

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Nadruk verboden

Faculteit der Economische Wetenschappen

Masterscriptie



De fiscale eenheid

Een onderzoek vanuit een nationaal & EU-rechtelijk perspectief

Driss Noah Erahim

Studentnummer 307565

Masterscriptie Fiscale Economie

Examinator: mr. R.B.N. Van Ovost

Augustus 2016

Dankwoord

Na een zeer intensieve periode kan ik eindelijk de laatste hand leggen aan mijn masterscriptie ter afsluiting van de master fiscale economie. Voor u ligt (eindelijk!) mijn voltooide onderzoek naar het Nederlandse fiscale groepsregime waarin ik mij de afgelopen negen maanden heb vastgebeten. Dit was mij nooit gelukt zonder de hulp en toewijding van aantal personen die mij door het proces heen hebben geholpen. De heer van Ovost, dank u voor alle tijd die u voor mij genomen heeft waarin u mij begeleid, geïnspireerd en ondersteund heeft. Laura Pulgar, bedankt voor alle emotionele steun en je grenzeloze vertrouwen in mij op de momenten dat ik het even niet meer zag. Nick Slijkhuis, bedankt voor al je steun, je vertrouwen en het plezier wat wij samen hadden op de universiteit tijdens het schrijven van onze scripties. Dankzij jullie! In volle dankbaarheid.

Driss Noah

Inhoudsopgave

Afkortingenlijst.....	5
Hoofdstuk 1 Inleiding	7
§ 1.1 Aanleiding en onderzoeksdoelstelling	7
§ 1.2 Onderzoeksvraag	8
§ 1.3 Onderzoeksopzet	8
§ 1.4 Afbakening	9
Hoofdstuk 2 De wettelijke regeling.....	10
§ 2.1 Inleiding	10
§ 2.2 Het rechtskader	11
§ 2.3 De heffingsfictie	12
§ 2.3.1 De fictiebepaling	12
§ 2.3.2 Belastingplichtige versus lichaam	12
§ 2.3.3 Subjectieve belastingplicht	13
§ 2.3.4 De fiscale toerekening	13
§ 2.4 De voorwaarden	13
§ 2.5 Verhouding met de deelnemingsvrijstelling	21
§ 2.6 Status van de dochtermaatschappij.....	22
§ 2.6.1 Opgaan in jurisprudentie	23
§ 2.6.2 Eerste standaardarrest BNB 1956/132	23
§ 2.6.3 Tweede standaardarrest BNB 1988/220	25
§ 2.7 De herziening van 2003: van opgaan-in naar heffen-alsof	27
§ 2.8 Conclusie en bevindingen	28
Hoofdstuk 3 De ontstaansgeschiedenis van de fiscale eenheid	30
§ 3.1 Inleiding	30
§ 3.1.1 Deelvraag 2	30
§ 3.1.2 Hoofdstukindeling	31
§ 3.2 Fiscaal beleid in 19 ^e en begin 20 ^e eeuw.....	31
§ 3.2.1 Overzicht.....	31
§ 3.2.2 1 ^e Uitelingsbelasting: de Wet op het Patentregt	32
§ 3.2.3 2 ^e Uitelingsbelasting: de Wet op de Bedrijfsbelasting 1893.....	33
§ 3.2.4 3 ^e Uitelingsbelasting: de Wet op de Inkomstenbelasting 1914	34
§ 3.2.5 4 ^e Uitelingsbelasting: de Wet op de Dividend & Tantiëmebelasting 1917	35
§ 3.2.6 Tekortkomingen & aanleiding eerste winstbelasting.....	36

§ 3.2.7	Tussenconclusie	37
§ 3.3	Verschillen tussen een uitdelingsbelasting en een winstbelasting	38
§ 3.3.1	Het heffingsmoment	38
§ 3.3.2	De heffingsgrondslag	39
§ 3.3.3	Deelnemingsvrijstelling	41
§ 3.4	Het wetsontwerp Wet op de Winstbelasting 1940	41
§ 3.5	Alternatieve methoden	45
§ 3.6	Conclusie	46
Hoofdstuk 4	Het huidige fiscale eenheidregime	47
§ 4.1	Inleiding & deelvraag	47
§ 4.1.1	Hoofdstukindeling	47
§ 4.1.2	Inleiding	47
§ 4.1.3	Deelvraag 3	48
§ 4.2	De directe voordelen	48
§ 4.2.1	Horizontale verliesverrekening	48
§ 4.2.2	Eliminatie van intercompany-transacties	51
§ 4.2.3	De fiscale eenheid als reorganisatiefaciliteit	52
§ 4.2.4	Administratieverplichtingen	57
§ 4.3	De indirecte voordelen	58
§ 4.3.1	Aftrekbeperking deelnemingsrente ex. art. 13l Wet VpB	59
§ 4.3.2	Houdsterverliesregeling ex. art. 20, lid 4 t/m 6 Wet VpB	61
§ 4.4	Overnamerenteaftrekproblematiek	62
§ 4.4.1	Oneigenlijk gebruik van de fiscale eenheid	62
§ 4.4.2	Private equity en de ‘leveraged buyout’	63
§ 4.4.3	Fiscale consequenties en de rol van de fiscale eenheid	64
§ 4.4.4	Maatregelen tegen excessieve schuldfinanciering	65
§ 4.4.5	Het achterliggende probleem	67
§ 4.5	Economische grondslag van de Fiscale Eenheid	67
§ 4.5.1	De concerngedachte	67
§ 4.5.2	Het welvaartsbeginsel	68
§ 4.5.3	Het civielrechtelijke knelpunt	69
§ 4.5.4	Het concern	70
§ 4.5.5	Concernfaciliteiten	71
§ 4.6	Conclusie en beantwoording van de deelvraag	75

Hoofdstuk 5	EU-recht	77
§ 5.1	Inleiding	77
§ 5.1.1	Deelvraag	78
§ 5.1.2	Hoofdstukindeling	78
§ 5.2	Achtergrond van het EU-recht	78
§ 5.3	Bronnen en werking van het EU-recht	79
§ 5.3.1	Het primaire EU-recht	80
§ 5.3.2	Secundair EU-recht	82
§ 5.3.3	Soft law	83
§ 5.4	EU-recht en de directe belastingen	83
§ 5.4.1	De interne markt	84
§ 5.4.2	De vrije verkeersbepalingen	85
§ 5.4.3	Vrijheid van vestiging	87
§ 5.5	Toetsingskader HvJ EU	91
§ 5.6	Kern EU-jurisprudentie fiscale eenheid	94
§ 5.6.1	X Holding (februari 2010)	94
§ 5.6.2	C SA Group Holding (juni 2014)	95
§ 5.6.3	HvJ Groupe Steria SCA (September 2015)	99
§ 5.6.4	Finanzamt Linz (Oktober 2015)	106
§ 5.7	Conclusie per-element benadering	109
Hoofdstuk 6	Samenvatting en conclusie	111
Literatuurlijst		114

Afkortingenlijst

ACS	Aruba, Curaçao en Sint-Maarten
A-G	Advocaat-Generaal
AG	Aktiengesellschaft
AMvB	Algemene maatregel van bestuur
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWR	Algemene wet inzake Rijksbelastingen
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BES	Bonaire, Sint-Eustatius, Saba
Bfe	Besluit fiscale eenheid 2010
bg.t	Bijgewerkt tot
BNB	Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak
BRK	Belastingregeling voor het Koninkrijk
BTW	Belasting over de toegevoegde waarde
BRN	Belastingregeling voor het land Nederland
BV	Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BVDB	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
BW	Burgerlijk Wetboek
CGI	Code Général des Impôts
C.V.	Commanditaire vennootschap
CCCTB	Comon Consolidated Corporate Tax Base
EC	Europese Commissie
ECLI	European Case Law Identifier
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EGKS	Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal
EU	Europese Unie
DGA	Directeur-groootaandeelhouder
GKG	Goed koopmansgebruik
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GREIT	Group for Research on European and International Taxation
HFM	Houdster- & financieringsmaatschappij
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
LBO	Leveraged buyout
MKB	Midden- & kleinbedrijf
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen

MvA	Memorie van Antwoord
NTFR	Nederland Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NvW	Nota van Wijziging
N.V.	Naamloze Vennootschap
NV	Nota naar aanleiding van het Verslag
OESO	Organisatie van economische samenwerking en ontwikkeling
OJEU	Official Journal of the European Union
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
r.o.	Rechtsoverweging
RvS	Raad van State
Stb.	Staatsblad
VEU	Verdrag van de Europese Unie
WEV	Waarde in het economische verkeer
Vo.	Verordening
VI	vaste inrichting
V-N	Vakstudie Nieuws
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet IB	Wet Inkomstenbelasting 2001
Wet VpB	Wet Vennootschapsbelasting 1969
WB	Besluit Winstbelasting 1940
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

Hoofdstuk 1 Inleiding

§ 1.1 Aanleiding en onderzoeksdoelstelling

De fiscale-eenheidregeling van art. 15 Wet VpB is het Nederlandse groepsregime waarmee samenwerkende groepsvennootschappen materieel als één subjectieve eenheid in de heffing kunnen worden betrokken. De tekst in art. 15, lid 1 Wet VpB luidt dat van hen (de groepsvennootschappen) de belasting wordt geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige. Het eenheidsprincipe wordt fiscaal tot uitdrukking gebracht door het hoofd van de groep de totale groepsbelastingplicht op zich te laten nemen. Dit is een opmerkelijk mechanisme. Te meer omdat (mijn inziens) belastingwetgeving een materieel uitgangspunt dient te hebben. Hiermee wordt bedoeld dat belastingwetgeving *nauw* dient aan te sluiten op het doel dat die de specifieke belastingregeling voor ogen heeft. Belastingheffing dient zo veel mogelijk eenvoudig en ‘to the point’ te zijn. Zo een onmiskenbaar ‘to the point’-doel van de fiscale eenheid is dat groepsverliezen horizontaal kunnen worden verrekend. De vraag is dan waarom de wetgever dit specifieke doel niet als zodanig, dus als een *directe* verliesverrekeningsfaciliteit, in de wet heeft opgenomen. Deze vraagstelling dient als eerste aanleiding om te onderzoeken op basis van welke historische gronden de wetgever de fiscale-eenheidregeling heeft ingevoerd. Het doel is om uiteindelijk te komen tot een beoordeling van de doelmatigheid van de regeling.

Een tweede aanleiding vormt de stormachtige ontwikkeling in het EU-recht die voor de Nederlandse wetgever de verkeerde kant lijkt uit te gaan. In het door het HvJ EU recentelijk gewezen arrest *Groupe Steria* (zaak C-386/14) lijkt het HvJ EU namelijk, voor de EU-rechtelijke toetsbaarheid van een groepsregeling, door die regeling heen te kijken. Deze transparantie lijkt tot gevolg te hebben dat alle voordelen die verband houden met het toepassen van een groepsregeling, individueel kunnen worden getoetst aan het EU-recht. Bij een gebrek aan kwalificerende rechtvaardigingsgronden heeft dit tot gevolg hebben dat de Nederlandse wetgever verplicht wordt de fiscale-eenheidvoordelen ‘per element’ rechtstreeks aan kwalificerende¹ grensoverschrijdende groepen te verlenen. Hiermee zou de eerdere HvJ EU-uitspraak inzake *X Holding* (zaak C-337/08) materieel achterhaald zijn waardoor vraagtekens kunnen worden gezet bij de EU-rechtelijke houdbaarheid van het huidige fiscale eenheid regime.

Bovenstaande twee overwegingen hebben mij er toe bewogen een onderzoek te doen naar de houdbaarheid van het huidige fiscale-eenheidregime. Deze houdbaarheid wordt getoetst vanuit twee perspectieven: een nationaal en EU-rechtelijk perspectief.

¹ Een kwalificerende grensoverschrijdende groep is een groep die als ingezetene groep recht zou hebben gehad op toepassing van het fiscale-eenheidregime.

§ 1.2 Onderzoeksvraag

Teneinde de houdbaarheid van het huidige fiscale-eenheidregime integraal toetsen is de volgende hoofdvraag geformuleerd:

Is het huidige groepsregime van art. 15 Wet VpB wenselijk om in stand te houden gezien de sterk veranderde economische realiteit sinds het oorspronkelijke wetsontwerp in 1940 en de mogelijke onverwachte impact van het EU-recht?

