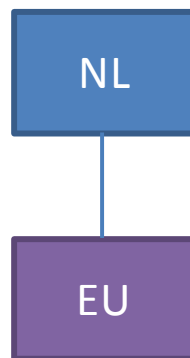


De moedermaatschappij wil haar activiteiten nagenoeg volledig gaan staken. Om haar verliezen in de toekomst nog te kunnen verrekenen dienen de oorspronkelijke activiteiten van de moedermaatschappij tot maximaal 30% in te krimpen. Als de moedermaatschappij in een fiscale eenheid zit met haar dochtermaatschappij worden alle activiteiten van de dochtermaatschappij toegerekend aan de moedermaatschappij. Als de activiteiten van de moedermaatschappij 70% van de activiteiten van de fiscale eenheid vormen, kan de moedermaatschappij al haar activiteiten staken zonder dat haar verliezen niet meer kunnen worden verrekend. Immers de activiteiten zijn dan in totaal nog steeds 30% van de oorspronkelijke activiteiten en wordt de werkzaamhedentoets doorstaan. De verliezen zijn in de toekomst nog gewoon verrekenbaar, aangenomen dat er aan de beleggingentoets en aan de voorwaarde van artikel 20a, zesde lid Wet VpB 1969 wordt voldaan en de verliezen geen voorvoegingsverliezen zijn.

Naast het feit dat er eenvoudiger aan de werkzaamhedentoets kan worden voldaan, is dit ook het geval voor de beleggingentoets en de toets van artikel 20a, zesde lid Wet VpB 1969. Bij beide toetsen mogen de bezittingen van de belastingplichtige gedurende ten minste negen maanden niet grotendeels bestaan uit beleggingen. Aangezien ook alle beleggingen van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij worden toegerekend, kan er sneller aan deze toetsen worden voldaan door een fiscale eenheid te vormen.

4.3.3 Strijdigheid met EU-recht

Het is in beginsel niet mogelijk voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen. Het is daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk om gebruik te maken van de voordeligere werking van de inkrimpingstoets. De fiscale eenheid biedt in samenhang met de inkrimpingstoets in deze situatie een voordeel waar alleen gebruik van kan worden gemaakt in puur binnenlandse situaties. Indien de buitenlandse vennootschap in de EU is gevestigd, zou hier sprake kunnen zijn van strijdigheid met het EU-recht, vanwege het feit dat geen fiscale eenheid kan worden gevormd. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen in de volgende situatie:



In deze situatie heeft een Nederlandse moedermaatschappij een EU-dochtermaatschappij. De Nederlandse moedermaatschappij is voornemens om haar activiteiten zover mogelijk, met behoud van de mogelijkheid tot verliesverrekening, te staken. Vanwege het feit dat haar dochtermaatschappij niet in Nederland is gevestigd is het niet mogelijk om een fiscale eenheid aan te gaan. Waardoor er geen voordeel behaald kan worden met de uitwerking van de inkrimpingstoets binnen fiscale eenheid. Om te toetsen of er in deze situatie sprake is van strijdigheid met het EU-recht, dient net zoals in paragraaf 3.2.3 het beslisschema van het HvJ te worden doorlopen.

Ook hier heeft belanghebbende toegang tot het EU-recht omdat de vrijheid van vestiging wordt beperkt, vanwege het niet kunnen vormen van een fiscale eenheid in grensoverschrijdende EU-situaties.

De inkrimpingstoets werkt voordeliger uit binnen fiscale eenheid. Dit voordeel is alleen toegankelijk voor ingezeten vennootschappen met een ingezeten dochteronderneming, aangezien in principe alleen ingezeten vennootschappen deel uit kunnen maken van een fiscale eenheid. Omdat het voor ingezeten vennootschappen met een in een andere lidstaat ingezeten dochteronderneming niet mogelijk is om een fiscale eenheid te vormen, kan men geen gebruik maken van de voordeligere werking van de inkrimpingstoets binnen fiscale eenheid. Dit vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging.

Als de doeltreffendheid van fiscale controles hier al zou spelen dan zouden er geen problemen moeten zijn vanwege de (automatische) uitwisseling van gegevens. Alle benodigde gegevens voor de fiscale controle zijn in principe beschikbaar voor de Belastingdienst. De rechtvaardigingsgrond zou dan niet proportioneel zijn.

Er is hier geen sprake van de verstoring van het evenwicht en de wederkerigheid van de tussen een lidstaat en een derde land gesloten bilaterale internationale overeenkomst. Het wel of niet toestaan van het voordeel in grensoverschrijdende situaties is immers alleen van invloed op het belastbare resultaat in Nederland.

De noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven kan hier niet als rechtvaardiging dienen aangezien, net als in de zaken *Société Papillon*⁸⁰ en *Groupe Steria*⁸¹, de soevereiniteit van slechts één lidstaat aan de orde is. Het verschil in behandeling heeft namelijk alleen betrekking op het wel of niet gebruik kunnen maken van de voordeligere werking van de inkrimpingstoets binnen fiscale eenheid. De heffingsbevoegdheid van andere lidstaten is hier niet aan de orde.

De noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te handhaven kan ook niet als rechtvaardiging dienen. Er is namelijk geen rechtstreeks verband tussen het betrokken belastingvoordeel en de opheffing van dit voordeel door een bepaalde belastingheffing.⁸² Het betrokken voordeel wordt namelijk niet opgeheven door een bepaalde belastingheffing, daarom kan er ook geen rechtstreeks verband bestaan.

⁸⁰ HvJ 27 november 2008, C-418/07, *Société Papillon*, V-N 2008/59.20, r.o. 39 en 40.

⁸¹ HvJ 2 september 2015, C-386/14, *Groupe Steria*, BNB 2015/223, r.o. 29.

⁸² D.M. Weber, *An Analysis of the Past, Current and Future of the Coherence of the Tax System as Justification*, *EC Tax Review*, Volume 24 issue 1.

De bestrijding van ontwijking van nationaal (belasting)recht en misbruik van gemeenschapsrecht speelt hier niet omdat er niet op onaanvaardbare wijze aan de toepassing van de nationale wetgeving wordt ontkomen door krachtens het VwEU geschapen mogelijkheden.⁸³

De verschillende redenen (evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid/double dipping/belastingontwijking) om grensoverschrijdende verliesverrekening uit te sluiten zijn hier niet aan de orde omdat het toestaan van het voordeel niet leidt tot grensoverschrijdende verliesverrekening.

Er bestaat geen rechtvaardiging voor de belemmering, Nederland dient het voordeel, wat de fiscale eenheid in samenhang met de inkringingstoets biedt, ook in grensoverschrijdende EU-situaties toe te staan.

4.4 Samenvatting en conclusie

In artikel 20, vierde lid Wet VpB 1969 is opgenomen dat verliezen, geleden in jaren waarin (nagenoeg) uitsluitend houdsteractiviteiten zijn verricht, alleen verrekenbaar zijn met winsten wanneer er aan twee voorwaarden wordt voldaan. Deze voorwaarden zijn de werkzaamhedeneis en de vorderingeneis.

Het is mogelijk om in bepaalde gevallen aan de werking van de houdsterverliesregeling te ontkomen door het aangaan van een fiscale eenheid. Indien de moedermaatschappij gelijk na verwerving van de deelneming een fiscale eenheid aangaat is er fiscaal gezien niet langer sprake van een deelneming. De houdsterverliesregeling verliest hiermee zijn werking.

Het is in beginsel niet mogelijk voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen. Het is daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk om aan de werking van de houdsterverliesregeling te ontkomen. De fiscale eenheid biedt in samenhang met de houdsterverliesregeling een voordeel waar alleen gebruik van kan worden gemaakt in puur binnenlandse situaties. Dit vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging. Er bestaat geen rechtvaardiging voor deze belemmering, Nederland dient

⁸³ Redactie Vakstudie, Fiscale Encyclopedie de Vakstudie, *De Vakstudie Nederlands Internationaal belastingrecht*, art. 49 VwEU, aant. 7.1.5.

het voordeel, wat de fiscale eenheid in samenhang met de houdsterverliesregeling biedt, ook in grensoverschrijdende EU-situaties toe te staan.

Artikel 20a Wet VpB 1969 beperkt het verrekenen van verliezen indien het uiteindelijke belang in een belastingplichtige in belangrijke mate (30% of meer) is gewijzigd. Verliezen geleden voor de wisseling van aandeelhouders zijn dan niet meer af te zetten tegen winsten behaald na de wisseling van aandeelhouders. Indien er aan de beleggingstoets en de werkzaamhedentoets wordt voldaan is artikel 20a, eerste lid Wet VpB 1969 niet van toepassing. Dit houdt in dat de verrekening van verliezen niet wordt beperkt door de inkrimpingstoets. Er moet dan wel aan de voorwaarde van artikel 20a, zesde lid Wet VpB 1969 worden voldaan.

Het aangaan van een fiscale eenheid kan gunstige gevolgen hebben voor de uitwerking van de inkrimpingstoets. Dit mogelijke voordeel zit bijvoorbeeld in de toerekening van de activiteiten van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij. Dit is van belang voor de werkzaamhedentoets, maar uiteraard ook voor de beleggingstoets en de toets van artikel 20a, zesde lid Wet VpB 1969.

Het is in beginsel niet mogelijk voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen. Het is daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk om gebruik te maken van de voordeligere werking van de inkrimpingstoets.

De fiscale eenheid biedt in samenhang met de inkrimpingstoets een voordeel waar alleen gebruik van kan worden gemaakt in puur binnenlandse situaties. Dit vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging. Er bestaat geen rechtvaardiging voor deze belemmering, Nederland dient het voordeel, dat de fiscale eenheid in samenhang met de inkrimpingstoets biedt, ook in grensoverschrijdende EU-situaties toe te staan.

Hoofdstuk 5: Herinvesteringsreserve

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de herinvesteringsreserve behandeld. Op basis van artikel 3.54 Wet IB 2001 is het mogelijk om de boekwinst, behaald bij de verkoop van een bedrijfsmiddel, te reserveren om te herinvesteren. De boekwinst wordt dan niet opgenomen in het resultaat. De reserve dient binnen drie jaar afgeboekt te worden op door de belastingplichtige aangeschafte of voorgebrachte bedrijfsmiddelen. Het aanwenden van de herinvesteringsreserve verlaagt de boekwaarde van het aangeschafte of voortgebrachte bedrijfsmiddel. Aan het kunnen vormen en het afboeken van de herinvesteringsreserve zit een aantal nadere voorwaarden. Deze voorwaarden worden verderop in dit hoofdstuk besproken.

Het doel van dit hoofdstuk is te toetsen of de andere uitwerking van de herinvesteringsreserve binnen fiscale eenheid in strijd is met EU-recht. Er wordt, zoals uiteengezet in paragraaf 1.3, alleen getoetst aan de vrijheid van vestiging. In paragraaf 5.2 wordt de achtergrond van de herinvesteringsreserve uiteengezet. Vervolgens wordt in paragraaf 5.3 de werking van de herinvesteringsreserve uitgelegd. In paragraaf 5.4 komt de uitwerking van de herinvesteringsreserve binnen fiscale eenheid aan bod. Daarna wordt er in paragraaf 5.5 getoetst of de uitwerking van de herinvesteringsreserve binnen fiscale eenheid leidt tot strijdigheid met EU-recht. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en conclusie in paragraaf 5.6.