§ 1.2.1 Toetsingscriteria

De hoofdvraag kan worden onderverdeeld in drie elementaire onderdelen die de toetsingscriteria vormen waarmee de hoofdvraag zal worden beantwoord. Deze onderdelen omvatten:

1. een rechtshistorisch perspectief;
2. een doelmatigheidstoets (van de werking van de groepsregeling), en;
3. de grenzen die het EU-recht oplegt; het EU-rechtelijke toetsingskader.

§ 1.2.2 Methode van onderzoek

Het onderzoek is gebaseerd op een literatuurstudie, de jurisprudentie van de Nederlandse rechtscolleges en van het HvJ van de Europese Unie en parlementaire stukken.

§ 1.3 Onderzoeksopzet

De onderzoeksvraag is ingedeeld in vier deelvragen die ieder per hoofdstuk zullen worden beantwoord. Aan de hand van de onderzoeksbevindingen wordt in het laatste hoofdstuk het onderzoek geïmplementeerd met een aanbeveling.

§ 1.3.1 Deelvraag 1: het historische perspectief

Wat houdt een fiscale eenheid in en wat is de juridische uitwerking hiervan?

Met deze vraag zal in hoofdstuk 2 de juridische werking van het fiscale-eenheidregime worden uiteengezet. Het hoofdstuk dient als een algemene basis voor de rest van het onderzoek. In de hoofdstuk zal de eveneens de complexiteit van de regeling tot uitdrukking komen door het signaleren van een aantal essentiële knelpunten.

§ 1.3.2 Deelvraag 2: het historische perspectief

Wat is de historische grondslag van de fiscale eenheid en vormt het fictiemechanisme van art. 15 Wet VpB hier de beste oplossing voor?

Met deze vraag zal in hoofdstuk 3 worden onderzocht waarom de fiscale-eenheidregeling is ontstaan en in hoeverre deze regeling een juiste oplossing vormt voor het fiscaal faciliteren van groepen.

§ 1.3.3 Deelvraag 3: het nationale perspectief

Wat is de materiële uitwerking van de fiscale eenheid voor binnenlandse groepen en in hoeverre levert de groepsregeling ook voordelen op als gevolg van een samenloop met andere VpB-regelingen of het kunnen ontlopen hiervan, en zijn deze gevolgen wenselijk vanuit de economische grondslag van de fiscale eenheid?

Deze vraag zal in hoofdstuk 4 worden beantwoord. De bedoeling is uiteen te zetten wat de *primaire* (beoogde) én *secundaire* (niet-beoogde) *voordelen* zijn van de fiscale eenheid en in hoeverre het vanuit het welvaartsbeginsel noodzakelijk is dat deze groepsvoordelen, bedoeld of onbedoeld, worden gefaciliteerd. Ten aanzien van de secundaire voordelen moet worden gedacht aan de gevolgen die het fictiemechanisme heeft voor andere wetsbepalingen binnen de Wet VpB. Door toepassing van een fiscale eenheid kunnen binnenlandse groepen namelijk bijvoorbeeld de ongunstige uitwerking van art. 131 Wet VpB (aftrekbeperking van deelnemingsrente) of van art. 20 lid 4 Wet VpB (houdsterverliesregeling) voorkomen. Vervolgens kan dan de vraag worden beantwoord of deze secundaire voordelen wenselijk zijn vanuit de doelstelling van de groepsregeling.

§ 1.3.4 Deelvraag 4: het EU-rechtelijke perspectief

Welke invloed heeft het EU-recht op de fiscale-eenheidregeling in grensoverschrijdend verband en is de regeling hierdoor nog houdbaar?

Deze vraag zal worden behandeld in hoofdstuk 5. De fiscale eenheid is ontstaan vanuit de behoefte voor een nationale groepsregeling maar inmiddels kan worden vastgesteld dat het EU-recht stringente eisen stelt aan de uitwerking van de regeling in grensoverschrijdend EU-verband. In dit hoofdstuk zal daarom worden onderzocht waarom, en op welke wijze, het EU-recht grenzen stelt aan het fiscale-eenheidregime en of hierdoor een nieuw regime zou moeten worden overwogen door de Nederlandse wetgever. In het bijzonder zal aandacht worden besteed aan de meest recente jurisprudentie in o.a. het arrest *Groupe Steria* (C-386/14) en de *per-element-benadering* die hieruit volgt.

§ 1.4 Afbakening

- Omwille de omvang van dit onderzoek zal geen behandeling volgen van de uitwerking van het wetsvoorstel Wet aanpassing fiscale eenheid naar aanleiding van het HvJ EU arrest *Papillon* (zaak C-418/07) op grond waarvan zustersvennootschappen en een moederkleindochtervennootschap een fiscale eenheid mogen vormen.
- Het EU-recht wordt beperkt behandeld in zoverre dat niet zal worden ingegaan op de territoriale reikwijdte van het EU-recht (de UPG's en LGO's) en het vrije verkeer van goederen, diensten en kapitaal & betalingsverkeer.
- De HvJ EU-arresten inzake grensoverschrijdende verliesverrekening zullen niet specifiek worden behandeld. De fiscale eenheid en grensoverschrijdende verliesverrekening worden in

de Nederlandse vakliteratuur vaak onder een leerstuk gebracht. Ik wens hier een onderscheid in aan te brengen in zoverre dat in de betreffende HvJ EU-arresten (o.a. Mars & Spencer en Oy AA) sprake is van een situatie waarin een groepsdeel eindverliezen heeft die door een territoriale afbakening niet tot uitdrukking komen. Een groepsregeling is daarentegen in de kern gebaseerd op horizontale verliesverrekening bij continuïteit van de gehele groep.

- In dit onderzoek zal eveneens niet worden ingegaan op de reikwijdte van de fiscale eenheid met betrekking tot overheidslichamen.

Hoofdstuk 2 De wettelijke regeling

§ 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de wettelijke regeling van de fiscale eenheid worden behandeld. Dit zal worden gedaan door een behandeling van het fictiemechanisme waarmee de fiscale eenheid tot stand wordt gebracht en de afbakeningsvoorwaarden die hier voor gelden. Om een beter begrip te krijgen van de regeling zal vervolgens worden ingegaan op A) de wijze waarop de fiscale eenheid en de deelnemingsvrijstelling zich tot elkaar verhouden en B) de gevolgen die het fictiemechanisme heeft voor de subjectieve belastingplicht van de gevoegde dochtermaatschappij. Het doel is uiteindelijk de fiscale eenheid als *concept* of *instituut* te duiden zonder dat nog specifiek wordt ingegaan op de beoogde gevolgen van de regeling.

§ 2.2 Deelvraag 1

Wat houdt een fiscale eenheid in en wat is de juridische uitwerking hiervan?

§ 2.2.1 Hoofdstukindeling

Om een volledig beeld te krijgen van de fiscale-eenheidregeling zullen de volgende onderwerpen worden behandeld.

- § 2.2: een uiteenzetting van het rechtskader
- § 2.3: de heffingsfictie waarmee de regeling wordt geëffectueerd
- § 2.4: de afbakeningsvoorwaarden van de regeling
- § 2.5: verhouding tot de deelnemingsvrijstelling
- § 2.6: opgaan-in/heffen-alsof-jurisprudentie
- § 2.7: de herziening van 2003: van opgaan-in naar heffen-alsof

§ 2.2 Het rechtskader

§ 2.2.1 De wettelijke basis

De fiscale eenheid is geregeld in afdeling 2.9 van de Wet VpB en omvat in totaal 12 wetsartikelen: artikelen 15, 15aa, 15ab, 15ac, 15ad, 15ae, 15af, 15ag, 15ah, 15ai, 15aj en 15a. De kern van de regeling is echter geregeld in artikel 15, lid 1, Wet VpB waarin het concept van de fiscale eenheid als fictie is beschreven.

§ 2.2.2 De AMvB: Het Besluit fiscale eenheid 2003²

Een significant deel van de regeling is niet wettelijk vastgesteld maar krachtens de algemene maatregel van bestuur in artikel 15, lid 4, Wet VpB geregeld in het veel omvangrijkere besluit fiscale eenheid 2003 (hierna: ‘Bfe 2003’). Het Bfe 2003 telt maar liefst 55 artikelen. Een AMvB is een uitvoeringsbesluit waarvan de vaststelling geschiedt bij Koninklijk Besluit³. In tegenstelling tot grondwettelijke hoofdregel waarmee de bevoegdheid tot het vaststellen van wetten exclusief is toebedeeld aan de Staten-Generaal, vormt een AMvB hierop een uitzondering doordat in zoverre de wetgevingsbevoegdheid rechtstreeks, dus zonder tussenkomst van de Staten-Generaal, is toegekend aan de regering⁴. Voor het Bfe 2003 is deze delegatiebevoegdheid neergelegd in artikel 15, lid 4 Wet VpB. Doordat een AMvB in zoverre niet democratisch tot stand is gekomen, maar wel de kracht van wet heeft, is het noodzakelijk dat de in de AMvB opgenomen maatregelen binnen de gegeven delegatiebevoegdheid vallen. Dit betekent dat wanneer een belastingplichtige rechtens van mening is dat een bepaling binnen het Bfe 2003 buiten de delegatiebevoegdheid van de minister valt, de belastingplichtige de rechtsgeldigheid van deze bepaling door de rechter kan laten toetsen⁵. Indien de belastingplichtige door de rechter in het gelijk wordt gesteld, betekent dit dat de betreffende bepaling door de rechter onverbindend kan worden verklaard. Tot op heden heeft zich nog geen jurisprudentie voorgedaan waarin een bepaling in het Bfe 2003 door de rechter onverbindend is verklaard.

§ 2.2.3 Beleidsregels: Besluit Fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting 2010⁶

Naast de bovengenoemde wettelijke bepalingen bestaat ook de mogelijkheid dat nadere niet-verbindende voorschriften worden vastgesteld in het geval de wettelijke regelgeving onvoldoende duidelijkheid verschaft⁷. Deze voorschriften worden door het betreffende bestuursorgaan, de Belastingdienst, op grond van artikel 1:3 lid 4 Awb in de vorm van beleidsregels *bij besluit*

² Besluit van 17 december, houdende vaststelling van het Besluit fiscale eenheid 2003, *Stb.* 2002, 646.

³ Artikel 89, lid 1, Grondwet.

⁴ Bovend'Eert, Broeksteeg, Kortmann, Vermeulen, *Constitutioneel recht*, 7^e druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 329.

⁵ Op grond van artikel 120 van de Grondwet kunnen wetten daarentegen niet worden getoetst door een rechter. Deze gedachte berust op de trias politica; de deling der machten.

⁶ Stcrt. 2010, 20684 (uitgifte: 22-12-2010, regelingnummer: DGB2010/4620M) .

⁷ P.G.M. Jansen, *Beginnelsen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Fiscale & financiële uitgevers 2006, p.29.

vastgesteld. Deze beleidsbesluiten vormen een standpuntbepaling van de Belastingdienst als uitvoerend orgaan en worden beheerst door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur⁸. Belastingplichtigen kunnen hierdoor op grond van het vertrouwensbeginsel rechten ontlenen aan de wetsuitleg die in het beleidsbesluit is gegeven.

Ten aanzien van de fiscale eenheid is door de Directoraat-Generaal van de Belastingdienst het Besluit fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting 2010 DGB2010/4620M vastgelegd. Dit besluit is per 16 december 2014 door de Staatsecretaris van Financiën gewijzigd met het Besluit BLK2014/2137M, het zogenaamde Papillonbesluit om tegemoet te komen aan EU-rechtelijke verplichtingen.

§ 2.3 De heffingsfictie

§ 2.3.1 De fictiebepaling

De kern van de fiscale eenheid is geregeld in art. 15, lid 1 Wet VpB (bewerking van mijn hand):

“Ingeval van een belastingplichtige (moedermaatschappij) de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95 percent van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een andere belastingplichtige (dochtermaatschappij) ...wordt (...) de belasting van hen geheven alsof er één belastingplichtige is”.

De kern van de bepaling is dus dat de belasting van de groep wordt geheven alsof er sprake is van één belastingplichtige. De fiscale eenheid is wat betreft de systematiek dus een vrij eenvoudige regeling. De fiscale eenheid komt tot stand door in kwalificerende moeder-dochterverhoudingen te doen ‘alsof’ sprake is van één belastingplichtige en is hierdoor gebaseerd op de non-existentie van relaties tussen de moeder en gevoegde dochtermaatschappij. Deze fictie vormt hiermee formeelrechtelijk dan ook geen inbreuk op de hoofdregel in art. 1 Wet VpB dat lichamen zelfstandig in de heffing worden betrokken.

§ 2.3.2 Belastingplichtige versus lichaam

De fiscale eenheid is een eenheid tussen *belastingplichtigen*. Deze subjectduiding is voor de Wet VpB van significant belang. Wanneer namelijk binnen de Wet VpB een wetsartikel voor de werking aanknoopt bij het *lichaam*, betekent dit dat voor het betreffende wetsartikel de fiscale-eenheidsfictie geen werking heeft. Dit is onder andere het geval voor:

- de verrekenbaarheid van voorvoegingsverliezen;
- transfer pricing (ex. art. 8b Wet VpB);
- winstdrainage door renteaftrek (art. 10a Wet VpB).

⁸ P.G.M. Jansen, *Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Fiscale & financiële uitgevers 2006, p.13.

§ 2.3.3 Subjectieve belastingplicht

De subjectduiding als ‘*belastingplichtige*’ in art. 15, lid 1 Wet VpB heeft ook tot gevolg dat alleen lichamen die subjectief belastingplichtig zijn onderdeel uit kunnen maken van een fiscale eenheid. Wanneer (om welke reden dan ook) een lichaam niet meer subjectief belastingplichtig is, wordt ten aanzien van dat lichaam de fiscale eenheid verbroken. In het beleidsbesluit DGB2010/4620M is bovendien toegelicht dat de fiscale eenheid ook wordt verbroken wanneer een lichaam op grond van artikel 5 Wet VpB subjectief wordt vrijgesteld⁹.

§ 2.3.4 De fiscale toerekening

In artikel 15, eerste lid Wet VpB geeft de wetgever ook aan hoe de heffing-alsof-systematiek moet worden geïnterpreteerd. In het artikel wordt aangegeven dat de heffing-alsof-systematiek tot gevolg heeft dat “*de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij onderdeel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij*”. In de literatuur wordt dit de zogenaamde toerekeningsfictie genoemd¹⁰. De manier waarop de fiscale consolidatie plaats moet vinden heeft de wetgever uitgewerkt in artikel 6 en 9 van het Bfe 2003. Artikel 6, lid 2, tweede volzin van het Bfe 2003 schrijft voor dat op het moment van de voeging de moeder en dochtermaatschappij een vermogensopstelling opmaken waarbij de activa en passiva worden gewaardeerd naar de WEV. Artikel 9 van het Bfe 2003 schrijft vervolgens voor dat de *lichamen* ieder de eigen gedragslijn dienen voort te zetten. Het aangaan van de fiscale eenheid kan als zodanig dus nooit tot een realisatiemoment leiden¹¹.

Het karakter van de fiscale toerekening wordt in de literatuur vaak bestempeld als een fictieve fusie¹². Er wordt immers belasting geheven van de combinatie *alsof* de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij zijn gefuseerd. Deze zienswijze komt het meest dicht bij de werking van de fiscale toerekening maar is strikt genomen onjuist. Wat bij de fiscale toerekening feitelijk gebeurt is dat gehele belastingobject van de dochtermaatschappij wordt overgebracht naar de moedermaatschappij. De gevoegde dochtermaatschappij blijft vervolgens achter als een lege huls. Het is dan ook niet helemaal juist om te spreken van het *gevoegd* zijn van de dochtermaatschappij. De dochtermaatschappij blijft immers als subject buiten de fiscale eenheid voortbestaan.

§ 2.4 De voorwaarden

⁹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 14 december 2010, DGB2010/4620M, paragraaf 2.2 nr. DGB2010/4620M, BNB 2011/63 (V-N2011/3.20).

¹⁰ S.A.W. Strik, *Cursus Belastingrecht Archief*, Vpb.2.9.1.B.b1 Inleiding, 2013.

¹¹ Stel bijvoorbeeld dat de moeder en dochtermaatschappij op hun balans een zelfde soort voorraad hebben maar deze ieder waarden tegen een andere grondslag dan blijft dit verschil voortbestaan.

¹² A.J. van Soest, *De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (art. 15 Wet VpB 1969)*. Handeseditie proefschrift Tilburg, FED Deventer, 1983, 207 (vindplaats: DJ/2638).

Om de regeling toe te kunnen passen dient cumulatief te worden voldaan aan zeven voorwaarden¹³.

<u>Voorwaarden:</u>	<u>Wet VpB 1969</u>
1. Het gezamenlijke verzoek	(art. 15, lid 1)
2. Tenminste 95% aandelenbezit	(art. 15, lid 1)
3. Gelijklopende tijdvakken	(art. 15, lid 3, onderdeel a)
4. Dezelfde winstbepalingsregels	(art. 15, lid 3, onderdeel b)
5. In Nederland gevestigd zijn	(art. 15, lid 3, onderdeel c)
6. Specifieke rechtsvormen voor:	
a. de moedermaatschappij	(art. 15, lid 3, onderdeel d)
b. de dochtermaatschappij	(art. 15, lid 3, onderdeel e)
7. Niet ter-beleggingseis	(art. 15, lid 3, onderdeel f)

Het gezamenlijke verzoek (voorwaarde 1) en de gelijk lopende tijdvakken (voorwaarde 3) zijn voorwaarden die administratief van aard zijn en zullen daarom niet verder worden behandeld. Voorwaarde 4 ziet op andersoortige winstregimes die bijvoorbeeld gelden voor verzekeraars, coöperaties en beleggingsinstellingen. Voor deze bijzondere instellingen gelden andere winstbepalingsregels en gelden bijzondere aanvullende regels waar verder niet op zal worden ingegaan.

§ 2.4.1 De rechtsvormen

Ten aanzien van de moeder- en dochtermaatschappij gelden verschillende rechtsvormen.

§ 2.4.1.1 Rechtsvormen moedermaatschappij:

De toegelaten rechtsvormen voor de moedermaatschappij kunnen worden ingedeeld in lichamen die naar Nederlands en naar vreemd recht zijn opgericht.

§ 2.4.1.1.1 Nationaal recht

Ten aanzien van de moedermaatschappij kwalificeren de lichamen die specifiek zijn genoemd in art. 15, lid 3, onderdeel d Wet VpB: de *NV*, *BV*, *coöperatie*, *onderlinge waarborgmaatschappij* of een belastingplichtige als bedoeld in artikel 2, lid 1 onderdeel d, Wet VpB: de *woningbouwvereniging* of de *woningbouwstichting*. Kenmerkend element hiermee is dat de wetgever de subjectieve reikwijdte van het kwalificerende moederschap van een fiscale eenheid, beperkt heeft tot lichamen die *onbeperkt* belastingplichtig zijn. De gewone stichting en vereniging (anders dan een op grond van art. 2, lid, onderdeel d Wet VpB kwalificerende woningbouwvereniging of –stichting) kunnen dus, kennelijk

¹³ S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht*, VpB.2.9.2 Zeven wettelijke vereisten inzake de fiscale eenheid (art.15).

door het hybride karakter van hun subjectieve belastingplicht, niet als moedermaatschappij onderdeel uit maken van een fiscale eenheid¹⁴. De verklaring waarom de woningbouwstichting en –vereniging wel zijn toegestaan kan daarom ook logischerwijs worden gevonden in de integrale belastingplicht die voor deze lichamen sinds 1 januari 2008 geldt¹⁵. De open C.V. valt, kennelijk op basis van hetzelfde grond, eveneens buiten de lijst van toegestane rechtsvormen.

§ 2.4.1.1.2 *Vreemd recht*

Ook lichamen die naar vreemd recht zijn opgericht maar wel in Nederland zijn gevestigd (de territoriale afbakening wordt in §2.4.3 besproken) kwalificeren als toegestane rechtsvorm. Deze lijst is echter beperkt tot lichamen die zijn opgericht naar het geldende recht van:

1. een van de BES of ACS-eilanden;
2. een EU-lidstaat;
3. een verdragsland voor zover het betreffende verdrag ter voorkoming van dubbele belasting (hierna: “het belastingverdrag”) voorziet in een discriminatieverbod naar nationaliteit¹⁶.

Aanvullen is logischerwijs wel vereist dat deze vreemdrechtelijke rechtspersonen naar aard en inrichting vergelijkbaar zijn met de toegelaten Nederlandse rechtsvormen. Dat ‘niet naar Nederlands recht opgerichte lichamen’ deel uit kunnen maken van een fiscale eenheid is in eerste instantie echter niet de bedoeling geweest van de wetgever. In 1994 oordeelde de HR in BNB 1994/51¹⁷ namelijk dat het uitsluiten van naar vreemd recht opgerichte lichamen voor de toepassing van de fiscale eenheid in strijd was met het non-discriminatie-artikel in het toenmalige BRK.

§ 2.4.1.2 *Rechtsvormen dochtermaatschappij*

Voor de dochtermaatschappij kwalificeren dezelfde rechtsvormen die zijn toegestaan als moedermaatschappij (§ 2.4.1.1 en § 2.4.1.2) *met uitzondering van*: de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de woningbouwvereniging en -stichting. In zoverre geldt voor de dochtermaatschappij dus een beperktere kring van kwalificerende rechtsvormen. Deze beperking laat zich eenvoudig verklaren doordat deze lichamen geen in aandelen verdeeld kapitaal hebben.

§ 2.4.2 **Bezitsvereiste (95% van de aandelen)**

Op grond van artikel 15, lid 1 Wet VpB is met betrekking tot het aandelenbezit vereist dat de moedermaatschappij zowel het *juridische* als *economische* eigendom bezit van *tenminste 95% van de aandelen* in het nominaal gestorte kapitaal van de dochtermaatschappij. Een middellijk bezit

¹⁴ Op grond van art. 2, lid 1, onderdeel e, Wet VpB zijn zij immers subjectief belastingplichtig *voor zover* zij een onderneming drijven.

¹⁵ Sinds 1 januari 2008 zijn woningcorporaties integraal belastingplichtig geworden op grond van art. 2, lid 1, onderdeel d, Wet VpB. En de aanpassing hierop de fiscale eenheidregeling: MvT (Belastingplan 2008) Kamerstukken II 2007/08 31205, nr. 9, p. 71.

¹⁶ Zie artikel 15, lid 3, Wet VpB.

¹⁷ HR 16 maart 1994, nr 27 764, BNB 1994/191 (Antilliaanse fiscale-eenheid dochter).

kwalificeert eveneens op grond van het tweede lid van artikel 15 Wet VpB, voor zover de tussenmaatschappij(en) eveneens onderdeel uitmaken van dezelfde fiscale eenheid. Dit betekent dat een fiscale eenheid uit een onbeperkt aantal lichamen kan bestaan.

§ 2.4.2.1 *Economisch eigendom en putopties*

Ten aanzien van het economische eigendom bestaan twee mogelijke interpretaties die tot discussie kunnen leiden¹⁸: 1) dient de moedermaatschappij het economische eigendom voor de volle 100% te bezitten van tenminste 95% van de aandelen. Of volstaat: 2) het bezit van het economische eigendom ter grootte van 95% van het totale economische eigendom?

	<i>Economisch eigendom</i>	<i>van welke grondslag?</i>	
Uitleg 1	100%	van elk individueel aandeel	alleen volwaardige aandelen tellen mee
Uitleg 2	95%	van het totale economische eigendom	‘overall-persepective’

Uitleg 1 in het bovenstaande schema geeft een nauwere uitleg van het bezitseis. Deze uitleg vereist immers dat het volledige economische eigendom van elk aandeel in het bezit is van de moedermaatschappij. Een gedeeltelijke overdracht van het economische eigendom, tot maximaal 5% van het totale economische eigendom, is op grond van deze uitleg dan ook niet mogelijk. De HR heeft deze vraag recentelijk beantwoord in HR 17 april 2015, 14/00486¹⁹ met de eerste uitleg. In casu leidde een putoptie van de moedermaatschappij op de aandelen in de gevoegde dochtermaatschappij, waarvan de Inspecteur niet op de hoogte was gesteld, tot een fiscale eenheid die niet rechtsgeldig tot stand was gekomen, ondanks dat de Inspecteur, op basis van de onvolledige informatie een fiscale-eenheidbeschikking had afgegeven. De wetgever heeft verdere discussie willen voorkomen door in het bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakte wetsvoorstel ‘Aanpassing fiscale eenheid’²⁰ voor te stellen ‘gehele’ aan de wettekst toe te voegen. Hiermee sluit de wetgever dus ook aan bij ‘uitleg 1’.

Artikel 15, lid 1, eerste volzin, Wet VpB:

Huidige tekst: “Ingeval (...) de juridische en economische eigendom bezit van (...)”