5.2 Achtergrond

De per 1 januari 2001 ingevoerde regeling van de herinvesteringsreserve is de opvolger van de vervangingsreserve. De oude regeling beoogde belastingheffing bij boekwinsten op bedrijfsmiddelen uit te stellen, dit door middel van het doorschuiven van de fiscale claim naar nieuwe bedrijfsmiddelen. Een beperking van de oude regeling was dat de reserve alleen kon worden afgeboekt op bedrijfsmiddelen met eenzelfde economische functie. De belangrijkste wijziging in de huidige regeling is het vervallen van dit vervangingsvereiste.⁸⁴ Het vervangingsvereiste is nu een herinvesteringsvereiste. Zo kunnen ondernemers beter inspelen op

⁸⁴ R. Russo, 'Evolutie: van vervangingsreserve naar herinvesteringsreserve', *WFR* 2000/1192.

veranderende marktomstandigheden. Op deze manier wordt het voor ondernemers makkelijker om andere activiteiten te ontplooiën aangezien een gevormd herinvesteringsreserve afgeboekt kan worden op bedrijfsmiddelen zonder eenzelfde economische functie. De eis van dezelfde economische functie blijft echter wel bestaan voor duurzame bedrijfsmiddelen; dit zijn bedrijfsmiddelen waarop niet wordt afgeschreven of waarop tien jaar of langer wordt afgeschreven.⁸⁵ Hierbij kan gedacht worden aan grond en onroerend goed. Zo wordt tegengegaan dat stille reserves op bedrijfsmiddelen worden verschoven van bedrijfsmiddelen met een korte levensduur naar bedrijfsmiddelen met een lange levensduur om daarmee realisatie van de stille reserves langer uit te stellen of in sommige gevallen zelfs af te stellen.

De ondernemer dient het voornemen te hebben om te herinvesteren. Als dit voornemen er niet is, is het niet mogelijk om een herinvesteringsreserve te vormen. Als het voornemen na het vormen van de reserve ophoudt te bestaan, dient de reserve vrij te vallen en wordt deze bij het belastbaar resultaat geteld.

5.3 Werking herinvesteringsreserve

De herinvesteringsreserve stelt de ondernemer in de gelegenheid om, onder bepaalde voorwaarden, de opbrengst behaald bij de verkoop van een bedrijfsmiddel te gebruiken voor de herinvestering in een ander bedrijfsmiddel.⁸⁶ De boekwinst behaald bij de verkoop van een bedrijfsmiddel wordt niet direct in de heffing betrokken maar uitgesteld door het vormen van een herinvesteringsreserve.

De eerste voorwaarde voor een herinvesteringsreserve is dat deze alleen gevormd kan worden bij de vervreemding van een bedrijfsmiddel. Bedrijfsmiddelen zijn goederen die voor het drijven van een onderneming worden gebruikt, zo blijkt uit artikel 3.30, eerste lid Wet IB 2001. De Hoge Raad gaf in het arrest van 11 maart 1953, 11 214, BNB 1953/119 de volgende definitie van een bedrijfsmiddel:

“bedrijfsmiddelen zijn in het algemeen die tot het bedrijfsvermogen behorende zaken, welke - in tegenstelling tot de zaken, die voor den omzet zijn bestemd - behoren tot het vaste kapitaal en bestemd zijn om voor de uitoefening van het bedrijf te worden gebruikt.”

⁸⁵ Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 3, p. 3.

⁸⁶ M.P. Zwier, NDFR Deel Inkomstenbelasting, commentaar bij artikel 3.54.

In artikel 3.54, zevende lid Wet IB 2001 worden vermogensrechten die ter belegging worden aangehouden en voorwerpen van geringe waarde niet als bedrijfsmiddel aangemerkt.

Van het begrip vervreemding is geen definitie gegeven in artikel 3.54 Wet IB 2001. Zwier⁸⁷ is van mening dat elke rechtshandeling van de ondernemer die als doel heeft om het bedrijfsmiddel in andere handen te laten overgaan, kan worden gezien als een vervreemding. Deze definitie lijkt mij juist: zodra een bedrijfsmiddel niet meer in handen is van de ondernemer is er mijns inziens sprake van een vervreemding. In artikel 3.54, zesde lid Wet IB 2001 wordt het begrip vervreemding uitgebreid met het verlies of de beschadiging van een bedrijfsmiddel. Indien sprake is van het verlies of de beschadiging van een bedrijfsmiddel is sprake van een vervreemding van een bedrijfsmiddel waarvoor een herinvesteringsreserve kan worden gevormd. Op basis van artikel 3.54, elfde lid Wet IB 2001 is het voor duurzame bedrijfsmiddelen mogelijk gebruik te maken van de herinvesteringsreserve als er eerst een bedrijfsmiddel aangeschaft of vervaardigd wordt alvorens het oude bedrijfsmiddel wordt vervreemd.

De tweede voorwaarde voor het vormen van een herinvesteringsreserve is dat de opbrengt voor zover deze de boekwaarde overtreft bij de vervreemding van een bedrijfsmiddel kan worden ondergebracht in de herinvesteringsreserve. Het is alleen mogelijk om voor het gedeelte van de verkoopprijs dat de boekwaarde overtreft een herinvesteringsreserve te vormen.

De derde voorwaarde voor het vormen van een herinvesteringsreserve is dat er een voornemen tot herinvesteren moet bestaan. Als er geen voornemen tot herinvesteren bestaat kan er geen herinvesteringsreserve worden gevormd. Indien een herinvesteringsreserve is gevormd en het voornemen tot herinvesteren komt te vervallen, dient de herinvesteringsreserve belast vrij te vallen. De belastingplichtige dient aannemelijk te maken dat het voornemen tot herinvesteren aanwezig is.

Het afboeken van de herinvesteringsreserve is op basis van artikel 3.54, tweede lid Wet IB 2001 alleen mogelijk voor zover de boekwaarde van het aangeschafte of voortgebrachte bedrijfsmiddel na het afboeken van de herinvesteringsreserve niet beneden de boekwaarde van het vervreemde

⁸⁷ M.P. Zwier, NDFR Deel Inkomstenbelasting, commentaar bij artikel 3.54.

bedrijfsmiddel daalt. Dit wordt de boekwaarde-eis genoemd, deze eis kan het best uitgelegd worden door middel van een voorbeeld.

X BV is in het bezit van een bedrijfsmiddel met een boekwaarde van 100. Dit bedrijfsmiddel wordt vervreemd voor 200; X BV behaalt bij de vervreemding van het bedrijfsmiddel een boekwinst van 100. Er wordt een herinvesteringsreserve gevormd van 100. X BV schaft een nieuw bedrijfsmiddel aan voor 150. Vanwege de boekwaarde-eis is het niet mogelijk om de volledige herinvesteringsreserve af te boeken op het nieuwe bedrijfsmiddel. De boekwaarde van het nieuwe bedrijfsmiddel mag immers niet lager worden dan de boekwaarde van het oude bedrijfsmiddel. Er kan slechts 50 (150-100, het verschil tussen de aanschafwaarde van het nieuwe bedrijfsmiddel en boekwaarde van het oude bedrijfsmiddel) worden afgeboekt van de herinvesteringsreserve. Het nieuwe bedrijfsmiddel komt tegen een boekwaarde van 100 op de balans te staan. Er blijft nog een herinvesteringsreserve van 50 over, deze kan blijven bestaan indien X BV nog het voornemen heeft om te herinvesteren.

Naast de boekwaarde-eis bestaat voor duurzame bedrijfsmiddelen ook de eis dat het nieuwe bedrijfsmiddel dezelfde economische functie dient te hebben als het vervreemde bedrijfsmiddel waarvoor een herinvesteringsreserve is gevormd. Indien een duurzaam bedrijfsmiddel wordt vervreemd en voor de boekwinst behaald bij deze vervreemding wordt een herinvesteringsreserve gevormd, kan bij de aanschaf of het voortbrengen van een duurzaam bedrijfsmiddel de herinvesteringsreserve alleen worden afgeboekt indien het nieuwe bedrijfsmiddel dezelfde economische functie heeft als het oude bedrijfsmiddel. De herinvesteringsreserve gevormd bij de vervreemding van een duurzaam bedrijfsmiddel kan ook worden afgeboekt op aangeschafte of voorgebrachte bedrijfsmiddelen die niet duurzaam zijn. In dit geval geldt de eis van dezelfde economische functie niet.

Op basis van artikel 3.54, vijfde lid Wet IB 2001 dient de herinvesteringsreserve, voor zover die nog niet is aangewend, uiterlijk in het derde jaar na het jaar waarin de reserve is ontstaan in de winst te worden opgenomen. Hierop zijn echter twee uitzonderingen van toepassing. De eerste uitzondering is dat als in verband met de aard van de aan te schaffen of voort te brengen bedrijfsmiddelen een langer tijdvak is vereist. In de Memorie van Toelichting⁸⁸ wordt het

⁸⁸ *Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 3, p. 16.*

voorbeeld gegeven van een omvangrijk industrieel complex, waarbij het normaal is dat voor de herinvestering een langer tijdvak dan drie jaar is vereist. De tweede uitzondering is dat als de aanschaffing of voortbrenging, mits daaraan een begin van uitvoering is gegeven, door bijzondere omstandigheden is vertraagd.

5.4 Uitwerking binnen fiscale eenheid

Door toepassing van het fiscale eenheidsregime worden het vermogen en de werkzaamheden van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij toegerekend. Voor belastingdoeleinden wordt er geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige, de moedermaatschappij. De deelneming bestaat fiscaal gezien niet meer. Juridisch blijft de deelneming echter gewoon bestaan.

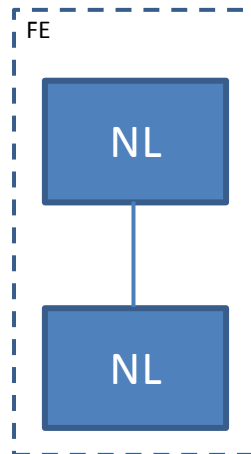
Een boekwinst behaald bij de vervreemding van een bedrijfsmiddel kan door een fiscale eenheid toegevoegd worden aan een herinvesteringsreserve. Een herinvesteringsreserve die is gevormd door de ene maatschappij kan worden aangewend door een andere tot dezelfde fiscale eenheid behorende maatschappij.⁸⁹ De herinvesteringsreserve heeft een ruimere uitwerking binnen fiscale eenheid; dit heeft voornamelijk betrekking op het voornemen tot herinvesteren en de aanwending van de herinvesteringsreserve.

Als binnen fiscale eenheid een herinvesteringsreserve is gevormd, moet het voornemen om te herinvesteren binnen fiscale eenheid blijven bestaan. Het maakt niet uit bij welke vennootschap uit de fiscale eenheid dit voornemen zit. Dit in tegenstelling tot de situatie waarbij een moeder- en dochtermaatschappij niet zijn gevoegd in een fiscale eenheid. Als de moedermaatschappij een herinvesteringsreserve heeft gevormd, dient het voornemen tot herinvesteren, specifiek bij de moedermaatschappij te blijven bestaan.

Bij het afboeken van een herinvesteringsreserve binnen fiscale eenheid maakt het niet uit of de maatschappij die de herinvesteringsreserve heeft gevormd, de herinvestering doet of dat een andere maatschappij uit de fiscale eenheid dit doet. Dit brengt een voordeel met zich mee ten opzichte van de situatie waarin de vennootschappen niet zijn gevoegd in een fiscale eenheid. Indien er geen fiscale eenheid is, dient de vennootschap die de herinvesteringsreserve heeft gevormd ook daadwerkelijk te herinvesteren om de herinvesteringsreserve te kunnen afboeken. Het voordeel

⁸⁹ Redactie Vakstudie, Fiscale Encyclopedie de Vakstudie, *De Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 15 Wet VpB 1969, aant. 1.6.6.

van de ruimere werking van de herinvesteringsreserve binnen fiscale eenheid kan zich in de hierna geïllustreerde situatie voordoen.



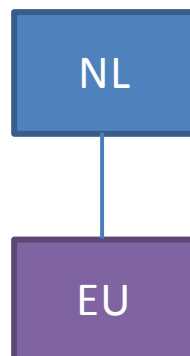
De moedermaatschappij vormt een fiscale eenheid met de dochtermaatschappij. De moedermaatschappij heeft een niet-duurzaam bedrijfsmiddel op de balans staan tegen een boekwaarde van 200. Het bedrijfsmiddel wordt niet meer gebruikt, de moedermaatschappij heeft geen voornemen tot herinvesteren en tegelijkertijd heeft de dochtermaatschappij het voornemen om een ander bedrijfsmiddel aan te schaffen. De moedermaatschappij verkoopt het bedrijfsmiddel voor 300. Er wordt een herinvesteringsreserve gevormd ter grootte van de boekwinst, te weten 100. De dochtermaatschappij koopt een nieuw bedrijfsmiddel voor 400. Het is nu mogelijk om de door de moedermaatschappij gevormde herinvesteringsreserve af te boeken op het door de dochtermaatschappij aangeschafte bedrijfsmiddel. Het nieuwe bedrijfsmiddel komt tegen een boekwaarde van 300 op de balans te staan.

Als er in deze situatie geen sprake was van een fiscale eenheid, was het niet mogelijk om een herinvesteringsreserve te vormen. De moedermaatschappij was namelijk niet van plan om een ander bedrijfsmiddel aan te schaffen. Daarnaast is het zo dat al had de moedermaatschappij een voornemen gehad tot herinvesteren, dan had de herinvesteringsreserve niet kunnen worden afgeboekt op het door de dochtermaatschappij aangeschafte bedrijfsmiddel. Vanwege het feit dat er sprake was van een fiscale eenheid kon er wel een herinvesteringsreserve worden gevormd en

kon de, door de moedermaatschappij gevormde, herinvesteringsreserve worden afgeboekt op het door de dochtermaatschappij aangeschafte bedrijfsmiddel. De herinvesteringsreserve heeft binnen fiscale eenheid een ruimere werking dan buiten de fiscale eenheid.

5.5 Strijdigheid met EU-recht

Het is in beginsel niet mogelijk voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen. Het is daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk om gebruik te maken van de voordeligere werking van de herinvesteringsreserve. De fiscale eenheid biedt in deze situatie een voordeel waar alleen gebruik van kan worden gemaakt in puur binnenlandse situaties. Indien de buitenlandse vennootschap in de EU is gevestigd, zou hier sprake kunnen zijn van strijdigheid met het EU-recht, vanwege het feit dat geen fiscale eenheid kan worden gevormd. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen in de volgende situatie:



In deze situatie heeft een Nederlandse moedermaatschappij een EU-dochtermaatschappij. De Nederlandse moedermaatschappij heeft een niet-duurzaam bedrijfsmiddel op de balans staan tegen een boekwaarde van 200. Het bedrijfsmiddel wordt niet meer gebruikt; de moedermaatschappij heeft geen voornemen tot herinvesteren en tegelijkertijd heeft de dochtermaatschappij het voornemen om een ander niet-duurzaam bedrijfsmiddel aan te schaffen. De moedermaatschappij verkoopt het bedrijfsmiddel voor 300 en wil een herinvesteringsreserve vormen ter grootte van de boekwinst, te weten 100, omdat de dochtermaatschappij een voornemen tot herinvesteren heeft.

Vanwege het feit dat de dochtermaatschappij niet in Nederland is gevestigd is het niet mogelijk een fiscale eenheid aan te gaan en is het ook niet mogelijk een herinvesteringsreserve te vormen. Waardoor er geen voordeel, zoals uiteengezet in paragraaf 5.4, behaald kan worden met de uitwerking van de herinvesteringsreserve binnen fiscale eenheid. Om te toetsen of er in deze situatie sprake is van strijdigheid met het EU-recht, dient net zoals in paragraaf 3.2.3 het beslisschema van het HvJ te worden doorlopen.

Ook hier heeft belanghebbende toegang tot het EU-recht omdat de vrijheid van vestiging wordt beperkt, vanwege het niet kunnen vormen van een fiscale eenheid in grensoverschrijdende EU-situaties.

De herinvesteringsreserve werkt zoals uiteengezet in paragraaf 5.4 voordeliger uit binnen fiscale eenheid. Dit voordeel is alleen toegankelijk voor ingezetenen vennootschappen met een ingezeten dochteronderneming, aangezien in principe alleen ingezetenen vennootschappen deel uit kunnen maken van een fiscale eenheid. Omdat het voor ingezetenen vennootschappen met een in een andere lidstaat ingezeten dochteronderneming niet mogelijk is om een fiscale eenheid te vormen, kan men geen gebruik maken van de voordeligere werking van de herinvesteringsreserve binnen fiscale eenheid. Dit vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging.

Als de doeltreffendheid van fiscale controles hier al zou spelen dan zouden er geen problemen moeten zijn vanwege de (automatische) uitwisseling van gegevens. Alle benodigde gegevens voor de fiscale controle zijn in principe beschikbaar voor de Belastingdienst. De rechtvaardigingsgrond zou dan niet proportioneel zijn.

Er is hier geen sprake van de verstoring van het evenwicht en de wederkerigheid van de tussen een lidstaat en een derde land gesloten bilaterale internationale overeenkomst. Het wel of niet toestaan van het voordeel in grensoverschrijdende situaties is immers alleen van invloed op het belastbare resultaat in Nederland.

De noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven kan hier als rechtvaardiging dienen voor het voordeel dat ziet op het kunnen afboeken van de herinvesteringsreserve aangezien niet alleen de soevereiniteit van Nederland maar ook van een andere EU-lidstaat aan de orde is. Het land waarin de herinvesteringsreserve wordt gevormd hoeft namelijk niet hetzelfde land te zijn als waarin de herinvestering wordt gedaan en waarin de

herinvesteringsreserve wordt afgeboekt. Het kunnen aanwenden van de herinvesteringsreserve in grensoverschrijdende situaties kan ertoe leiden dat boekwinsten behaald met de verkoop van bedrijfsmiddelen in de ene lidstaat worden verplaatst naar de andere lidstaat. De eerstgenoemde lidstaat heeft dan geen heffingsrecht meer over de boekwinst. Concerns zouden daarom in principe vrijelijk kunnen kiezen in welke lidstaat ze boekwinsten, behaald bij de verkoop van bedrijfsmiddelen, belast laten vrijvallen en in feite kunnen kiezen welke belastingregeling op de winsten van toepassing is. Hiermee komt de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in het gedrang.

Voor het voordeel dat ziet op het kunnen vormen van een herinvesteringsreserve kan de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven niet als rechtvaardigingsgrond dienen. Dit vanwege het feit dat, net als in de zaken *Société Papillon*⁹⁰ en *Groupe Steria*⁹¹, de soevereiniteit van slechts één lidstaat aan de orde is.

De noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel te handhaven kan niet als rechtvaardiging dienen. Er is namelijk geen rechtstreeks verband tussen het betrokken belastingvoordeel en de opheffing van dit voordeel door een bepaalde belastingheffing.⁹² Het betrokken voordeel wordt namelijk niet opgeheven door een bepaalde belastingheffing, daarom kan er ook geen rechtstreeks verband bestaan. Bij de faciliteit van de herinvesteringsreserve is alleen sprake van uitstel van de heffing van belasting.

De bestrijding van ontwijking van nationaal (belasting)recht en misbruik van gemeenschapsrecht speelt hier niet omdat er niet op onaanvaardbare wijze aan de toepassing van de nationale wetgeving wordt ontkomen door krachtens het VwEU geschapen mogelijkheden.⁹³

De verschillende redenen (evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid/double dipping/belastingontwijking) om grensoverschrijdende verliesverrekening uit te sluiten zijn hier

⁹⁰ HvJ 27 november 2008, C-418/07, *Société Papillon*, V-N 2008/59.20, r.o. 39 en 40.

⁹¹ HvJ 2 september 2015, C-386/14, *Groupe Steria*, BNB 2015/223, r.o. 29.

⁹² D.M. Weber, *An Analysis of the Past, Current and Future of the Coherence of the Tax System as Justification*, EC *Tax Review*, Volume 24 issue 1.

⁹³ Redactie Vakstudie, *Fiscale Encyclopedie de Vakstudie, De Vakstudie Nederlands Internationaal belastingrecht*, art. 49 VwEU, aant. 7.1.5.

niet aan de orde omdat het toestaan van het voordeel niet leidt tot grensoverschrijdende verliesverrekening.

Zoals hiervoor geconcludeerd, bestaat er geen rechtvaardiging voor het niet toestaan van het voordeel dat ziet op het kunnen vormen van een herinvesteringsreserve in grensoverschrijdende EU-situaties. Er is hier dus sprake van strijdigheid met EU-recht.

Het voordeel dat ziet op het kunnen aanwenden van een herinvesteringsreserve wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. Nu er een rechtvaardigingsgrond is geconstateerd dient na te worden gegaan of de regeling niet verder gaat dan noodzakelijk om de doelstelling te bereiken.

Elke uitbreiding van het voordeel dat ziet op het afboeken van de herinvesteringsreserve binnen fiscale eenheid naar grensoverschrijdende situaties kan tot gevolg hebben dat concerns vrijelijk zouden kunnen kiezen in welke lidstaat ze boekwinsten, behaald bij de verkoop van bedrijfsmiddelen, belast laten vrijvallen en in feite kunnen kiezen welke belastingregeling op de winsten van toepassing is. Dit wordt met de huidige regeling voorkomen en kan mijns inziens niet op een andere manier worden voorkomen die minder ver gaat dan de huidige regeling. De huidige regeling gaat daarmee niet verder dan noodzakelijk is om de doelstelling te bereiken. Er is daarom geen sprake van strijdigheid met de vrijheid van vestiging.

5.6 Samenvatting en conclusie

Op basis van artikel 3.54 Wet IB 2001 is het mogelijk om de boekwinst, behaald bij de verkoop van een bedrijfsmiddel, te reserveren om te herinvesteren. De boekwinst behaald bij de verkoop van een bedrijfsmiddel wordt niet direct in de heffing betrokken maar uitgesteld door het vormen van een herinvesteringsreserve.

Een boekwinst behaald bij de vervreemding van een bedrijfsmiddel kan door een fiscale eenheid toegevoegd worden aan een herinvesteringsreserve. Een herinvesteringsreserve die is gevormd door de ene maatschappij kan worden aangewend door een andere tot dezelfde fiscale eenheid behorende maatschappij.⁹⁴ De herinvesteringsreserve heeft een ruimere uitwerking binnen fiscale

⁹⁴ Redactie Vakstudie, Fiscale Encyclopedie de Vakstudie, *De Vakstudie Venootschapsbelasting*, art. 15 Wet VpB 1969, aant. 1.6.6.

eenheid, dit heeft voornamelijk betrekking op het voornemen tot herinvesteren en de aanwending van de herinvesteringsreserve.

Het is in beginsel niet mogelijk voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen. Het is daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk om gebruik te maken van de voordeligere werking van de herinvesteringsreserve. Dit vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging.

Er bestaat geen rechtvaardiging voor het niet toestaan van het voordeel dat ziet op het kunnen vormen van een herinvesteringsreserve in grensoverschrijdende EU-situaties. Er is hier dus sprake van strijdigheid met EU-recht.

Het voordeel dat ziet op het kunnen aanwenden van een herinvesteringsreserve wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. De huidige regeling gaat niet verder dan noodzakelijk is om de doelstelling te bereiken. Er is daarom geen sprake van strijdigheid met de EU-recht.

Hoofdstuk 6: Oplossingsrichtingen en alternatieven

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de mogelijke oplossingsrichtingen voor het wegnemen van de strijdigheid met het EU-recht die het huidige fiscale eenheidsregime in samenhang met bepaalde regelingen veroorzaakt, besproken. Daarnaast komen mogelijke alternatieven voor de fiscale eenheid aan bod. Het doel van dit hoofdstuk is het aanreiken van de beste oplossingsrichting en het beste alternatief.