Nieuwe tekst: “Ingeval (...) de gehele juridische en economische eigendom bezit van (...)”

§ 2.4.2.2 *Informeel kapitaal*

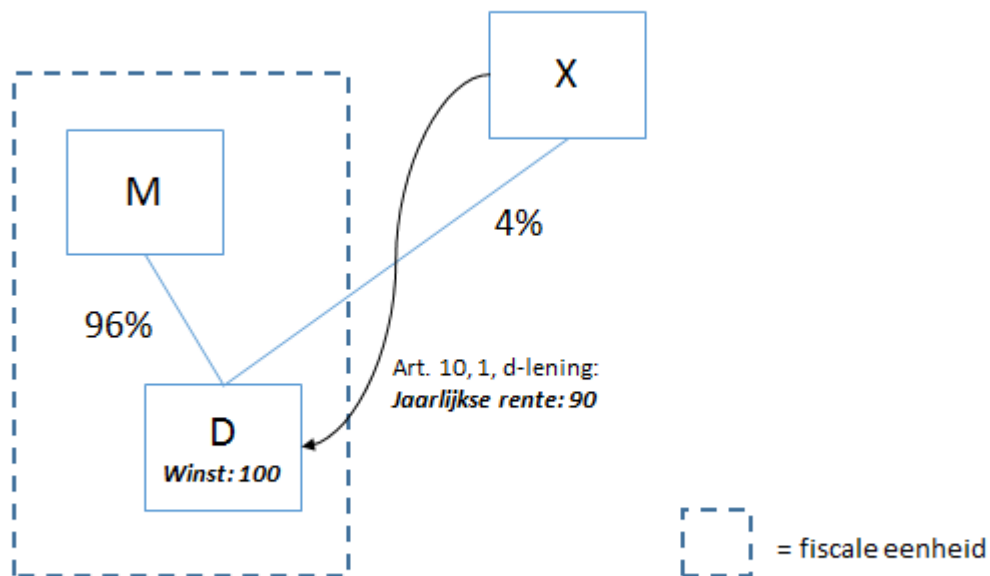
De bezitseis beperkt zich wat betreft het *soort* kapitaal alleen tot het nominale gestorte kapitaal wat ook wel het formele kapitaal wordt genoemd. Dit betekent dat de wetgever het kennelijk niet noodzakelijk heeft geacht rekening te houden met het eventuele informele kapitaal wat mijn inziens

¹⁸ M.J. Boer, ‘Economisch eigendom voor de fiscale eenheid VpB: 95% waarvan?’ NTFR beschouwingen van 13 december 2015, 2015/13, Hoge Raad 17 april 2015, 1400486, ECLI:NL:HR:2015:962.

¹⁹ NTFR beschouwingen van 13 december 2015, 2015/13, M.J. Boer, *Economisch eigendom voor de fiscale eenheid VpB: 95% waarvan?* Hoge Raad 17 april 2015, 1400486, ECLI:NL:HR:2015:962.

²⁰ Kamerstukken II, 2015/16, 34 323, nr. 2, (onderdeel ‘G’).

een belangrijke tekortkoming is. Het toepassen van de fiscale eenheid vereist namelijk dat de moedermaatschappij tenminste 95% van het economische en juridische eigendom bezit in de dochtermaatschappij. Wanneer, een andere partij dan de moedermaatschappij, een informele kapitaalstorting verstrekt aan een gevoegde dochtermaatschappij, kan dit betekenen materieel dat niet wordt voldaan aan het vereiste dat de moedermaatschappij tenminste 95% van het economische eigendom in de dochtermaatschappij moet bezitten. Ter illustratie het volgende voorbeeld: M BV bezit 96% van de aandelen bezit in D BV. X BV bezit 4% van de aandelen in D BV. M BV en D BV vormen een fiscale eenheid. Stel dat X BV een lening heeft verstrekt aan D BV die op grond van art. 10, lid 1, onderdeel d, Wet VpB naar kapitaal is geherkwalificeerd. Deze lening functioneert dus fiscaal op informele wijze als kapitaal.



Stel dat de jaarlijkse winstcapaciteit van D BV 100 bedraagt en jaarlijks 90% hiervan als vergoeding wordt uitgekeerd aan X BV. Dan voldoet M BV *materieel* niet aan het vereiste dat zij 95% van het economische eigendom bezit in D BV. De jaarlijkse winstcapaciteit van D BV wordt immers grotendeels uitgehold door de vergoeding op de informele kapitaalverstrekking. Financieringsinstrumenten die fiscaalrechtelijk als kapitaal worden gekwalificeerd zouden mijn inziens daarom mee moeten worden genomen in de kapitaalgrondslag van de 95%-bezitseis. Zij maken immers materieel (de substance over form-gedachte) deel uit van het totale economische eigendom.

§ 2.4.3 In Nederland gevestigde lichamen

Naast de rechtsvormen is vereist dat de lichamen die deel uit wensen te maken van een fiscale eenheid zijn gevestigd in Nederland. Onder *Nederland* wordt op grond van artikel 2, lid 3, onderdeel d, sub 3, AWR, het in Europa gelegen deel van Nederland begrepen. De BES-eilanden die als bijzondere gemeenten deel uit maken het land Nederland vallen hiermee buiten het toepassingsbereik van de fiscale eenheid²¹. Waar een lichaam is gevestigd wordt op grond van artikel 4 AWR naar de omstandigheden beoordeeld. Art. 15, lid 3, onderdeel c vereist bovendien dat in de gevallen waarin het BRK, de BRN of een belastingverdrag van toepassing is, op grond van deze regelingen het lichaam eveneens is gevestigd in Nederland. Dit betekent dat een lichaam met een dual residence²², het inwonerschap van dit lichaam op grond van het betreffende belastingverdrag aan Nederland moet zijn toegekend²³.

De wetgever heeft dus gekozen voor een strikte territoriale afbakening van het fiscale eenheidsregime door deze alleen open te stellen voor lichamen waar Nederland de volledige heffingsbevoegdheid over uitoefent. Deze territoriale afbakening wordt nog sterker benadrukt doordat de wetgever de vestigingsplaatsfictie van artikel 2 lid 4 Wet VpB buiten werking heeft gesteld. In de parlementaire geschiedenis zijn hier twee redenen voor gegeven²⁴. Ten eerste ziet de wetgever zich genoodzaakt ongewenste verliesimport tegen te gaan. Dit houdt in dat eventuele verliezen van niet in Nederland gelegen deelnemingen in mindering zouden kunnen worden gebracht van de Nederlandse winstgrondslag²⁵. (Dit argument houdt echter sinds de invoering van een objectvrijstelling in art. 15e Wet VpB voor buitenlandse ondernemingswinsten geen stand meer). Als tweede argument voert de wetgever aan dat de vestigingsplaatsfictie een conflict oplevert met het (belasting)verdragenrecht doordat deze heffingsrechten naar Nederland toetrekt in situaties waarin het heffingsrecht, op grond van de werkelijke plaats van vestiging, toekomt aan het verdragsland²⁶.

²¹ Staatskundig vormen de BES-eilanden onderdeel van het land Nederland maar kennelijk is door de wetgever wenselijk geacht een alternatief fiscaal stelsel voor de BES-eilanden in te voeren. Dit laat zich mijn inziens echter verklaren doordat de BES-eilanden een eigen cultuur hebben en andere soort economie waardoor het niet wenselijk zou zijn als het Nederlandse fiscale stelsel op die eilanden van toepassing zou zijn geweest. Bovendien zou de complexiteit van het Nederlandse fiscale stelsel leiden tot een niet werkbare situatie voor de eilandinwoners.

²² Een duale residentie in het internationale belastingrecht ontstaat doorgaans doordat een lichaam zich grensoverschrijdend heeft verplaatst of actief is. Het lichaam wordt dan op grond van twee verschillende nationale wetten als inwoner gekwalificeerd wat tot juridisch dubbele belasting leidt.

²³ De tiebreaker is geregeld in het artikel 4 OESO-modelverdrag.

²⁴ MvT, Kamerstukken II 1999/00, 26 854, nr. 3, blz. 12 (§5.1). en 16. Zie tevens de NEV, Kamerstukken II 2000/01, 26 854, nr. 6, blz. 19.

²⁵ MvT, Kamerstukken II 1999/00, 26 854, nr. 3, p. 5 (§3.1).

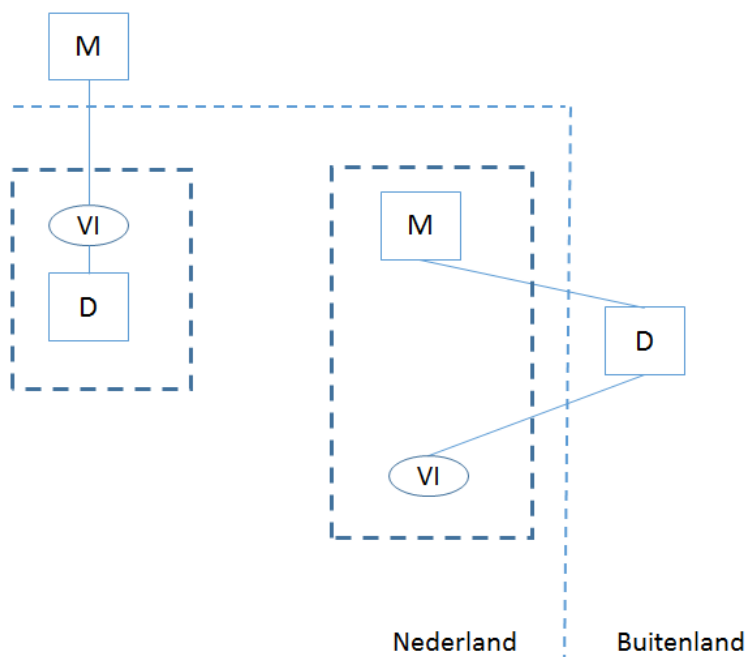
²⁶ Voorbeeld hiervan is een in Nederland gelegen moedermaatschappij en een in een verdragsland gelegen naar Nederlands recht opgerichte dochtermaatschappij. Door de toerekeningsfictie eigent Nederland zich het heffingsrecht toe over vermogensbestanddelen die op grond van het territorialiteitsbeginsel toekomen aan het verdragsland.

§ 2.4.3.1 Fiscale eenheid met een buitenlands belastingplichtig lichaam

Sinds de herziening van het fiscale-eenheidregime in 2003²⁷ is het mogelijk dat de niet in Nederland gevestigde buitenlandse belastingplichtige (in de zin van art. 3 Wet VpB), deel uitmaakt van een fiscale eenheid. Deze uitbreiding is geregeld in art. 15, lid 4, Wet VpB en gelden drie aanvullende voorwaarden voor:

1. Het in het buitenland gevestigde lichaam moet een onderneming drijven met een in Nederland gelegen vaste inrichting (zie §2.4.3.2 voor de VI-definitie). Dit betekent dat de onderneming voldoende substance moet hebben om in de heffing te worden betrokken.
2. Het lichaam moet zijn gevestigd in een van de volgende jurisdictie: de BES- of ACS-eilanden, een lidstaat van de EU of een land waarmee een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is afgesloten met daarin een discriminatieverbod tussen vaste inrichtingen en lichamen.
3. Het lichaam moet een B.V., N.V of naar aard en inrichting daarmee vergelijkbaar zijn.

Op grond van deze uitbreiding kan zowel een in het buitenland gevestigde moedermaatschappij of dochtermaatschappij, via een in Nederland gevestigde vaste inrichting, deel uit maken van een fiscale eenheid. Dit ziet er als volgt uit:



De in Nederland gelegen vaste inrichting wordt vervolgens via de systematiek van art. 17 Wet VpB²⁸ als *Nederlands inkomen* in de heffing betrokken bij het buitenlands belastingplichtige lichaam.

²⁷ Ingevoerd bij wet van 11 december 2002 *Stb.* 618 tot wijziging van de Wet op de Vennootschapsbelasting met ingangsdatum 1 januari 2003.

²⁸ Artikel 17, lid 1 jo. lid 3 onderdeel a Wet VpB.

Ook deze uitbreiding was niet door de wetgever gewild maar een gevolg van de werking van EG-verdrag (thans het VEU-verdrag) en het non-discriminatieartikel in de door Nederland gesloten belastingverdragen en in het BRK²⁹. In het bijzonder kwam met de HvJ EU-arresten *Avoir Fiscal*³⁰ en *Saint-Gobain*³¹ vast te staan dat lidstaten op grond van het EU-recht verplicht zijn de ondernemingsuitoefening via een filiaal dan wel de ondernemingsuitoefening via een deelneming, gelijk moeten behandelen. Logischerwijs was de wetgever hierdoor genoodzaakt deze rechtsvormneutraliteit ook binnen de fiscale-eenheidregeling te verstrekken.