De oplossingsrichtingen en alternatieven worden allereerst getoetst aan het EU-recht. Daarnaast wordt gekeken of de oplossingsrichtingen en de alternatieven passen binnen het internationale belastingrecht. Verder wordt er ook rekening gehouden met mogelijke budgettaire gevolgen en de gevolgen voor het (fiscale) vestigingsklimaat. Tenslotte worden de oplossingsrichtingen en alternatieven getoetst op hun uitvoerbaarheid en efficiency.

Mijns inziens zijn er drie oplossingsrichtingen mogelijk waarbij het huidige fiscale eenheidsregime zo veel mogelijk in stand kan blijven. De eerste oplossingsrichting is om een per element benadering toe te passen. De tweede oplossingsrichting is het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid. De derde oplossingsrichting is het wegnemen van het voordeel zodat grensoverschrijdende situaties vergelijkbaar worden behandeld als zuiver binnenlandse situaties. Deze drie oplossingsrichtingen worden in paragraaf 6.2 besproken.

In paragraaf 6.3 worden de mogelijke alternatieven, waardoor het fiscale eenheidsregime kan worden vervangen, beschreven. Mijns inziens zijn er drie mogelijke alternatieven voor het fiscale eenheidsregime. Het eerste alternatief is de Common Consolidated Corporate Tax Base (hierna: CCCTB). Het tweede alternatief is een andere groepsregeling, zoals een Group Relief systeem volgens het model van het Verenigd Koninkrijk. Het derde alternatief is het afschaffen van de fiscale eenheid zonder dat te vervangen door een ander groepsregime.

Vervolgens worden in paragraaf 6.4 de beste oplossingsrichting en het beste alternatief met elkaar vergeleken. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en conclusie in paragraaf 6.5.

6.2 Oplossingsrichtingen binnen het huidige fiscale eenheidsregime

6.2.1 Per elementbenadering

De per elementbenadering houdt in dat belastingplichtigen op basis van het EU-recht een beroep kunnen doen op bepaalde voordelen waarvan alleen in binnenlandse situaties gebruik kan worden gemaakt, omdat het voordeel alleen binnen de fiscale eenheid kan worden benut. De wetgever dient bij deze oplossingsrichting het voordeel wat in binnenlandse situaties wordt geboden, ook in grensoverschrijdende EU-situaties bieden. Op deze manier wordt de strijdigheid met het EU-recht weggenomen. De per elementbenadering zorgt ervoor dat alle andere mogelijke strijdigheden, die de uitwerking van bepaalde regelingen binnen fiscale eenheid met zich brengen, worden weggenomen. Deze oplossingsrichting is niet strijdig met het EU-recht aangezien het de belemmeringen van de vrijheid van vestiging, die momenteel bestaan, wegneemt en zelf geen nieuwe belemmeringen veroorzaakt.

Nederland zal naar verwachting pas voor elk element van de fiscale eenheid een voordeel verlenen in grensoverschrijdende EU-situaties indien het hiertoe wordt gedwongen door het HvJ. Dit was namelijk het geval bij het toestaan van de Papillon fiscale eenheid. Nederland stond een Papillon fiscale eenheid pas toe nadat het HvJ in de zaak SCA Group Holding had geoordeeld dat Nederland dit moest toepassen, terwijl na de zaak Société Papillon eigenlijk al duidelijk was dat een Papillon fiscale eenheid moest worden toegestaan. Dit vanwege het feit dat het Nederlandse fiscale eenheidsregime en de Franse fiscale integratieregeling vergelijkbaar zijn.

Er kan ook gekozen worden om het arrest Groupe Steria ruimer toe te passen en alle elementen van de fiscale eenheid die voordeel opleveren in binnenlandse situaties, ook toe te staan in grensoverschrijdende EU-situaties. Dit ligt echter niet in de lijn der verwachting aangezien dit grote budgettaire gevolgen kan hebben. Voordelen die de fiscale eenheid biedt, in samenhang met bepaalde regelingen, moeten immers al vaker worden geboden waardoor de belastinginkomsten teruglopen. Dit vanwege het feit dat sprake is van een belemmering die moet worden weggenomen. Als daarnaast ook nog de voordelen worden geboden van elementen van de fiscale eenheid die niet strijdig zijn met EU-recht, lopen de belastinginkomsten nog verder terug.

De regelingen die in samenhang met de fiscale eenheid een belemmering opleveren moeten worden aangepast of het fiscale eenheidsregime moet worden aangepast om de huidige strijdigheid

met EU-recht weg te nemen. Over het algemeen zijn het al zeer ingewikkelde regelingen en met de aanpassingen wordt het alleen nog maar ingewikkelder. Dit lijkt mij absoluut niet wenselijk. Verder dient dan ook in de wet te worden opgenomen in welke grensoverschrijdende situaties het voordeel wel en niet hoeft te worden verleend. Aldus dreigt al gauw een onleesbare en onuitvoerbare bepaling. Het is het dus praktisch onuitvoerbaar om de per elementbenadering in de wet te verankeren.

De per elementbenadering heeft een positieve invloed op het vestigingsklimaat in Nederland vanwege het feit dat bepaalde voordelen die de fiscale eenheid biedt nu ook in grensoverschrijdende EU-situaties worden verleend. Dit maakt de fiscale eenheid aantrekkelijker en daarom Nederland als investeringsland aantrekkelijker.

Een voordeel voor belastingplichtigen is dat er per element kan worden bekeken of dit voordeel oplevert en of er dus voor toepassing van dit element wordt gekozen. Elementen die nadelig uitwerken voor belastingplichtigen, kunnen door hen achterwege worden gelaten. Dit brengt wel het ongewenste effect met zich mee dat belastingplichtigen wel de lusten hebben maar niet de lasten dragen. Volgens de redactie van de Vakstudie Nieuws⁹⁵ is bij deze oplossingsrichting ‘cherry picking’ mogelijk. Dit is mijns inziens inderdaad het geval en is zeer ongewenst. Dit vanwege het feit dat in Nederland gevestigde vennootschappen, indien zij kiezen voor toepassing van het fiscale eenheidsregime, zowel de voordelen als de nadelen ervaren, terwijl het in grensoverschrijdende EU-situaties mogelijk is om alleen de voordelen te genieten en de nadelen achterwege te laten.

Voor de wetgever is het mogelijk om bepaalde elementen van de fiscale eenheid niet toe te staan in grensoverschrijdende EU-situaties indien hiervoor dwingende reden van algemeen belang bestaan. Zoals bijvoorbeeld het geval is bij grensoverschrijdende verliesverrekening en het aanwenden van de herinvesteringsreserve. Zo valt uit het in paragraaf 2.3.1 besproken arrest Marks & Spencer II af te leiden dat er voor het niet toestaan van verliesverrekening in grensoverschrijdende EU-situaties een dwingende reden van algemeen belang bestaat. In die casus werd de belemmering gerechtvaardigd door het waarborgen van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten, het gevaar van dubbele verliesverrekening en het gevaar van

⁹⁵ Redactie Vakstudie Nieuws, ‘Franse beperking op aftrek kosten buitenlandse deelnemingen volgens A-G in strijd met EU-recht’, commentaar redactie V-N, V-N 2015/33.18.

belastingontwijking, samen beschouwd. Daarnaast kan, zoals uiteengezet in paragraaf 5.5, ook het niet kunnen aanwenden van een herinvesteringsreserve in grensoverschrijdende EU-situaties worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang. Voor deze belemmering kan namelijk de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven als rechtvaardiging dienen. Dit is uiteraard een voordeel voor de wetgever maar nadelig voor belastingplichtigen.

Er kunnen problemen ontstaan met betrekking tot het internationale belastingrecht indien Nederland, doordat het haar eigen belastingwetten aanpast, belasting gaat heffen terwijl het heffingsrecht op basis van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting aan een ander land is toegewezen. Bij de per elementbenadering is dit mijns inziens niet het geval. Nederland gaat bij deze oplossingsrichting niet heffen over inkomen waarover een ander land heffingsrecht heeft. Deze oplossingsrichting past binnen het internationale belastingrecht, het levert namelijk geen problemen op met betrekking tot bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting.

Zoals eerder aangegeven is het in de wet verankeren van de per elementbenadering praktisch onuitvoerbaar. Daarnaast kan er, vanwege het feit dat er op basis van feiten en omstandigheden bepaalde voordelen van de fiscale eenheid worden toegestaan, veel discussie ontstaan. Deze oplossingsrichting is mijns inziens daarom nauwelijks uitvoerbaar en niet efficiënt.

6.2.2 Grensoverschrijdende fiscale eenheid

Op 16 oktober 2015 is een wetsvoorstel⁹⁶ ingediend waarin het fiscale eenheidsregime wordt aangepast naar aanleiding van de arresten SCA Group Holding c.s. Op basis van dit wetsvoorstel wordt het mogelijk om een Papillon en een zusjes fiscale eenheid te vormen. De betrokken EU-maatschappijen worden niet daadwerkelijk gevoegd, zij maken feitelijk geen deel uit van de fiscale eenheid. Dit in tegenstelling tot de grensoverschrijdende fiscale eenheid. Bij deze oplossingsrichting wordt het mogelijk om EU-maatschappijen te voegen in de fiscale eenheid. Dit leidt tot een gelijke behandeling van interne en grensoverschrijdende situaties, dit vanwege het feit dat alle elementen van de fiscale eenheid gelijk worden toegepast.⁹⁷ Dit leidt er toe dat het fiscale eenheidsregime, in samenhang met bepaalde regelingen, niet langer in strijd is met EU-recht.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 323, nr. 2.

⁹⁷ J.J.A.M. Korving, Groupe Steria: hersenspinsels en hoofdbreken, *NtFR Beschouwingen* 2015-35.

Een belangrijk voordeel is dat er geen nieuw systeem hoeft te worden ontwikkeld. Er kan een beschikking fiscale eenheid worden afgegeven waarbij bijvoorbeeld EU-dochtermaatschappijen worden behandeld als een belastingplichtige met een Nederlandse moedermaatschappij.⁹⁸ De EU-maatschappijen binnen fiscale eenheid worden fictief geacht in Nederland te zijn gevestigd, waarbij er fictieve vaste inrichtingen achterblijven in het land van vestiging. Aan die vaste inrichtingen worden dan de vermogensbestanddelen van die EU-maatschappijen toegerekend, om zo grensoverschrijdende verliesverrekening te voorkomen. De objectvrijstelling uit artikel 15e Wet VpB 1969 is dan namelijk van toepassing waardoor verliesimport in beginsel niet wordt toegestaan.

Het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid zorgt ervoor dat alle voordelen van de fiscale eenheid worden toegestaan in grensoverschrijdende EU-situaties. Dit geldt ook voor de elementen van de fiscale eenheid die niet in strijd zijn met het EU-recht. Er kan ook worden gekozen om bepaalde voordelen, die niet in strijd zijn met EU-recht vanwege dwingende redenen van algemeen belang, niet toe te staan in grensoverschrijdende situaties. Dit brengt dan wel hetzelfde probleem mee als het geval is bij het opnemen van de per elementbenadering in de nationale wetgeving. Zoals in paragraaf 6.2.1 betoogd is dit praktisch niet goed uitvoerbaar.

Een ander voordeel van het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid is de verbetering van het fiscale vestigingsklimaat van Nederland, aangezien het vormen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid voordelen kan opleveren. Dit zou bijvoorbeeld reden kunnen zijn voor ondernemingen die in Europa opereren om het (hoofd)kantoor, van waaruit de EU tak wordt aangestuurd, naar Nederland te verplaatsen.

Het grootste nadeel van het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid is mijns inziens het negatieve budgettaire gevolg, aangezien de voordelen die de fiscale eenheid biedt, in samenhang met bepaalde regelingen, nu ook in grensoverschrijdende EU-situaties worden toegestaan waardoor de belastinginkomsten teruglopen.