§ 2.4.3.2 Definitie vaste inrichting

De vaste inrichting is in de Wet VpB echter niet gedefinieerd. Het begrip kent wel drie belangrijke kenmerken.

1. Een vaste inrichting heeft geen juridische grondslag en is zoverre alleen een fiscaal begrip.
2. Een vaste inrichting wordt alleen zichtbaar in grensoverschrijdende groepsverhoudingen.
3. Het doel van de definiëring van de vaste inrichting is om te komen tot een bronstaatheffing in de vorm van een winstbelasting of een branch profit tax.

Omdat dit begrip zich in de context van het internationale belastingrecht afspeelt is het voor de hand liggend dat dit begrip ook in deze sfeer is gedefinieerd. Hiervoor bestaan twee rechtsbronnen: het van toepassing zijnde bilaterale belastingverdrag (doorgaans gebaseerd op het OECD-modelverdrag), of het eenzijdige unilaterale BVDB 2001 voor de situaties waarin geen belastingverdrag is afgesloten.

Echter kan ten aanzien van de fiscale-eenheidregeling geen betekenis worden ontleend aan het BVDB 2010 nu immers vereist is dat het buitenlands belastingplichtige lichaam gevestigd moet zijn in een land waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft afgesloten. Voor de verdragen die Nederland heeft afgesloten is het OESO-modelverdrag leidend³² waardoor inhoudelijke betekenis kan worden ontleend aan de begripsbepaling die in art. 5 van het OESO-modelverdrag is opgenomen. Art. 5 OESO-modelverdrag omschrijft de vaste inrichting (permanent establishment) als: *'a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried'*. Kijken we naar artikel 2 van het BVDB 2001 dan wordt voor toepassing van het besluit onder de vaste inrichting verstaan (de hoofdregel exclusief de gelijkstellingen): *'een vaste bedrijfsinrichting met behulp waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend'*.

De uitbreiding van het toepassingsbereik van de fiscale eenheid tot buitenlandse belastingplichtige lichamen vormt geen inbreuk op de eerder omschreven territoriale afbakening waardoor de heffingsrechten van Nederland onaangetast blijven. Wel leidt de uitbreiding tot een complexere uitwerking van de fiscale eenheid in internationaal verband, mede door de afbakening van de

²⁹ MvT, Kamerstukken II 1999/00 26854, nr. 3, p. 4.

³⁰ HvJ EU 28 januari 1986, zaak C-270/83 (*Avoir Fiscal*), *ECLI*:EU:C:1986:37.

³¹ HvJ EU 21 september 1999, zaak C-307/97 (*Saint-Gobain*), *ECLI*:EU:C:1999:438.

³² Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, p. 9.

objectieve heffingsgrondslag van de vaste inrichting en het blijven voortbestaan van de deelnemingsrelatie waardoor alleen de relatie tussen de vaste inrichting en de moeder of dochtervennootschap non-existent worden³³.

§ 2.4.4 Niet ter-beleggingseis van de aandelen in de dochtermaatschappij

De niet ter-beleggingseis vereist dat de deelneming in de dochtermaatschappij niet als voorraad mag worden gehouden in de zin van de deelnemingsvrijstelling (ex. art. 13 Wet VpB). Als *voorraad gehouden aandelen* heeft de HR in BNB 2000/215³⁴ beslist dat dit aandelen zijn in vennootschappen die geen onderneming in materiële zin drijven of nagenoeg geen activa bezitten. Dit betekent dat alleen actieve dochtermaatschappijen in een fiscale eenheid kunnen worden opgenomen. Zogenaamde voorraaddochters vallen hiermee buiten het toepassingsbereik van de fiscale-eenheidregeling. Deze afbakening is mijn inziens terecht, en zelfs noodzakelijk, vanuit de gedachte dat de fiscale eenheid zijn grondslag vindt in de groepsgedachte.

§ 2.5 Verhouding met de deelnemingsvrijstelling

De deelnemingsvrijstelling (art. 13 Wet VpB) en de fiscale eenheid kunnen ten principale onder dezelfde noemer kunnen worden gebracht³⁵. Zij vormen (in materiele zin) de twee kernuitzonderingen op de hoofdregel dat lichamen volledig zelfstandig in de heffing moeten worden betrokken, onafhankelijk van de (deelnemings)relaties met andere lichamen. Alhoewel de deelnemingsvrijstelling een andere strekking heeft, gebaseerd op het ne-bis-idem-beginsel, oftewel de voorkoming van economisch dubbele heffing, hebben beide regelingen de uitwerking dat zij groepsvorming faciliteren.

Belangrijk is om vast te stellen dat deelnemingsvrijstelling en de fiscale eenheid elkaar voor te toepassing over en weer uitsluiten. In deelnemingsverhoudingen van 95% of meer is de deelnemingsvrijstelling in de regel altijd van toepassing tenzij de fiscale eenheid van toepassing is. Een fiscale eenheid leidt namelijk tot het non-existent worden van de deelnemingsrelatie. Hierdoor hebben de VpB-artikelen, die voor de werking aanknopen bij de deelnemingsrelatie, geen invloed meer de fiscale eenheid. In BNB 1986/282 heeft de HR de non-existentie van de deelnemingsrelatie binnen een fiscale in het kader van de liquidatieregeling (art. 13, lid 5, Wet VpB oud, thans art. 13d Wet VpB) bevestigd. In casu werd een gevoegde dochtermaatschappij geliquideerd en was de vraag of de liquidatieverliesregeling toepassing kon plaatshebben. De HR oordeelde dat het louter formele aandelenbezit van een moedermaatschappij in een *gevoegde* dochtermaatschappij niet als

³³ Zie: Q.W.J.C.H. Kok, 'De fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij, *WFR* 2003/1313; zie voorts: Q.W.J.C.H. Kok, 'De fiscale eenheid met een buitenlandse dochtermaatschappij, *WFR* 2003/1021.(paragraaf 3).

³⁴ HR 23 februari 2000, 34253, *BNB* 2000/215.

³⁵ J. H. Christiaanse. *De deelnemingsvrijstelling*, Fiscale Monografie, 1962, pag. 15.

‘deelneming’ in de zin van art. 13, lid 5 Wet VpB (oud) kon kwalificeren en dus uitgesloten was van toepassing.

§ 2.5.1 Claimbehoud en entreeheffingen

Omdat de deelneming fiscaal gezien non-existent wordt zou dit betekenen dat bestaande fiscale claims die op de deelneming rusten verloren zouden gaan. Voorbeelden hiervan zijn de 13c-claim³⁶, 13ba-claim³⁷ en de compartimenteringsclaim van. Art. 15ab Wet VpB schrijft daarom voor dat de deelneming onmiddellijk voorafgaand aan het voegingsmoment wordt gewaardeerd op de WEV. Deze herwaardering leidt er toe dat alle met de deelneming samenhangende claims tot uitdrukking komen in de jaarwinst van de moedermaatschappij. Dit brengt het dus wel nadelige gevolg met zich mee voor de moedermaatschappij dat direct moet worden afgerekend over de vrijval van de claims tenzij het claimbehoud op een andere wijze kan worden verzekerd³⁸.

§ 2.6 Status van de dochtermaatschappij

De fiscale eenheid is een concept of instituut is dat bestaat uit de subjectieve belastingplicht van de moedermaatschappij en de geconsolideerde objectieve belastinggrondslag van zowel de moedermaatschappij als de dochtermaatschappij. De dochtermaatschappij bestaat nog wel maar beschikt fiscaal gezien niet meer over haar vermogen en werkzaamheden. Vanuit fiscaal oogpunt vormt zij dus in feite een lege huls. De vraag is of aan deze ‘lege huls’-status rechten kunnen worden ontleend of dat de dochtermaatschappij fiscaal gezien volledig verdwijnt. Het duiden van deze status geeft een meer inzicht in de werking van de fiscale eenheid. De status van de dochtermaatschappij kan van belang zijn inde volgende drie omstandigheden.

- Omstandigheden van de gevoegde dochtermaatschappij die zich **vóór de voeging** hebben voorgedaan en zich **tijdens** de fiscale-eenheidperiode manifesteren.
- Grensoverschrijdende omstandigheden **tijdens** de fiscale-eenheidperiode tussen de gevoegde dochtermaatschappij en buitenlandse handelspartners.
- Compensabele verliezen die **tijdens** de fiscale-eenheidperiode zijn opgebouwd en waarvan de vraag is of zij **ná verbreking** van de fiscale eenheid mee kunnen worden gegeven aan de ontvoegde dochtermaatschappij.

³⁶ 13c-claim heeft betrekking op de omzetting van een verlieslatende VI in een deelneming en bevat dat de bepaling dat de deelnemingsvrijstelling pas van toepassing is nadat de voorverliezen zijn ingelopen.

³⁷ De 13ba-claim is de zogenaamde opwaarderingsreserveclaim en heeft betrekking op de omzetting van een afgewaardeerde schuldvordering in aandelenkapitaal.

³⁸ R.P. van den Dool, Compendium Vennootschapsbelasting, Den Haag: Sdu 2015, (14^e druk), p.850-861.

§ 2.6.1 Opgaan in jurisprudentie

Doordat de dochtermaatschappij geacht werd te zijn opgegaan in de moedermaatschappij bestond onduidelijkheid ten aanzien van de fiscale status van de gevoegde dochtermaatschappij. De HR heeft zich in een aantal zaken moeten buigen over deze vraag. De meeste jurisprudentie over de fiscale eenheid is geweest in de periode vóór 1 januari 2003 waarin de fiscale eenheid door middel van de ‘opgaan in’-fictie werd geëffectueerd. Echter omdat met de herziening van het fiscale-eenheidregime in 2003 geen inhoudelijke wijzigingen zijn beoogd (zie §2.7.1) is de jurisprudentie die onder het oude regime (opgaan in) is geweest ook van toepassing op het nieuwe regime (heffen alsof). In de literatuur worden BNB 1956/132 en BNB 1988/200³⁹ aangewezen als de standaardarresten waarmee de HR invulling heeft gegeven het instituut van de fiscale eenheid⁴⁰.

Het probleem van de fiscale eenheidregeling is dat de wetgever bij de totstandkoming van de regeling geen invulling heeft gegeven aan de uitwerking van de ‘opgaan in’-gedachte voor de gevoegde dochtermaatschappij. De primaire noodzaak was er namelijk in gelegen dat een groep zou worden aangeslagen voor het groepsresultaat. De oplossing die de wetgever hier vervolgens voor bedacht was dat de dochtermaatschappij bij fictie geacht werd te zijn opgegaan in haar moedermaatschappij. Met deze systematiek werd het hoofddoel verwezenlijkt maar was onduidelijk hoe het opgaan-in zelf moet worden geïnterpreteerd. In de literatuur was de heersende gedachte dat de fiscale eenheid de werking heeft van een fiscale fusie of een verregaande samensmelting doordat materieel een einde komt aan de subjectieve belastingplicht van de gevoegde dochtermaatschappij⁴¹.

§ 2.6.2 Eerste standaardarrest BNB 1956/132⁴²

§ 2.6.2.1 Casus

In dit eerste arrest was de volgende casus aan de orde. Een moedermaatschappij (belanghebbende) houdt een belang van 100% in het aandelenkapitaal van een dochtermaatschappij. De moedermaatschappij en dochtermaatschappij vormen een fiscale eenheid wat in het arrest als een ‘*fiscale fusie op grond van artikel 27 WB*’ wordt genoemd. Op enig moment ontvangt de dochtermaatschappij, die civielrechtelijk nog wel bestaat, een compensatie van 158.167 gulden voor geleden oorlogsschade. Op grond van artikel 6 van de Wet Belastingherziening 1950 (hierna: Wet Bhz 1950) had de wetgever een belastingfaciliteit ingevoerd op grond waarvan lichamen de compensaties die zij ontvangen voor geleden oorlogsschade kunnen doteren een voorziening. Zonder deze voorziening zou immers volgens de normale winstbepaling belasting zijn verschuldigd over de ontvangen compensaties. De faciliteit was in artikel 6 Bhz 1950 echter dusdanig afgebakend dat alleen

³⁹ HR 27 april 1988, nr. 24 226, BNB 1988/220 (met conclusie van Verburg, en noot van Nooteboom)

⁴⁰ S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht Archief*, 2014/Vpb2.9.1.B.b2.II ‘opgaan’ volgens de jurisprudentie.