Bij deze oplossingsrichting is er geen sprake van ‘cherry picking’ aangezien het voor belastingplichtigen niet mogelijk is om bepaalde voordelen, die de fiscale eenheid biedt, wel van toepassing te laten zijn en de nadelen achterwege te laten. Als belastingplichtigen gebruik willen

⁹⁸ Idem.

maken van de voordelen van een fiscale eenheid krijgen zij ook te maken met de nadelen. Vanuit de optiek van belastingplichtigen is dit een nadeel, vanuit de optiek van de wetgever een voordeel.

Zoals in paragraaf 6.2.1 betoogd kunnen er problemen ontstaan met betrekking tot het internationale belastingrecht indien Nederland, doordat het haar eigen belastingwetten aanpast, belasting gaat heffen terwijl het heffingsrecht op basis van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting aan een ander land is toegewezen. Bij het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid is dit niet het geval. Nederland gaat bij deze oplossingsrichting niet heffen over inkomen waarover een ander land heffingsrecht heeft. Deze oplossingsrichting past binnen het internationale belastingrecht, het levert namelijk geen problemen op met betrekking tot bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting.

De oplossingsrichting van een grensoverschrijdende fiscale eenheid zou mijns inziens uitvoeringstechnisch niet al te veel problemen op moeten leveren. Op het gebied van fiscale controles zouden er geen problemen moeten zijn vanwege de (automatische) uitwisseling van gegevens. Alle benodigde gegevens voor de fiscale controle zijn in principe beschikbaar voor de Nederlandse Belastingdienst. De benodigde gegevens kunnen op basis van een verzoek worden opgevraagd bij de desbetreffende lidstaat. De samenhang met buitenlandse belastingstelsels en de buitenlandse heffing wordt met een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet aangetast. Nederland staat toe dat EU-maatschappijen gevoegd kunnen worden in een fiscale eenheid, dit heeft tot gevolg dat alle voor- en nadelen van de fiscale eenheid van toepassing zijn, wat alleen van invloed is op het belastbare resultaat in Nederland. De winst die EU-maatschappijen behalen wordt niet in de Nederlandse heffing betrokken. Daar kunnen de EU-lidstaten nog steeds zelf over heffen.

EU-groepsvennootschappen worden in feite op dezelfde wijze behandeld als vaste inrichtingen waarop de objectvrijstelling van toepassing is. Er hoeft geen nieuw systeem te worden ontwikkeld, hetgeen de uitvoerbaarheid en efficiency ten goede komt.

6.2.3 Wegnemen voordeel binnen fiscale eenheid

De derde oplossingsrichting is het wegnemen van het voordeel binnen de fiscale eenheid. Dit zou bijvoorbeeld inhouden dat de renteaftrekbeperking die ziet op winstdrainage binnen fiscale eenheid gewoon van toepassing is. Dit zou wel een inbreuk vormen op het fiscale eenheidsregime, want de besmette rechtshandelingen zouden dan zichtbaar gemaakt moet worden binnen de fiscale

eenheid. Terwijl het doel van de fiscale eenheid is om het vermogen en de werkzaamheden van dochtermaatschappijen aan de moedermaatschappij toe te rekenen, waarbij onderlinge transacties fiscaal niet meer bestaan.

Een nadeel van deze oplossingsrichting is dat bepaalde regelingen die voordeliger uitwerken binnen fiscale eenheid moeten worden aangepast. Hiermee is sprake van hetzelfde probleem als bij het wettelijk vastleggen van de per elementbenadering, namelijk de praktische onuitvoerbaarheid.

De budgettaire gevolgen van deze oplossingsrichting zouden positief zijn: er kan nu bijvoorbeeld meer rente in aftrek worden beperkt.

Deze oplossingsrichting is niet strijdig met EU-recht aangezien het de belemmeringen van de vrijheid van vestiging, die momenteel bestaan, wegneemt en zelf geen nieuwe belemmeringen veroorzaakt.

Deze oplossingsrichting houdt echter wel in dat het vestigingsklimaat in principe verslechtert, als al deze voordelen worden ontnomen. Het fiscale eenheidsregime verliest hiermee veel van zijn voordelen, waardoor het regime een stuk minder aantrekkelijk wordt.

Als er voor deze oplossingsrichting wordt gekozen, komt de vraag op of de fiscale eenheid net zo goed helemaal afgeschaft kan worden of dat er misschien naar een alternatief moet worden gekeken. Mijns inziens zou de fiscale eenheid dan nog steeds bestaansrecht hebben, aangezien het bijvoorbeeld mogelijk blijft om winsten en verliezen van in Nederland gevestigde en in een fiscale eenheid gevoegde maatschappijen te verrekenen.

Zoals in paragraaf 6.2.1 betoogd kunnen er problemen ontstaan met betrekking tot het internationale belastingrecht indien Nederland, doordat het haar eigen belastingwetten aanpast, belasting gaat heffen terwijl het heffingsrecht op basis van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting aan een ander land is toegewezen. Dit is mijns inziens niet het geval bij het wegnemen van het voordeel binnen fiscale eenheid. Nederland gaat bij deze oplossingsrichting niet heffen over inkomen waarover een ander land heffingsrecht heeft. Deze oplossingsrichting past binnen het internationale belastingrecht, het levert namelijk geen problemen op met betrekking tot bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting.

De oplossingsrichting van het wegnemen van de voordelen binnen fiscale eenheid zou mijns inziens uitvoeringstechnische problemen veroorzaken. Zoals al eerder in deze paragraaf is aangegeven moeten bijvoorbeeld een aantal onderlinge transacties zichtbaar worden gemaakt. Diverse regelingen moeten aangepast worden voor deze oplossingsrichting, hetgeen de over het algemeen al ingewikkelde regelingen nog ingewikkelder gaat maken. Dit komt de uitvoerbaarheid en efficiency absoluut niet ten goede.

6.2.4 Beste oplossingsrichting

De oplossingsrichting van het wegnemen van het voordeel binnen fiscale eenheid is mijns inziens geen goede. Deze oplossingsrichting is het tegenovergestelde van de twee andere oplossingsrichtingen. Nu wordt het voordeel weggenomen in binnenlandse situaties in plaats van het toestaan van het voordeel in grensoverschrijdende situaties.

Heithuis⁹⁹ vraagt zich af of de grenzen inmiddels zijn bereikt qua ingewikkelde wetgeving die nodig is om de fiscale eenheid te begeleiden. Mijns inziens is de grens bereikt, de wetgeving omtrent de fiscale eenheid moet niet nog ingewikkelder worden dan nu al het geval is, zelfs als dit leidt tot negatieve budgettaire gevolgen. De oplossingsrichting van het wegnemen van het voordeel binnen fiscale eenheid leidt tot aanpassingen in de wetgeving rond de fiscale eenheid, daarom is deze oplossingsrichting geen reële optie.

De oplossingsrichtingen van de per elementbenadering en de grensoverschrijdende fiscale eenheid blijven over. Een verschil tussen beide zit in het feit dat bij het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid alle voordelen die de fiscale eenheid biedt in samenhang met bepaalde regelingen, worden toegestaan in grensoverschrijdende situaties, terwijl bij de per elementbenadering alleen die voordelen worden geboden die momenteel strijdigheid met EU-recht opleveren. Dit houdt in dat de budgettaire gevolgen van de grensoverschrijdende fiscale eenheid negatiever zijn dan bij de per elementbenadering het geval is.

Het grootste probleem van de per elementbenadering zit in het wettelijk vastleggen van deze oplossingsrichting. Zoals in paragraaf 6.2.1 betoogd, is het praktisch onuitvoerbaar om de per elementbenadering in de wet op te nemen.

⁹⁹ E.J.W. Heithuis, 'Het einde van de fiscale eenheid VpB in zicht?', *WFR*, 2015/1136.

Mijns inziens zou de wetgever er voor moeten kiezen om een grensoverschrijdende fiscale eenheid toe te staan. Dit komt het vestigingsklimaat zeer ten goede, waardoor Nederland een streepje voor heeft op de concurrentie, aangezien het vormen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid (bijna) nergens ter wereld mogelijk is.

Verder zou het de uitvoerbaarheid en efficiency ten goede komen om voor een grensoverschrijdende fiscale eenheid te kiezen. Aangezien er dan geen nieuw systeem hoeft te worden ontwikkeld; verder worden EU-groepsvennootschappen dan op dezelfde wijze behandeld als vaste inrichtingen waarop de objectvrijstelling van toepassing is. Zo wordt verliesimport voorkomen.

Kortom de grensoverschrijdende fiscale eenheid is mijns inziens de beste oplossingsrichting om de strijdigheid met het EU-recht weg te nemen.

6.3 Alternatieven voor het huidige fiscale eenheidsregime

6.3.1 CCCTB

In maart 2011 heeft de EC een voorstel¹⁰⁰ gedaan voor een gemeenschappelijk systeem voor de berekening van de belastinggrondslag van ondernemingen die actief zijn in de EU. De CCCTB is een geheel van regels die bedrijven, die actief zijn binnen de EU, kunnen gebruiken om hun belastbare winst te berekenen. Met andere woorden, een onderneming hoeft maar gebruik te maken van één EU-systeem om de belastbare winst te berekenen, in plaats van de verschillende regels van alle lidstaten waarin ze opereren. Bovendien zouden concerns met behulp van de CCCTB in staat zijn om één enkele geconsolideerde belastingaangifte voor al hun activiteiten in de EU in te dienen. De geconsolideerde belastbare winst van de groep zou dan worden verdeeld over de individuele vennootschappen op basis van een formule. Op die manier kan elke lidstaat dan belasting heffen over de winsten van de bedrijven in haar eigen staat tegen haar eigen nationale tarief, zoals nu ook het geval is. Het CCCTB-voorstel van de EC heeft de eindstreep vooralsnog niet gehaald.¹⁰¹ Zowel het kabinet als de Tweede Kamer heeft een negatief subsidiariteitsoordeel

¹⁰⁰ Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), 16 maart 2011, COM(2011) 121/4.

¹⁰¹ Redactie TaxLive, 'Fiscale grondslagharmenisatie binnen EU met mitsen en maren', *TaxLive* 5 juni 2015.

gegeven over het CCCTB-voorstel.¹⁰² De belangrijkste reden hiervoor was het negatieve budgettaire effect dat de verdeelsleutel met zich zou brengen, met name doordat oude maakeconomieën worden bevoordeeld en innovatieve diensteneconomieën, zoals Nederland, worden benadeeld. De voorgestelde verdeelsleutel zou in Nederland leiden tot een daling van het BBP van tussen de 1,65% en 1,69%.¹⁰³ Daarnaast zou invoering van de CCCTB tot hoge uitvoeringskosten voor de Belastingdienst leiden. Er zou namelijk naast het huidige systeem, het CCCTB-systeem moeten opzetten en deze twee systemen moeten natuurlijk worden uitgevoerd en gehandhaafd.

In juni 2015 heeft de EC een strategie gepresenteerd om de CCCTB opnieuw te lanceren. Dit werd aangekondigd in het Action Plan for Fair and Efficient Corporate Taxation¹⁰⁴. De EC komt in 2016 met een voorstel om de CCCTB nieuw leven in te blazen. In het nieuwe voorstel worden in elk geval twee belangrijke wijzigingen aangebracht. De eerste wijziging is dat de CCCTB verplicht wordt, in tegenstelling tot het vrije karakter in het oude voorstel. De tweede wijziging betreft het stap voor stap invoeren van de CCCTB; dit moet ervoor zorgen dat de lidstaten eerder instemmen met het voorstel. De eerste stap wordt dan het creëren van een gemeenschappelijk heffingsgrondslag en in de tweede stap wordt tot consolidatie overgegaan.