⁴¹ J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Fiscale hand en Studietoeken, Deventer: Kluwer, 2000, p. 395.

⁴² HR 22 februari 1956, nr. 12 518, BNB 1956/132 (m.nt Tekenbroek).

subjecten die de hoedanigheid hebben van het slachtoffer gebruik konden maken van de voorziening. In casu was het kwalificerende oorlogsslachtoffer de dochtermaatschappij, die civielrechtelijk weliswaar nog bestond maar fiscaal was *opgegaan* in haar aandeelhouder. Vanuit fiscaal perspectief ontving dus de moedermaatschappij de compensatie namens haar gevoegde dochtermaatschappij. De Inspecteur nam hierop het standpunt in dat doordat de moedermaatschappij de kwaliteit van slachtoffer miste zij geen recht zou hebben op het vormen van de voorziening.

§ 2.6.2.2 *Analyse*

De compensatie vormde in feite een nabetaling over een feit wat zich voltrokken had in de periode vóór het tot stand komen van de fiscale eenheid en had daarom ook betrekking op de subjectieve belastingplicht van de dochtermaatschappij. Ingeval voor de werking van de fiscale eenheid zou worden aangesloten bij de werking van een fusie zou de zienswijze moeten zijn dat de dochtermaatschappij als verdwijnende vennootschap is verdwenen en dat de moedermaatschappij in haar plaats is getreden. Hier zou vervolgens de fiscale consequentie aan moeten worden verbonden dat de subjectieve belastingplicht daarmee ook verdwenen is. Deze zienswijze lijkt mij echter onjuist in zoverre dat voor fusies en splitsingen, oftewel het laten verdwijnen of in het leven roepen van rechtssubjecten, het civiele recht leidend is. Ook al wordt gedaan *alsof* de dochtermaatschappij in de aandeelhouder is verdwenen, kan mijn inziens de subjectieve belastingplicht hiermee niet verdwenen zijn.

§ 2.6.2.3 *Uitkomst & interpretatie*

De HR overwoog:

*“dat het fictief "opgaan" in de moedermaatschappij veeleer inhoudt, dat de bezittingen en schulden van de dochtermaatschappij voortaan rechtstreeks aan de moedermaatschappij worden toegerekend, zodat de dochtermaatschappij fiscaal geen winst meer behaalt, noch verlies lijdt, en de uitkomsten van haar bedrijfsvoering voortaan fiscaal uitsluitend de moedermaatschappij aangaan;”*⁴³ Doch:

*“dat de omstandigheden, welke zonder fusie bepalend of mede bepalend zouden zijn geweest voor de belastingheffing ten aanzien van de dochtermaatschappij, na de fusie op overeenkomstige wijze bepalend of mede bepalend worden voor de belastingheffing ten aanzien van de moedermaatschappij”*⁴⁴.

⁴³ HR 22 februari 1956, nr. 12 518, *BNB* 1956/132 (m.nt Tekenbroek), 5^o overweging (arrest bevat geen genummerde rechtsregels).

⁴⁴ HR 22 februari 1956, nr. 12 518, *BNB* 1956/132 (m.nt Tekenbroek), 7^o overweging (arrest bevat geen genummerde rechtsregels).

Met deze rechtsoverwegingen maakt de HR mijn inziens duidelijk dat het opgaan-in als volgt moet worden uitgelegd. Het uitgangspunt is dat gedaan wordt alsof de dochtermaatschappij een zelfstandige positie heeft. Op basis van deze zelfstandigheid worden de fiscale gevolgen bepaald en vervolgens toegekend aan de moedermaatschappij. De gevoegde dochtermaatschappij blijft hiermee dus nog wel een functie vervullen. Echter was met deze uitkomst nog steeds niet duidelijk hoe de (achtergebleven) subjectieve belastingplicht van de dochtermaatschappij moest worden geïnterpreteerd. Dit arrest bracht dan ook heel wat pennen teweeg. Smeets was de mening toegedaan dat de subjectieve belastingplicht van de gevoegde dochtermaatschappij als het ware werd opgeschort en als gevolg hiervan een slapend bestaan leidde⁴⁵. Van Soest sprak van een ‘relativering van de subjectieve belastingplicht in zoverre dat deze nog wel bestond maar aan materiële kracht had verloren⁴⁶. Verburg was van mening dat de fiscale eenheid leidde tot een fictieve staking waarmee ook de subjectieve belastingplicht van de dochtermaatschappij werd beëindigd⁴⁷. Faber was van mening dat wanneer de dochtermaatschappij in haar moedermaatschappij op is gegaan, daarmee niet alleen de objectieve maar ook de subjectieve belastingplicht tijdelijk is opgeheven⁴⁸. Mijn inziens kan de subjectieve belastingplicht van een gevoegde dochtermaatschappij nooit geheel verdwenen zijn omdat uiteindelijk het civiele recht, in samenhang met de in de wet geregelde subjectieve belastingplicht (art 1 en 2 wet VpB), bepalend is voor het vaststellen van de subjectieve belastingplicht. Mijn inziens kan worden gesproken van een latente of onzichtbare subjectieve belastingplicht met de potentie tot herleven.

§ 2.6.3 Tweede standaardarrest BNB 1988/220⁴⁹

§ 2.6.3.1 *Casus*

In dit arrest ging de HR voor de tweede maal in op de werking van de opgaan-in-systematiek. De casus was als volgt: M BV en D BV vormen een fiscale eenheid. D BV beschikt over een in België gelegen vaste inrichting. De vaste inrichting maakte enkele jaren verliezen die in aftrek werden gebracht van de geconsolideerde fiscale-eenheidgrondslag in Nederland. De in België geleden verliezen werden hierdoor naar Nederland geïmporteerd wat destijds mogelijk was doordat de huidige objectvrijstelling in art. 15e Wet VpB nog niet bestond⁵⁰. Deze verliesimport leidde echter wel tot de verplichting dat op het moment dat de in België gelegen VI winsten begon te genereren, deze bij het in Nederland gelegen hoofdhuis moest worden ingehaald (volgens de inhaalregeling) alvorens effectief

⁴⁵ M.J.H. Smeets, *Fiscale aspecten van houdstermaatschappijen* (1), *WFR* 1968, p. 385.

⁴⁶ C.A.E. Uniken Venema, *Op grenzen van komend recht*, Deventer: Kluwer, 1969, p. 270.

⁴⁷ J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, *Fiscale hand en studieboeken*, Deventer: Kluwer, 2000, p. 232.

⁴⁸ S. Faber, *Aspecten van de Nederlandse vestigingsplaatsfictie onder verdragen conform het OESO-Modelverdrag*, *WFR* 1985/5679, p. 499.

⁴⁹ HR 27 april 1988, nr. 24 226, *BNB* 1988/220 (m.nt. A. Nooteboom).

⁵⁰ Art. 15e Wet VpB (de objectvrijstelling) is pas vrij recentelijk, per 1 januari 2012 ingevoerd.

vrijstelling zou worden verleend voor de juridisch dubbele belastingheffing⁵¹. Doordat de VI (het vermogen en de werkzaamheden hiervan) op grond van de opgaan-in-systematiek *ten tijde van de verliesimport* waren toegekend aan de moedermaatschappij, en bij het in werking treden van de inhaalregeling de fiscale eenheid was verbroken, rees de vraag of de verliezen bij de moeder- of dochtermaatschappij moesten worden ingehaald.

§ 2.6.3.2 *Analyse*

De vraag is in feite of een ontvoegde dochtermaatschappij vanuit fiscaal oogpunt drager kan zijn van verplichtingen die samenhangen met haar eigen vermogen en werkzaamheden maar die ten tijde van de fiscale eenheid zijn ontstaan. Zou dat namelijk *niet* kunnen dan zou de vreemde en onwenselijke situatie ontstaan dat de VI-verliezen bij de moedermaatschappij moet worden ingehaald, terwijl de moedermaatschappij na verbreking van de fiscale eenheid niet meer het hoofdhuis is van de in België gelegen VI. Hierdoor zou de inhaalregeling dus ook eenvoudig kunnen worden ontlopen. Op grond van het hiervoor besproken arrest BNB 1956/132 zou echter op voorhand moeten worden geconcludeerd dat *alle* omstandigheden en de hieruit voortvloeiende rechten en verplichten moeten worden toegekend aan de moedermaatschappij.

§ 2.6.3.3 *Uitkomst & interpretatie*

De HR overwoog dat: “Artikel 15 van de Wet bepaalt, (...) *geheven (...) is opgegaan. Dit houdt in dat (...) alle aangelegenheden van de dochtervennootschap voor de heffing van de vennootschapsbelasting worden aangemerkt als aangelegenheden van de moedervernootschap*”(r.o. 4.2). De Hoge Raad oordeelde dat hiermee de verliezen in aanmerking moeten worden genomen bij de moedermaatschappij ondanks dat dit feitelijk dus onmogelijk is⁵². In wezen zou dus gesproken moeten worden van een tijdelijke opschorting de belastingplicht van de dochtermaatschappij waardoor hier ook geen fiscale gevolgen aan kunnen worden verbonden. Dit betekent dus dat de subjectieve belastingplicht van de gevoegde dochtermaatschappij nauwelijks tot geen betekenis heeft in zoverre dat wanneer de dochtermaatschappij weer ontvoegd wordt zij in feite met een schone lei begint. Nooteboom verwoordt dit in zijn annotatie treffend door aan te geven dat de moedermaatschappij in feite *erfgenaam* is van alle rechten en verplichtingen die overblijven nadat de fiscale eenheid is verbroken⁵³. De positie van een gevoegde dochtermaatschappij bleef, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, echter nog steeds onduidelijk wat uiteindelijk aanleiding tot de herziening van 2003.

⁵¹ In casu zal België op grond van het bronlandbeginsel heffen willen heffen over de VI-inkomsten, en Nederland deze VI-inkomsten als wereldinkomen bij het hoofdhuis in de heffing willen betrekken.

⁵² De VI behoort immers tot het vermogen van de ontvoegde dochtermaatschappij.

⁵³ HR 27 april 1988, nr. 24 226, BNB 1988/220 (m.nt. A. Nooteboom).

§ 2.7 De herziening van 2003: van opgaan-in naar heffen-alsof

Als gevolg van de opgaan-in-jurisprudentie waarin de HR de gevoegde dochtermaatschappij volledig leek weg te denken en de vooralsnog onzekere positie van de gevoegde dochtermaatschappij voor de toepassing van belastingverdragen, zag de wetgever zich genoodzaakt een regimewijziging door te voeren⁵⁴. Deze is doorgevoerd bij wet van 11 december 2002 Stb. 618 tot wijziging van de Wet op de Vennootschapsbelasting en in werking getreden per 1 januari 2003. De belangrijkste wijziging zag op de systematiek waarop de fiscale eenheid wordt geëffectueerd. De oude wetstekst luidde als volgt:

Artikel 15, lid 1 Wet VpB (oud; bewerking van mijn hand)

“Zolang alle aandelen van een dochtermaatschappij in het bezit zijn van een moedermaatschappij, wordt (...) de belasting van hen geheven alsof de dochtermaatschappij in de moedermaatschappij is opgegaan”. (bewerking van mijn hand)

Deze opgaan-in-methodiek werd vervangen door de huidige systematiek van het ‘*heffen alsof*’ en de daar bijhorende fiscale toerekening. Met deze wijziging werd dus beoogd een einde te maken aan de onduidelijke positie van de gevoegde dochtermaatschappij⁵⁵. Volgens de wetgever was deze ontwikkeling een onwenselijke uitkomst doordat het ‘opgaan in’ verder ging dan “*ter verwezenlijking van het uitgangspunt noodzakelijk is*”⁵⁶. Het grootste probleem was volgens de wetgever dat door de onzekerheid van de subjectieve belastingplicht van de gevoegde dochtermaatschappij onduidelijk en onzeker was of de gevoegde dochtermaatschappij zelfstandig aanspraak kon doen op verdragsbescherming⁵⁷.