De Staatssecretaris¹⁰⁵ heeft over het nieuwe voorstel gezegd dat als het dezelfde negatieve gevolgen zou hebben voor de Nederlandse economie, de CCCTB geen begaanbare route zou zijn. Het kabinet wijst het nieuwe CCCTB-voorstel dan ook eveneens af. In de literatuur zijn de meningen over het nieuwe CCCTB-voorstel verdeeld. Zo is Van den Hurk¹⁰⁶ van mening dat Nederland pas op de plaats moet maken omdat we anders een belangrijk pluspunt, de Belastingdienst en ons belastingsysteem, weggeven. Essers¹⁰⁷ is van mening dat het hoog tijd wordt dat lidstaten van de EU elkaar niet meer onnodig beconcurreren op fiscaal terrein, maar dat

¹⁰² Redactie Vakstudie Nieuws, 'Reactie kabinet op actieplan vennootschapsbelastingstel van de Europese Commissie', *V-N* 2015/39.15.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ Europese Commissie, 'Commission presents Action Plan for Fair and Efficient Corporate Taxation in the EU', 17 juni 2015.

¹⁰⁵ Brief Staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2015, nr. AFP/2015/536 U.

¹⁰⁶ H. van den Hurk, 'Nederlands moet pas op de plaats maken met de (C)CCCTB', *WFR* 2015/1085.

¹⁰⁷ P. Essers, 'Nederland moet de CCTB steunen', *WFR* 2015/1084.

ze de concurrentieslag vooral aangaan met landen buiten de Europese Unie. Volgens hem kunnen landen zich altijd nog onderscheiden met het nationale belastingtarief.

Een soort grensoverschrijdende fiscale eenheid vormde het hart van het oude CCCTB-voorstel.¹⁰⁸ Dit zit in de consolidatie van de resultaten van alle ondernemingen uit de verschillende lidstaten van een concern. Er is bij de toepassing van het CCCTB regime dan in feite sprake van een soort verplichte grensoverschrijdende fiscale eenheid.

De eerste stap van het nieuwe CCCTB-voorstel zou inhouden dat er een gemeenschappelijke heffingsgrondslag binnen de EU wordt gecreëerd, er is dan in feite sprake van een Common Corporate Tax Base (hierna: CCTB). De regels waarmee de heffingsgrondslag wordt bepaald, dienen dan in elk van de lidstaten hetzelfde te zijn. Daarnaast wordt ook tijdelijk grensoverschrijdende verliesverrekening mogelijk gemaakt. Om ervoor te zorgen dat de verliezen geleden in de ene lidstaat niet definitief verrekend worden met winsten uit een andere lidstaat, wordt er een mechanisme ontwikkeld om deze verliezen weer terug te nemen zodra er weer winst wordt gemaakt in de eerstgenoemde lidstaat.¹⁰⁹ Bij het creëren van een gemeenschappelijke heffingsgrondslag zal mijns inziens de Wet VpB 1969 aangepas, dan wel afgeschaft moeten worden. Dit vanwege het feit dat het hebben van twee belastingsystemen in een lidstaat naar alle waarschijnlijkheid leidt tot strijdigheid met het EU-recht. In grensoverschrijdende EU-situaties wordt het CCTB-regime verplicht, in puur binnenlandse situaties kan er eventueel gekozen worden voor het huidige regime of het CCTB-regime. Als het huidige regime voordeliger uitpakt dan het CCTB-regime, is er mijns inziens sprake van strijdigheid met EU-recht. Het huidige regime is namelijk niet toegankelijk in grensoverschrijdende EU-situaties, er is dan sprake van een belemmering. Deze belemmering kan mijns inziens niet gerechtvaardigd worden door een dwingende reden van algemeen belang. Het huidige regime dient dan zodanig aangepast te worden dat het niet voordeliger uitwerkt dan het CCTB-regime om de strijdigheid weg te nemen.

Mijns inziens kan de Wet VpB 1969 dan beter helemaal afgeschaft worden. Er hoeven dan niet twee systemen gehandhaafd te blijven en daarnaast hoeft er ook geen tijd in het aanpassen van het

¹⁰⁸ J.L. van de Streek en S.A.W.J. Stik, 'Grensoverschrijdende consolidatie: Het hart van de CCCTB', *WFR* 2011/1405.

¹⁰⁹ Europese Commissie, 'Commission presents Action Plan for Fair and Efficient Corporate Taxation in the EU', 17 juni 2015

huidige regime te worden gestoken. Verder kan er dan ook geen sprake meer zijn van strijdigheid met EU-recht. Dit met de aanname dat de richtlijn of verordening waarin de CCTB wordt opgenomen an sich niet strijdig is met EU-recht. Aangezien het Nederlandse fiscale eenheidsregime dan niet meer bestaat kan die natuurlijk ook niet meer in strijd zijn met EU-recht. Het alternatief voor de fiscale eenheid, de CCTB, is daarom niet in strijd met EU-recht.

De tweede stap van het nieuwe CCCTB-voorstel is het consolideren van de resultaten. Dit zou inhouden dat er een soort grensoverschrijdende fiscale eenheid binnen de EU ontstaat. Deze stap is niet nodig om de strijdigheid met EU-recht weg te nemen, maar zal er wel toe leiden dat het vestigingsklimaat van de EU als geheel sterk verbetert. Voor de lidstaten is het dan echter nog maar in beperkte mate mogelijk om onderling te concurreren op belastinggebied; dit kan bijvoorbeeld nog wel via het tarief.

Over de budgettaire gevolgen van het invoeren van de C(C)CTB kan nog niet zoveel gezegd worden. In het oude voorstel zou de invoering hiervan negatieve budgettaire gevolgen hebben voor Nederland, zoals hiervoor is aangegeven. Of de budgettaire gevolgen positief of negatief zijn bij het nieuwe voorstel is afhankelijk van de gekozen verdeelsleutel. Aangezien de verdeelsleutel nog niet bekend is, kan er over de budgettaire gevolgen voor Nederland niet zoveel gezegd worden.

Zoals in paragraaf 6.2.1 betoogd kunnen er problemen ontstaan met betrekking tot het internationale belastingrecht indien Nederland, doordat het haar eigen belastingwetten aanpast, belasting gaat heffen terwijl het heffingsrecht op basis van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting aan een ander land is toegewezen. De C(C)CTB zou geen problemen op moeten leveren met betrekking tot het internationale belastingrecht. Dit vanwege het feit dat er binnen de EU nu op een andere wijze het belastbare resultaat wordt berekend; hiermee wordt er niet alsnog geheven in situaties waarbij het heffingsrecht aan een ander land is toegewezen. Dit alternatief past binnen het internationale belastingrecht.

Dit alternatief is, als het eenmaal is ingevoerd, een efficiënt alternatief. Het neemt de huidige strijdigheid, de voordeligere werking van bepaalde regelingen binnen fiscale eenheid, weg. Daarnaast zullen andere mogelijke strijdigheden van de Wet VpB 1969 worden weggenomen, indien deze wet wordt afgeschaft. De uitvoering van dit alternatief zal wel de nodige problemen met zich brengen. Alle lidstaten van de EU moeten namelijk met het voorstel instemmen om de

C(C)CTB in te voeren. Daarnaast dient het huidige systeem te worden vervangen door het C(C)CTB-systeem. De invoering zou tot een afname van het aantal aangiften moet leiden, hetgeen de werklast voor de Belastingdienst vermindert. Dit vanwege het feit dat concerns maar één aangifte hoeven te doen voor alle vennootschappen in de EU. Daarnaast kan er in elk land waar een vennootschap van het concern is gevestigd aangifte gedaan worden. Het is daarom een zeer ingrijpend alternatief.

6.3.2 Alternatieve groepsregeling

De wetgever zou er voor kunnen kiezen om een alternatieve groepsregeling in te voeren. Zoals in paragraaf 2.3 is aangegeven zijn er nog twee andere categorieën regelingen mogelijk, naast de huidige Nederlandse regeling. De eerste categorie betreft de overbrenging van verliezen binnen de groep. Hieronder vallen de systemen van groepsaftrek en groepsbijdrage. Bij de groepsaftrekregeling worden verliezen van de ene groepsmaatschappij overgedragen naar een andere (winstgevende) groepsmaatschappij. De groepsbijdrageregeling werkt daaraan tegengesteld; daar worden winsten van de ene groepsmaatschappij overgedragen naar een (verliesgevende) groepsmaatschappij. Economisch gezien hebben beide systemen hetzelfde effect. De tweede categorie betreft pooling van fiscale resultaten van de groep. Dit houdt in dat de fiscale resultaten van alle groepsmaatschappijen bij de moedermaatschappij in aanmerking worden genomen.

De invoering van een van deze alternatieven zal inhouden dat alle andere voordelen die de fiscale eenheid biedt, behalve verliescompensatie, zullen verdwijnen. Dit komt het vestigingsklimaat absoluut niet ten goede, iets wat Muller¹¹⁰ ook onderschrijft. Zo moeten alle voorheen gevoegde groepsmaatschappijen dan zelfstandig aangifte gaan doen. Dit zorgt voor een extra administratieve lastendruk voor de belastingplichtigen en voor extra werklast voor de Belastingdienst. De Vries¹¹¹ vraagt zich, mijns inziens terecht, af of de Belastingdienst deze extra werklast wel aankan.

Een alternatieve groepsregeling zal positieve budgettaire gevolgen hebben voor Nederland. Het is namelijk alleen mogelijk om binnen een groep onderling winsten en verliezen met elkaar te

¹¹⁰ M. Muller, 'Houdbaarheid Nederlandse fiscale eenheid in gedrang!', *TaxLive* 3 september 2015.

¹¹¹ R.J. de Vries, 'Fiscalisten. Hun "speeltjes" en het einde van de fiscale eenheid VPB is nog niet in zicht', *WFR* 2015/1344.

verrekenen. Alle andere voordelen die het huidige fiscale eenheidsregime biedt, worden weggenomen waardoor de belastingopbrengsten zullen stijgen.

Voordeel van een alternatieve groepsregeling, zoals het Engelse “group relief”, is wel dat deze een stuk eenvoudiger zal zijn dan het huidige fiscale eenheidsregime. Daarnaast ben ik het met Heithuis¹¹² eens dat die regeling direct EU-proof is, getuige het in paragraaf 2.3.1 besproken arrest Marks & Spencer II. De invoering van een dergelijk systeem zal de strijdigheid van het huidige fiscale eenheidsregime wegnemen.

Zoals in paragraaf 6.2.1 is betoogd kunnen er problemen ontstaan met betrekking tot het internationale belastingrecht indien Nederland, doordat het haar eigen belastingwetten aanpast, belasting gaat heffen terwijl het heffingsrecht op basis van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting aan een ander land is toegewezen. Dit is mijns inziens niet het geval bij een alternatieve groepsregeling. Nederland gaat bij dit alternatief niet heffen over inkomen waarover een ander land heffingsrecht heeft. Dit alternatief past binnen het internationale belastingrecht; het levert namelijk geen problemen op met betrekking tot bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting.

Tegenover het voordeel dat het alternatief een stuk eenvoudiger is dan het huidige regime staat wel de extra administratieve last voor belastingplichtigen en de extra werklast voor de Belastingdienst. Het voordeel dat het alternatief een stuk eenvoudiger is weegt zeker op tegen de extra administratie- en extra werklast.

Alles in ogenschouw genomen, is dit alternatief mijns inziens goed uitvoerbaar en tevens efficiënt. Als de wetgever ervoor kiest om de fiscale eenheid af te schaffen dan is er een niet te verwaarlozen kans dat er voor dit alternatief wordt gekozen.¹¹³

6.3.3 Afschaffen fiscale eenheid

Het laatste alternatief is het afschaffen van de fiscale eenheid, zonder dat er een andersoortige regeling voor in de plaats komt. Hiermee wordt definitief een einde gemaakt aan de discussie of

¹¹² E.J.W. Heithuis, ‘Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht!’, *WFR* 2015/1348.

¹¹³ O.C.R. Marres, Noot bij HvJ, 2 september 2015, C-386/14, Groupe Steria, BNB 2015/223

de Nederlandse fiscale eenheid in strijd is met het EU-recht. Als er geen fiscale eenheid meer bestaat is er dus geen discussie meer mogelijk.

Net als Korving¹¹⁴ en Muller¹¹⁵ ben ik van mening dat het afschaffen van de fiscale eenheid eigenlijk geen optie is. Dit zou net als het invoeren van een alternatieve groepsregeling leiden tot stijgende administratieve lasten. Daarnaast worden binnenlands belastingplichtigen nu de dupe van het feit dat er zoveel discussie bestaat over toepassing van de fiscale eenheid in grensoverschrijdende situaties. Dit lijkt mij absoluut niet de bedoeling; binnenlands belastingplichtigen worden dan onevenredig hard benadeeld.

Het afschaffen van de fiscale eenheid is daarnaast ook zeer slecht voor het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat. Aangezien het in veel andere landen, binnen het desbetreffende land, wel mogelijk is om bijvoorbeeld binnen een groep onderling winsten en verliezen te verrekenen.

Zoals in paragraaf 6.2.1 is betoogd kunnen er problemen ontstaan met betrekking tot het internationale belastingrecht indien Nederland, doordat het haar eigen belastingwetten aanpast, belasting gaat heffen terwijl het heffingsrecht op basis van een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting aan een ander land is toegewezen. Dit is mijns inziens niet het geval bij het afschaffen van de fiscale eenheid. Nederland gaat bij dit alternatief niet heffen over inkomen waarover een ander land heffingsrecht heeft. Dit alternatief past binnen het internationale belastingrecht, het levert namelijk geen problemen op met betrekking tot bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting.

Het alternatief is goed uitvoerbaar en efficiënt, de regeling wordt namelijk gewoon geschrapt.

6.3.4 Beste alternatief

Het afschaffen van de fiscale eenheid zonder dat daarvoor een andere regeling in de plaats komt is mijns inziens geen optie. De nadelen wegen absoluut niet op tegen de voordelen. Daarnaast ben ik van mening dat de wetgever hier ook geen voorstander van zal zijn. Dit alternatief valt af.

De twee alternatieven die overblijven zijn de C(C)CTB of een alternatieve groepsregeling. Beide alternatieven lossen de huidige strijdigheid met EU-recht, de voordeligere uitwerking van bepaalde

¹¹⁴ J.J.A.M. Korving, Groupe Steria: hersenspinsels en hoofdbrekens, *Ntfr Beschouwingen* 2015-35.

¹¹⁵ M. Muller, 'Houdbaarheid Nederlandse fiscale eenheid in gedrang!', *TaxLive* 3 september 2015.

regelingen binnen fiscale eenheid, op. Daarnaast passen beide alternatieven binnen het internationale belastingrecht.

De C(C)CTB is echter een efficiënter alternatief als het eenmaal is ingevoerd. Naast het wegnemen van de hiervoor genoemde strijdigheid met EU-recht, zorgt dit alternatief er ook voor dat eventuele andere strijdigheden met EU-recht binnen de Wet VpB 1969 worden weggenomen. Verder heeft een alternatieve groepsregeling als nadeel dat alle voorheen gevoegde groepsmaatschappijen zelfstandig aangifte moeten doen. Dit zorgt voor een extra administratieve lastendruk voor de belastingplichtigen en voor extra werklast voor de Belastingdienst, die de aangiftes natuurlijk moet controleren.

Mijns inziens is de invoering van de C(C)CTB het beste alternatief voor de huidige fiscale eenheid. Als de resultaten geconsolideerd worden is er sprake van een grensoverschrijdende fiscale eenheid binnen de hele EU. Dit zal het vestigingsklimaat van de EU zeer ten goede komen. Daarnaast kan Nederland wat mij betreft gelijk afscheid nemen van de Wet VpB 1969, waarmee de huidige strijdigheid - de voordeligere werking van bepaalde regelingen binnen fiscale eenheid - wordt weggenomen evenals eventuele andere strijdige regelingen in de wet.

Ik ben het met Essers¹¹⁶ eens dat we binnen de EU moeten stoppen met de onderlinge concurrentie op fiscaal gebied; de invoering van de C(C)CTB zal deze concurrentie flink beperken. Nederland kan zich altijd nog onderscheiden in de tarievensfeer. De andere alternatieven leveren extra administratieve lasten op voor belastingplichtigen en extra werk voor de Belastingdienst. De invoering van de C(C)CTB zal wel een lange adem vergen van de lidstaten aangezien alle lidstaten met dit voorstel akkoord moeten gaan. Mijns inziens is dat zeker de moeite waard.

6.4 De beste oplossingsrichting versus het beste alternatief

De beste oplossingsrichting, te weten een grensoverschrijdende fiscale eenheid en het beste alternatief, te weten de C(C)CTB lijken enigszins op elkaar. Zeker als bij de invoering van de C(C)CTB ook de resultaten geconsolideerd gaan worden. Er is dan bij beide sprake van een soort grensoverschrijdende fiscale eenheid.

¹¹⁶ P. Essers, 'Nederland moet de CCTB steunen', *WFR* 2015/1084.

Het verschil zit hem in het feit dat bij de C(C)CTB in heel de EU op dezelfde wijze de winst wordt berekend. Dit is een zeer vergaande optie, waarbij zoals betoogd in paragraaf 6.3.1, de Wet VpB 1969 net zo goed kan worden afgeschaft. Daarnaast zal het een hele opgave worden om de C(C)CTB in te voeren. Immers, alle lidstaten moeten ermee akkoord gaan. Dit is een optie voor de lange termijn.

Nederland kan zelf al een eerste stap zetten. De strijdigheid met EU-recht moet namelijk weg worden genomen. Dit kan door te kiezen voor het toestaan een grensoverschrijdende fiscale eenheid. Om grensoverschrijdende verliesverrekening te voorkomen worden EU-groepsvennootschappen fiscaal gelijkgesteld met een vaste inrichting. Dit houdt in dat de objectvrijstelling uit artikel 15e Wet VpB 1969 van toepassing is waardoor verliesimport in beginsel niet wordt toegestaan. Dit is iets wat op korte termijn gerealiseerd kan worden.

Ik pleit er daarom voor dat de wetgever het vormen van een grensoverschrijdende gaat toestaan. Dit regime kan dan blijven bestaan totdat er binnen de EU overeenstemming is bereikt over de invoering van de C(C)CTB, wat ongetwijfeld nog wel even gaat duren.

6.5 Samenvatting en conclusie

Er zijn drie oplossingsrichtingen mogelijk om de strijdigheid met EU-recht van de uitwerking van bepaalde regelingen binnen fiscale eenheid weg nemen. Dit zijn de per elementbenadering, het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid en het wegnemen van het voordeel binnen fiscale eenheid.

Het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid is mijns inziens de beste oplossingsrichting. Nederland hoeft dan geen nieuw systeem te ontwikkelen, EU-groepsvennootschappen kunnen dan op dezelfde wijze worden behandeld als vaste inrichtingen waarop de objectvrijstelling van toepassing is. Zo wordt verliesimport in beginsel voorkomen maar kunnen belastingplichtigen wel gebruik maken van de andere voordelen van de fiscale eenheid. Een ander belangrijk voordeel is de verbetering van het fiscale vestigingsklimaat van Nederland, aangezien het vormen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid voordelig kan zijn voor een belastingplichtige en het vormen daarvan (bijna) nergens ter wereld mogelijk is.

Er zijn drie alternatieven mogelijk voor het huidige fiscale eenheidsregime. Te weten de C(C)CTB, een alternatieve groepsregeling en het afschaffen van de fiscale eenheid. Waarbij het afschaffen van de fiscale eenheid niet als een serieuze optie wordt beschouwd.

Invoering van de C(C)CTB is mijns inziens het beste alternatief voor de huidige fiscale eenheid. Als de resultaten geconsolideerd worden is er sprake van een grensoverschrijdende fiscale eenheid binnen de hele EU. Dit zal het vestigingsklimaat in de EU zeer ten goede komen. Daarnaast kan Nederland afscheid nemen van de Wet VpB 1969.

De beste oplossingsrichting en het beste alternatief lijken enigszins op elkaar. Als de resultaten geconsolideerd worden is er bij de C(C)CTB ook sprake van een soort grensoverschrijdende fiscale eenheid.

Ik ben van mening dat de wetgever een grensoverschrijdende fiscale eenheid moet toestaan als optie voor de korte termijn. Dit systeem kan dan blijven bestaan totdat de C(C)CTB in de EU wordt ingevoerd.

Hoofdstuk 7: Samenvatting en conclusie

7.1 Vraagstelling

In deze thesis staat de volgende vraagstelling centraal:

Zijn er elementen van de Nederlandse fiscale eenheid die in strijd zijn met het EU-recht en zo ja, hoe kan deze strijdigheid worden weggenomen?

In de voorgaande hoofdstukken is met behulp van onderstaande sub-vragen antwoord gegeven op deze vraagstelling:

- *Welke elementen van de Nederlandse fiscale eenheid zijn mogelijk in strijd met het EU-recht?*
- *Hoe kan de mogelijke strijdigheid met het EU-recht worden opgelost binnen het fiscale eenheidsregime?*
- *Zijn er alternatieven voor het fiscale eenheidsregime die oplossingen bieden voor de (mogelijke) strijdigheid daarvan met het EU-recht en zo ja, welke?*

Een samenvatting van de antwoorden op deze sub-vragen wordt in de paragrafen hierna gegeven.

7.2 Strijdige elementen van de Nederlandse fiscale eenheid

In mijn thesis heb ik onderzocht of bepaalde elementen van de fiscale eenheid in strijd zijn met EU-recht. Eerst is onderzocht of renteaftrekbeperkingen die zien op winstdrainage en deelnemingsrente in strijd zijn met EU-recht. Daarnaast is onderzocht of de houdsterverliesregeling en de inkrimpingstoets in strijd zijn met EU-recht. Tenslotte is onderzocht of de herinvesteringsreserve in strijd is met EU-recht.

7.2.1 Renteaftrekbeperkingen

De renteaftrekbeperking die ziet op winstdrainage, beperkt de aftrek van rente op schulden die verschuldigd is aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, voor zover die schulden verband houden met ‘besmette’ rechtshandelingen. Door toepassing van het fiscale eenheidsregime zijn intragroepstransacties fiscaal onzichtbaar. Dit houdt in dat besmette

rechtshandelingen binnen fiscale eenheid onzichtbaar zijn. Omdat het in beginsel niet is toegestaan voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen, is het daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk om in bepaalde gevallen aan de werking van de renteaftrekbeperking te ontkomen. Dit vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging. Er bestaat geen rechtvaardiging voor de belemmering, er is daarom sprake van strijdigheid met EU-recht.

De renteaftrekbeperking die ziet op deelnemingsrente, beperkt de aftrek van bovenmatige deelnemingsrente. Door toepassing van het fiscale eenheidsregime worden het vermogen en de werkzaamheden van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij toegerekend. Voor belastingdoeleinden is er dan sprake van één belastingplichtige, de moedermaatschappij. De deelneming bestaat fiscaal gezien niet meer. Omdat er geen deelneming is, kan er ook geen sprake zijn van deelnemingsrente die in aftrek kan worden beperkt. Het is derhalve mogelijk om aan deze renteaftrekbeperking te ontkomen door het vormen van een fiscale eenheid. Omdat het in beginsel niet is toegestaan voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen, is het daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk om aan de werking van deze renteaftrekbeperking te ontkomen. Dit vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging. Er bestaat geen rechtvaardiging voor de belemmering, er is daarom sprake van strijdigheid met EU-recht.

7.2.2 Verliesverrekening

De houdsterverliesregeling zorgt ervoor dat verliezen, geleden in jaren waarin (nagenoeg) uitsluitend houdsteractiviteiten zijn verricht, alleen verrekenbaar zijn met winsten wanneer er aan twee voorwaarden wordt voldaan. Het is mogelijk om aan de werking van de houdsterverliesregeling te ontkomen door het aangaan van een fiscale eenheid. Omdat het in beginsel niet is toegestaan voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen, is het daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk om aan de werking van de houdsterverliesregeling te ontkomen. Dit vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging. Er bestaat geen rechtvaardiging voor de belemmering, er is daarom sprake van strijdigheid met EU-recht.