§ 2.7.1 De gevoegde maatschappij in grensoverschrijdend verband

Wanneer een binnenlands belastingplichtig lichaam door middel van een VI winsten behaalt in een andere jurisdictie worden deze winsten door overlappende heffingsbeginselen juridisch dubbel belast. Uitgaande van een in Nederland gevestigd lichaam worden deze winsten in Nederland op grond van het woonlandbeginsel als wereldinkomen in de heffing betrokken. Het land waar de winsten worden gegenereerd betreft de winsten eveneens in de heffing op grond van het bronlandbeginsel. Hierdoor ontstaat juridisch dubbele heffing. Wanneer tussen Nederland en het betreffende bronland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting is afgesloten kan het binnenlands belastingplichtige lichaam als inwoner van Nederland een beroep doen op het belastingverdrag. Voor de toegang tot deze verdragsbescherming tegen juridisch dubbele belasting is op grond van artikel 1 OESO-modelverdrag echter wel noodzakelijk dat het lichaam hier *als subject* hier een beroep op doet. Wanneer een lichaam

⁵⁴ MvT, Kamerstukken II 1999/00, 26854, nr. 3, p. 4 (paragraaf 3).

⁵⁵ MvT, Kamerstukken II 1999/00, 26854, nr. 3, p. 4 (paragraaf 3).

⁵⁶ MvT, Kamerstukken II 1999/00, 26854, nr. 3, p. 5 (paragraaf 3).

⁵⁷ MvT, Kamerstukken II 1999/00, 26854, nr. 3, p. 5 (paragraaf 3), zie voorts: S.A.W.J. Strik, *Cursus Belastingrecht Archief, Vpb.2.9.1.B.b2.III.(oud) ‘Opgaan’ in internationale verhoudingen*, Kluwer (online, bijgewerkt tot 29-04-2015).

in de hoedanigheid van dochtermaatschappij gevoegd is in een fiscale eenheid kan dit echter de uitwerking hebben dat het lichaam als subject fiscaal gezien dus niet meer bestaat⁵⁸. De gevoegde dochtermaatschappij zou hierdoor dus zelfstandig dus ook geen rechten meer kunnen ontlenen aan door Nederland gesloten belastingverdragen.

§ 2.7.2 Doel en strekking van de wetswijziging: van opgaan in naar heffen alsof.

Uit de MvT op de wetswijziging blijkt dat het wetsvoorstel in zijn algemeenheid was ingegeven door:

1. het zeker willen stellen van de subjectieve belastingplicht van de gevoegde dochtermaatschappij om daarmee verdragsrechtelijke problemen te voorkomen, en;
2. een uniformering en codificatie van de standaardvoorwaarden⁵⁹.

De wetgever wilde de opgaan-in-problematiek in eerste instantie oplossen door de fiscale eenheid niet meer te effectueren door de opgaan-in-fictie maar door het in het jaarrekeningenrecht geregelde consolidatieregime (Boek 2 BW)⁶⁰. Dit voorstel stuitte echter op grote weerstand vanuit de Tweede Kamer en de belastingadviespraktijk waardoor dit aanvankelijke voorstel het uiteindelijk niet heeft gehaald. Een strikte toepassing zou namelijk betekenen dat: *“de geconsolideerde belastbare winst ieder jaar afgeleid zou moeten worden vanuit de enkelvoudige winsten van de dochtermaatschappijen⁶¹”* terwijl de opgaan-in-methodiek uitgaat van één enkele verzamelbalans en winst en verliesrekening en als zodanig ook opgaan-in-voordelen met zich meebrengt. Hierop kwam de wetgever in de Nota naar aanleiding van het Verslag (hierna: NV) met een alternatief systeem waarmee de consolidatiemethode werd vervangen door wat we nu kennen als de heffen-alsof-systematiek. Met deze nieuwe ‘heffen alsof’-systematiek heeft de wetgever uiteindelijk inhoudelijk niets willen wijzigen aan het fiscale eenheidregime. De belangrijkste doelstelling was er in gelegen de subjectieve belastingplicht van de gevoegde dochtermaatschappij te verzekeren in grensoverschrijdende situaties⁶². De wetgever maakte hierbij zelfs uitdrukkelijk duidelijk dat alle voordelen van het ‘opgaan in’ behouden zouden blijven doordat de ‘heffing alsof’-systematiek hier heel dicht tegen aan ligt waardoor slechts sprake is van een ‘redactionele wijziging’⁶³.

§ 2.8 Conclusie en bevindingen

De belangrijkste conclusie die naar aanleiding van het onderzoek in dit hoofdstuk kan worden getrokken is dat de fiscale eenheid geëffectueerd wordt door middel van een vrij simpel fictiemechanisme. De rest van de omgangrijke regelgeving is in feite aanbouwwetgeving waardoor het

⁵⁸ Cursus Belastingrecht Archief, Vpb.2.9.1.B.b2.III.(oud) ‘Opgaan’ in internationale verhoudingen.

⁵⁹ MvT, Kamerstukken II 1999/00, 26854, nr. 3, p. 3.

⁶⁰ MvT, Kamerstukken II 1999/00, 26854, nr. 3 p. 4 (Paragraaf 3, Belastingheffing op basis van een volledige consolidatie).

⁶¹ NV, Kamerstukken II, 200/01 26854, nr. 6, p. 5.

⁶² NV, Kamerstukken II, 200/01 26854, nr. 6, p. 6.

⁶³ NV, Kamerstukken II, 200/01 26854, nr. 6, p. 4-7.

regime juist erg complex wordt. De fiscale eenheid doet bovendien, anders dan de bewoording doet vermoeden, *geen* echte eenheid tot stand komen tussen de moeder- en de gevoegde dochtervennootschap. Wat feitelijk gebeurt is dat alleen het heffingsobject van de dochtervennootschap wordt overgedragen aan de moedermaatschappij. De dochtermaatschappij blijft vervolgens als een lege huls achter (zonder object) waarvan vervolgens onduidelijk is in hoeverre fiscaal enige betekenis of rechten kunnen worden ontleend aan de achtergebleven positie. In de arresten *BNB* 1956/132 en 1988/200 heeft de HR invulling gegeven aan de betekenis van het opgaan-in voor de gevoegde dochtermaatschappij. Samenvattend overweegt de HR dat:

- Het opgaan-in betekent dat alle activa van de dochtermaatschappij worden toegerekend aan de moedermaatschappij zodat de dochtermaatschappij *zelf* geen resultaten meer kan behalen.
- Alle omstandigheden die bepalend zouden zijn geweest voor de belastingheffing van de dochtermaatschappij worden op stand-alone basis vastgesteld, en vervolgens toegekend aan de moedermaatschappij. De moedermaatschappij hiermee neemt de gevolgen ‘als ze zouden zijn geweest voor de dochtermaatschappij’ voor haar rekening.
- Aangelegenheden die voortkomen uit de belastingplicht van de dochtermaatschappij maar door de werking van de fiscale eenheid zijn toegekend aan de moedermaatschappij, blijven ook na verbreking van de fiscale eenheid de aangelegenheden van de moedermaatschappij. In *BNB* 1988/220 hebben we gezien dat dit er zelfs ertoe kan leiden dat de inhaalregeling met betrekking tot een VI van de ontvoegde dochtermaatschappij hiermee kan worden ontlopen.
- Het verbreken van een fiscale eenheid ten aanzien van een gevoegde dochtermaatschappij heeft in beginsel tot gevolg dat de dochtermaatschappij met een schone lei begint (tenzij specifieke regels voorschrijven dat de ontvoegde dochtermaatschappij bijvoorbeeld verliezen mee mag nemen).

Een tweede belangrijke gevolg van de fiscale eenheid is dat doordat de deelnemingsrelatie non-existent wordt, de deelnemingsvrijstelling hiermee ook buiten worden gesteld. Doordat de deelnemingsrelatie in de Wet VpB een belangrijk aanknopingspunt is voor belastingheffing over de totaalwinst betekent dit dat nog niet afgewikkelde fiscale claims die met de deelnemingsrelatie samenhangen, moeten worden afgerekend. Een ander belangrijk gevolg is dat regelingen binnen de Wet VpB die voor hen werking aanknopen bij de deelnemingsrelatie (zoals art. 131 Wet VpB) geen toepassing meer plaats kunnen hebben. Hiermee kan geconcludeerd worden dat een fiscale eenheid verstreckende systeemgevolgen voor de gehele vennootschapsbelasting.

Een derde belangrijke conclusie is dat het fictiemechanisme van de fiscale eenheid lastig werkbaar is in internationale verhoudingen en tot een onzuivere uitwerking leidt. Doordat de fiscale eenheid op

basis het non-discriminatiebeginsel in het internationale belastingrecht ook moest worden toegestaan voor buitenlandse belastingplichtige lichamen met een in Nederland gelegen vaste inrichting, heeft dit de onzuivere uitwerking dat in deze grensoverschrijdende verhoudingen de deelnemingsrelatie *wel* blijft bestaan. Deze onzuiverheid komt ook tot uitdrukking in de zogenaamde Papillon-fiscale-eenheden waarin bijvoorbeeld twee zustervennootschappen met een in andere EU-lidstaat gevestigde moedermaatschappij op grond van het EU-recht een fiscale eenheid mogen vormen. In deze situatie zal immers het vermogen van de ene zustervennootschap moeten worden toegekend aan het vermogen van de andere zustervennootschap, terwijl tussen hen beide geen deelnemingsrelatie bestaat.

Hoofdstuk 3 De ontstaansgeschiedenis van de fiscale eenheid

§ 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal een onderzoek worden gedaan naar de ontstaansgeschiedenis van de fiscale eenheid. Het doel is een antwoord te geven op de vraag *waarom* de fiscale eenheid is ontstaan zodat hiermee de historische grondslag van de regeling kan worden vastgesteld. Hiervoor zal de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de fiscale eenheid worden behandeld en tevens worden onderzocht op basis van welke gronden de wetgever tot het besluit gekomen is het bijzondere regime van de fiscale eenheid in te voeren. Om een en ander in perspectief te plaatsen is een belangrijke waarneming dat de fiscale-eenheidregeling (de volledige fiscale consolidatie) door geen van de andere EU-lidstaat is ingevoerd⁶⁴. Dit staat in een opvallend schril contrast met het succes waarmee bijvoorbeeld de deelnemingsvrijstelling, eveneens een Nederlandse uitvinding, wel door andere EU-lidstaten is overgenomen⁶⁵. Deze waarneming geeft mijn inziens een gelegitimeerde aanleiding tot een kritische beschouwing van de totstandkoming van de fiscale eenheid.

§ 3.1.1 Deelvraag 2

Wat is de historische grondslag van de fiscale eenheid en vormt het fictiemechanisme van art. 15 Wet VpB hier de beste oplossing voor?

⁶⁴ Zie bijvoorbeeld de Verliesmededeling (COM(2006) 824def waarin wordt vermeld dat slechts een lidstaat een groepsregeling heeft die gebaseerd is op een volledige fiscale consolidatie.

⁶⁵ Zie IBFD, Country Surveys. Het Franse systeem van resultatenpooling en neutralisatie van een aantal intercompany transacties komt het meest in de buurt van de Nederlandse fiscale eenheid.

§ 3.1.2 Hoofdstukindeling

- § 3.2 Fiscaal beleid in 19^e en begin 20^e eeuw
- § 3.3 Verschillen uitdelingsbelasting versus winstbelasting
- § 3.4 Het wetsontwerp Wet op de Winstbelasting 1940
- § 3.5 Alternatieve methoden
- § 3.6 Analyse
- § 3.7 Conclusie

Conclusie vooraf en verantwoording van de hoofdstukindeling

Tijdens de bestudering van de totstandkoming van het fiscale-eenheidregime bleek al gauw dat de invoering van deze regeling nauw verbonden is met de invoering van de eerste zelfstandige winstbelasting van lichamen⁶⁶. De regeling vervulde daarmee een belangrijke schakel tijdens de overgang van een lange periode (van circa eind 17^e eeuw tot het begin van de 20^e eeuw) van uitdelingsbelastingen naar de invoering van de eerste winstbelasting van lichamen. Vanwege deze bevinding is besloten om in de eerste paragraaf (§3.2) aan te vangen met een behandeling van het fiscale beleid tijdens de 19^e en 20^e eeuw, in het bijzonder ten aanzien van de belastingheffing van de N.V.⁶⁷ Vervolgens zal in opvolgende paragraaf (§3.3) een analyse volgen van de essentiële verschillen tussen een uitdelingsbelasting en een winstbelasting omdat in de overstap van een stelsel van uitdelingsbelastingen naar de eerste zelfstandige winstbelasting van lichamen de noodzaak tot invoering van een resultatenconsolidatieregeling is ontstaan. Pas in §3.4 zal worden ingegaan op het wetsontwerp Wet op de Winstbelasting 1940 die de basis vormde van de Besluit Winstbelasting 1940 en de wijze waarop de fiscale eenheid hierin tot stand is gekomen. Uiteindelijk volgt een analyse van de bevindingen en een afsluitende conclusie.