De inkrimpingstoets beperkt het verrekenen van verliezen indien het uiteindelijke belang in een belastingplichtige in belangrijke mate (30% of meer) is gewijzigd. Verliezen geleden voor de

wisseling van aandeelhouders zijn dan niet meer af te zetten tegen winsten behaald na de wisseling van aandeelhouders. Indien er aan de beleggingstoets en de werkzaamhedentoets wordt voldaan, wordt de verrekening van verliezen niet beperkt door de inkrimpingstoets. Het aangaan van een fiscale eenheid kan gunstige gevolgen hebben voor de uitwerking van de inkrimpingstoets. Omdat het in beginsel niet is toegestaan voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen, is het daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk om gebruik te maken van de voordeligere werking van de inkrimpingstoets. Dit vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging. Er bestaat geen rechtvaardiging voor de belemmering, er is daarom sprake van strijdigheid met EU-recht.

7.2.3 Herinvesteringsreserve

De herinvesteringsreserve zorgt er voor dat boekwinsten, behaald bij de verkoop van een bedrijfsmiddel, gereserveerd worden om te herinvesteren. De herinvesteringsreserve heeft een ruimere uitwerking binnen fiscale eenheid, dit heeft voornamelijk betrekking op het voornemen tot herinvesteren en de aanwending van de herinvesteringsreserve. Omdat het in beginsel niet is toegestaan voor buitenlandse vennootschappen om met een binnenlandse moeder- of dochtermaatschappij een fiscale eenheid te vormen, is het daarom voor buitenlandse vennootschappen niet mogelijk om gebruik te maken van de voordeligere werking van de herinvesteringsreserve. Dit vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging.

Het voordeel dat ziet op het kunnen vormen van een herinvesteringsreserve kan niet worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, er is daarom sprake van strijdigheid met EU-recht.

Het voordeel dat ziet op het kunnen aanwenden van een herinvesteringsreserve wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven. De regeling gaat niet verder dan noodzakelijk, deze belemmering is dus niet in strijd met EU-recht.

7.3 Oplossingsrichtingen binnen het huidige fiscale eenheidsregime

Er zijn drie oplossingsrichtingen mogelijk om de strijdigheid met EU-recht van de uitwerking van bepaalde regelingen binnen fiscale eenheid weg nemen. Dit zijn de per elementbenadering, het

toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid en het wegnemen van het voordeel binnen fiscale eenheid.

Het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale eenheid is mijns inziens de beste oplossingsrichting. Nederland hoeft dan geen nieuw systeem te ontwikkelen, EU-groepsvennootschappen kunnen dan op dezelfde wijze worden behandeld als vaste inrichtingen waarop de objectvrijstelling van toepassing is. Zo wordt verliesimport in beginsel voorkomen maar kunnen belastingplichtigen wel gebruik maken van de andere voordelen van de fiscale eenheid. Een ander belangrijk voordeel is de verbetering van het fiscale vestigingsklimaat van Nederland, aangezien het vormen van een grensoverschrijdende fiscale eenheid voordelig kan zijn voor een belastingplichtige en het vormen daarvan (bijna) nergens ter wereld mogelijk is.

7.4 Alternatieven voor de fiscale eenheid

Er zijn drie alternatieven mogelijk voor het huidige fiscale eenheidsregime. Te weten de C(C)CTB, een alternatieve groepsregeling en het afschaffen van de fiscale eenheid.

Invoering van de C(C)CTB is mijns inziens het beste alternatief voor de huidige fiscale eenheid. Als de resultaten geconsolideerd worden is er sprake van een soort grensoverschrijdende fiscale eenheid binnen de hele EU. Dit zal het vestigingsklimaat van Europa zeer ten goede komen. Daarnaast kan Nederland gelijk afscheid nemen van de Wet VpB 1969.

7.5 Antwoord vraagstelling

Zoals aangegeven in paragraaf 7.1 staat in deze thesis de volgende vraagstelling centraal:

Zijn er elementen van de Nederlandse fiscale eenheid die in strijd zijn met het EU-recht en zo ja, hoe kan deze strijdigheid worden weggenomen?

De uitwerking van de renteaftrekbepalingen die zien op winstdrainage en deelnemingsrente, de houdsterverliesregeling en de inkrimpingstoets is in strijd met EU-recht. Hetzelfde geldt voor het in bepaalde gevallen kunnen vormen van een herinvesteringsreserve binnen fiscale eenheid.

Deze strijdigheden kunnen worden weggenomen binnen het fiscale eenheidsregime. Dit kan door toepassing van de per elementbenadering, het toestaan van een grensoverschrijdende fiscale

eenheid en het wegnemen van het voordeel binnen fiscale eenheid. Waarbij de grensoverschrijdende fiscale eenheid de voorkeur heeft.

Daarnaast zijn er ook alternatieven voor het fiscale eenheidsregime waarmee de strijdigheden worden weggenomen. Te weten de C(C)CTB, een alternatieve groepsregeling en het afschaffen van de fiscale eenheid. Waarbij de C(C)CTB de voorkeur heeft.

Literatuurlijst

Arresten Hof van Justitie

HvJ 18 september 2003, C-168/01, Bosal Holding, BNB 2003/344

HvJ 2 oktober 2003, C-147/01, V-N 2003/51.2

HvJ 13 december 2005, C-446/03, Marks & Spencer II, BNB 2006/72

HvJ 13 juli 2007, C-231/05, Oy AA, V-N 2007/57.13

HvJ 27 november 2008, C-418/07, Société Papillon, V-N 2008/59.20

HvJ 25 februari 2010, C-337/08, X Holding BNB, 2010/166

HvJ 21 februari 2013, C-123/11, A Oy

HvJ 12 juni 2014, C-39/13 t/m C41/13, SCA Group Holding e.a., BNB 2014/216

HvJ 17 juli 2014, C-48/13, Nordea Bank Danmark, V-N 2014/44.5

HvJ 3 februari 2015, C-172/13, Commissie/Verenigd Koninkrijk

HvJ 2 september 2015, C-386/14, Groupe Steria, BNB 2015/223

HvJ 6 oktober 2015, C-66/14, Finanzamt Linz

Arresten Hoge Raad

HR 11 maart 1953, 11 214, BNB 1953/119

HR 23 augustus 1995, 29 521, BNB 1996/3

HR 6 september 1995, 27 927, BNB 1996/4

HR 20 september 1995, 29 737, BNB 1996/5

HR 27 september 1995, 30 400, BNB 1996/6

HR 24 juni 2011, 09/05115, V-N 2011/32.11

Arresten overig

United Kingdom Supreme Court, 19 februari 2014, Revenue and Customs v Marks and Spencer plc, UKSC 11

Besluiten

Staatssecretaris van Financiën, Besluit van 16 december 2014, nr. BLKB2014/2137M

Staatssecretaris van Financiën, Besluit van 14 december 2010, nr. DGB2010/4620M

Brieven

Brief Staatssecretaris van Financiën van 6 juli 2015, nr. AFP/2015/536 U

Europese stukken

Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende een regeling voor het in rekening brengen door ondernemingen van de in verliezen van hun in andere Lid-Staten gevestigde vaste inrichtingen en dochterondernemingen, 24 januari 1991, COM(90) 595 def

Mededeling van de Europese Commissie betreffende het intrekken van voorstellen van de Commissie die niet meer actueel zijn, 21 december 2001, COM(2001)763 final/2

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 def

Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), 16 maart 2011, COM(2011) 121/4

Europese Commissie, 'Commission presents Action Plan for Fair and Efficient Corporate Taxation in the EU', 17 juni 2015

Kamerstukken

Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 3

Kamerstukken II 1999/2000, 27 209, nr. 3

Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8

Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 34

Kamerstukken II 2011/12, 33 287, nr. 3

Kamerstukken II 2015/16, 34 323, nr. 2

Literatuur

L. Berentsen, 'Europees Hof dreigt gat te slaan in Nederlandse winstbelasting', Het Financieele Dagblad 3 september 2015, p. 7

F.A. Engelen, 'De fiscale eenheid als dekmantel voor verboden discriminatie', NTFR 2012/102

P. Essers, 'Nederland moet de CCTB steunen', WFR 2015/1084

R. de Graaf, 'De houdsterverliesregeling versus de EU-verdragsvrijheden', WFR 2010/1108

E.J.W. Heithuis, 'Het einde van de fiscale eenheid VpB in zicht?', WFR, 2015/1136

E.J.W. Heithuis, 'Het einde van de fiscale eenheid VPB in zicht!', WFR 2015/1348

H. van den Hurk, 'Nederlands moet pas op de plaats maken met de (C)CCTB', WFR 2015/1085

B.J. Kiekebeld, commentaar bij HvJ 2 september 2015, C-386/14, Groupe Steria, NTFR 2015/2456

Q. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (2005)

J.J.A.M. Korving, Fiscale Praktijkreeks, Nr. 27, Europees Belastingrecht (2011)

J.J.A.M. Korving, Groupe Steria: hersenspinsels en hoofdbrekens, NTFR Beschouwingen 2015-35

J.J.A.M. Korving, 'X Holding na de objectvrijstelling: een achterhaald arrest?', WFR 2012/1140

O.C.R. Marres, Noot bij HvJ, 2 september 2015, C-386/14, Groupe Steria, BNB 2015/223

M. Muller, 'Houdbaarheid Nederlandse fiscale eenheid in gedrang!', TaxLive 3 september 2015

NDFR Deel Inkomstenbelasting

NDFR Deel Vennootschapsbelasting

E. Nijkeuter en M.F. de Wilde, 'Met de kennis van nu... (deel 1)', WFR 2013/138

A.W. Ravelli en A. Rozendal, 'De 'Marks & Spencer-uitzondering' nog altijd springlevend', WFR 2013/844

Redactie TaxLive, 'Fiscale grondslagharmenisatie binnen EU met mitsen en maren', TaxLive 5 juni 2015

Redactie Vakstudie, Fiscale Encyclopedie de Vakstudie, De Vakstudie Vennootschapsbelasting

Redactie Vakstudie, Fiscale Encyclopedie de Vakstudie, De Vakstudie Nederlands Internationaal belastingrecht

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Nederland moet "Papillon"-fiscale eenheid met (achter) kleindochtervennootschappen en zustervennootschappen toestaan volgens Hof van Justitie EU', V-N 2014/30.9

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Franse beperking op aftrek kosten buitenlandse deelnemingen volgens A-G in strijd met EU-recht', commentaar redactie V-N, V-N 2015/33.18

Redactie Vakstudie Nieuws, 'Reactie kabinet op actieplan vennootschapsbelastingstel van de Europese Commissie', V-N 2015/39.15

R. Russo, 'Evolutie: van vervangingsreserve naar herinvesteringsreserve', WFR 2000/1192

J.L. van de Streek en S.A.W.J. Stik, 'Grensoverschrijdende consolidatie: Het hart van de CCCTB', WFR 2011/1405

J. Vleggeert, Vennootschapsbelasting, Cursus belastingrecht, Deventer: Kluwer

R.J. de Vries, 'Fiscalisten. Hun "speeltjes" en het einde van de fiscale eenheid VPB is nog niet in zicht', WFR 2015/1344

P.J. Wattel, noot bij HvJ 13 december 2005, C-446/03, Marks & Spencer, II BNB 2006/72

D.M. Weber, An Analysis of the Past, Current and Future of the Coherence of the Tax System as Justification, EC Tax Review, Volume 24 issue 1

D.M. Weber, 'De per elementbenadering onder het fiscale-eenheidsregime nader bezien in het licht van Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak', WFR 2015/696

D.M. Weber, Europees belastingrecht, Cursus belastingrecht, Deventer: Kluwer