§ 3.2 Fiscaal beleid in 19^e en begin 20^e eeuw

§ 3.2.1 Overzicht

⁶⁶ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 15 Wet VpB 1969 (oud), Aantekening 3, Strekking fiscale eenheid bij(digitaal geraadpleegd via Kluwer Navigator (bg.t: tot 22-05-2011).

⁶⁷ De B.V. vond zijn introductie pas op 29 mei 1971 met de invoering van de Wet op de Besloten Vennootschap 1971, de Wet van 3 mei 1971, *Stb.* 286.

Tabel 2.1 Historisch overzicht van de belastingheffing van winsten uit ondernemingsuitoefening door lichamen.

PERIODE	BELASTINGWET	RELEVANTE BELASTINGHEFFING TEN AANZIEN VAN VENNOOTSCHAPSWINSTEN
1819 – 1891	Wet op het Patentregt (Stb. 34)	Uitdelingen door NV's belast tegen een tarief van 2%
1892 – 1914	Wet 27 september 1892, Stb. 223. (Wet op de Vermogensbelasting) Wet van 2 oktober 1893 (Stb. 149) (Wet op de Bedrijfsbelasting) (Gesplitste Inkomstenbelasting)	De uitdelingen door NV's werden effectief belast tegen een percentage van 3,2 procent.
1915 – 1917	Wet op de Inkomstenbelasting 1914	Een hervormde enkelvoudige inkomstenbelasting waarin een dividendbelasting was geïncorporeerd van 5%
1918 – 1940	Wet op de Dividend & Tantiëmebelasting 1917	De introductie van een zelfstandige uitdelingsbelasting. Het tarief was aanvankelijk 5% maar steeg gedurende het bestaan naar 12,05%
<u>overgangsfase</u>		
1941 – 1942	Besluit op de winstbelasting 1940	De introductie van een eerste zelfstandige winstbelasting van lichamen
1943 – 1969	Besluit op de vennootschapsbelasting 1942	Voorzetting van het Besluit op de winstbelasting 1940
Sinds 1970	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969	Besluit op de vennootschapsbelasting 1942

§ 3.2.2 1^e Uitdelingsbelasting: de Wet op het Patentregt

Deze belasting bestond uit twee elementen. Als eerst was eenieder die een onderneming wilde starten hier verplicht een vergunning voor aan te vragen⁶⁸. Om de vergunning verleend te krijgen moest een initieel bedrag aan belasting worden betaald dat werd bepaald aan de hand van de verwachte

⁶⁸ K.M. Braun, 'Fiscaal beleid in Nederland van 1800 tot na 2000', *WFR* 1997/436.

winstcapaciteit⁶⁹. Anderzijds waren alle winstuitdelingen die door de ondernemer uit hoofde van de onderneming werden ontvangen patentplichtig⁷⁰. De rechtsgrondslag van de Wet op het Patentrecht moet vooral worden gevonden in het profijtbeginsel nu de algemene aanvaarde gedachte was dat alle onderdanen die de bescherming genieten van de Nederlandse staat op voorhand belasting zijn verschuldigd⁷¹. Ten aanzien van de NV werd belasting geheven over de dividenduitkeringen tegen een tarief van 2%⁷². Daarnaast was het bedrag waarmee de liquidatie-uitkering het geïnvesteerde kapitaal te boven ging belast tegen hetzelfde tarief waardoor de uitdelingsbelasting al enige kenmerken vertoonde van huidige totaalwinstbegrip. Niessen ziet in zoverre in de Wet op het Patentrecht een eerste primitieve vorm van een winstbelasting⁷³.

§ 3.2.3 2^e Uitdelingsbelasting: de Wet op de Bedrijfsbelasting 1893

De Wet van 2 oktober 1893 (hierna: “de Bedrijfsbelasting 1893”) werd samen met de Wet van 27 september 1892 (hierna: “de Vermogensbelasting 1892”) de zogeheten gesplitste inkomstenbelasting genoemd⁷⁴. In het wetsontwerp-Pierson dat de basis vormde voor deze belastingwetten was in eerste instantie bepaald dat op grond van de Bedrijfsbelasting alle winstuitdelingen zouden worden belast tegen een tarief van 24%⁷⁵. Daarnaast was op grond van de Vermogensbelasting 1892 het kapitaalvermogen van de N.V. belast bij de aandeelhouders. Op grond van de Vermogensbelasting 1892 was dus belasting verschuldigd over het inkomen uit kapitaalbezit. Het kapitaalinkomen werd forfaitair gefixeerd op een rendement van 4%. Hetzelfde percentage zoals we die nu kunnen voor het bepalen van box-3-inkomen in de Wet IB 2001, alhoewel inmiddels vaststaat dat dit gefixeerde percentage per 1 januari 2017 zal komen te vervallen⁷⁶. Vervolgens werd over deze rendementsgrondslag een belastingtarief geheven van minimaal 2,5 en maximaal 3,75%⁷⁷. Gemiddeld bedroeg de effectieve belastingdruk hiermee minimaal 0,1%⁷⁸ en maximaal 0,15%⁷⁹ (onder voorbehoud van een eventuele belastingvrije voet). Schematisch kan de belasting ten aanzien van de N.V. als volgt worden weergegeven

⁶⁹ K.M. Braun, ‘Fiscaal beleid in Nederland van 1800 tot na 2000’, *WFR* 1997/436.

⁷⁰ Vakstudie Vennootschapsbelasting, aanhef Wet VPB 1969, aantekening. 1.2.2.

⁷¹ K.M. Braun, ‘Fiscaal beleid in Nederland van 1800 tot na 2000’, *WFR* 1997/436.

⁷² Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Aantekening 1.2.2 De Wet op het Patentrecht bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Aanhef.

⁷³ R.E.C.M. Niessen, Inleiding tot het Nederlands belastingrecht, Fiscale Handboeken, Kluwer: Deventer 2010, 9^e druk, p. 22.

⁷⁴ S.A.W.J. Strik, Cursus Belastingrecht, Vpb.0.0.2.b1.II Wet op de bedrijfsbelasting.

⁷⁵ Cursus Belastingrecht, Vpb.0.0.2.b1.II Wet op de bedrijfsbelasting.

⁷⁶ Zie Belastingplan 2016.

⁷⁷ K.M. Braun, Fiscaal beleid in Nederland van 1800 tot na 2000, *WFR* 1997/436

⁷⁸ $0,025 * 0,04 * 100 = 0,1\%$

⁷⁹ $0,0375 * 0,04 * 100 = 0,15\%$

Gesplitste IB-delen	Belastingwet	Tarief	Grondslag
deel 1	de Bedrijfsbelasting 1893	24%	de winstuitdeling
deel 2	de Vermogensbelasting 1892	2,5 tot 3,75%	4% van het kapitaal ⁸⁰

Omdat hierdoor het kapitaal dat in de N.V. wordt geïnvesteerd economisch dubbel zou worden belast was in het wetsontwerp-Pierson het ontwerp bedacht om de grondslag van de vermogensbelasting in mindering te laten komen van de grondslag van de bedrijfsbelasting. Het zogenaamde aftrekvoorstel. Effectief zou dit betekenen dat een deel van het dividend belast zou worden tegen het lagere vermogensbelastingtarief van tussen de 2,5% en 3,75% en het meerdere zou worden belast tegen 24%⁸¹. Door de weerstand tegen de gedachte dat in beginsel economisch dubbele heffing zou ontstaan, de complexiteit en de bevoordeling van buitenlandse investeerders stuitte het voorstel op dusdanig veel weerstand in de Tweede Kamer waardoor het ontwerp uiteindelijk moest worden aangepast⁸². Het aftrekvoorstel werd ingetrokken en het uitdelingstarief werd fors verlaagd naar een percentage van twee procent (bij invoering van de wet uiteindelijk 2,5%)⁸³. Uiteindelijk is door een te lage opbrengst van deze twee belastingwetten en de behoefte die ontstond aan een volwaardige inkomstenbelasting een volgende hervorming in gang gezet in het ontwerp-Kolkman⁸⁴.

§ 3.2.4 3^e Uitelingsbelasting: de Wet op de Inkomstenbelasting 1914

In de Wet op de Inkomstenbelasting 1914 was een uitdelingsbelasting in de inkomstenbelasting geïncorporeerd tegen een tarief van 5%⁸⁵. Dit betekende dat de N.V. als heffingssubject *binnen* de inkomstenbelasting werd gebracht. Deze vreemde systematiek was het gevolg van het heersende paradigma dat een N.V. geen zelfstandige status zou kunnen hebben. De gedachte was dat een N.V. niet méér zou kunnen zijn dan een verlengstuk van de aandeelhouders. Kolkman zag de N.V. bijvoorbeeld als een ‘*vereniging van personen*’ die zelfstandig geen winst kan behalen maar dat doet

⁸⁰ Met het kapitaal wordt hier bedoeld het kapitaal dat de aandeelhouders bezitten in de N.V. In feite wordt hiermee het vermogensbezit uit hoofde van het aandeelhouderschap in de heffing betrokken wat vergelijk is met het huidige box-3-regime.

⁸¹ 4% over het achterliggende vermogen is namelijk belast tegen een gemiddeld tarief van 3,125%. Wanneer het dividendrendement 6% zou bedragen zou alleen het meerdere, dus 2% effectief belast zijn tegen 24%.

⁸² K.M. Braun, ‘Fiscaal beleid in Nederland van 1800 tot na 2000’, *WFR* 1997/436

⁸³ Cursus Belastingrecht, Vpb.0.0.2.b1.II Wet op de bedrijfsbelasting zie voorts: Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Aantekening 1.2.3 De Wet op de Vermogensbelasting 1892 en de Wet op de Bedrijfsbelasting 1893 bij: Wet op de Vennootschapsbelasting 1969, Aanhef
Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Aantekening 1.2.3 De Wet op de Vermogensbelasting 1892 en de Wet op de Bedrijfsbelasting 1893 bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Aanhef.

⁸⁴ Zie vorige voetnoot.

⁸⁵ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Aantekening 1.2.4 De Wet op de inkomstenbelasting 1914 bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Aanhef.

voor haar ‘leden’^{86,87}. De gedachte van Kolkman was dat fiscaal door de NV *heen* moest worden gekeken waardoor de discussie over economisch dubbele heffing op voorhand in de kiem kon worden gesmoord. Wanneer een lichaam namelijk volgens de maatschappelijke opvatting geen zelfstandigheid zou kunnen hebben, heeft dit logischerwijs tot gevolg dat een zelfstandige winstbelasting van lichamen in zijn geheel geen rechtsgrond kan hebben.

Minister Treub die het definitieve wetsvoorstel uiteindelijk in de Tweede Kamer heeft moeten verdedigen was het hier echter principieel mee oneens dat de N.V. en de aandeelhouders vereenzelvigd zouden moeten worden⁸⁸. Hier zien we dus een langzame paradigmaverschuiving richting een zelfstandige behandeling van lichamen. Treub verwierp daarentegen wel de gedachte dat de in de Wet IB 1914 geïncorporeerd uitdelingsbelasting zou moeten worden gezien als een ‘zelfstandige belastingheffing van de N.V.’⁸⁹. Volgens Treub moest deze worden gezien als een objectieve belasting van de dividendstromen die worden genoten door de aandeelhouders. Het karakteriseren van de belasting als een *zakelijke* belasting zou daarom alleen zijn ingegeven vanuit de gedachte dat de genoten dividenden afkomstig zijn uit een zakelijke bron van inkomen⁹⁰. Omdat Treub het onjuist vond dat deze zakelijke uitdelingsbelasting was ondergebracht in de Wet IB 1914 werd een derde hervorming ingezet die heeft geleid tot de invoering van de eerste echte uitdelingsbelasting: Wet op de Dividend & Tantiëmebelasting 1917.

§ 3.2.5 4^e Uitdelingsbelasting: de Wet op de Dividend & Tantiëmebelasting 1917

Met de invoering van de Wet op de Dividend en Tantiëmebelasting 1917 was de bedoeling erin gelegen de reeds bestaande uitdelingsbelasting uit de inkomstenbelasting te tillen en op zelfstandige basis verder te laten gaan⁹¹. In het 33-jarige bestaan van deze wet waren winstuitkeringen van N.V.’s, C.V.’s op aandelen, coöperaties, verenigingen en verzekeringsmaatschappijen proportioneel belast tegen een belastingtarief van aanvankelijk 5%. Gedurende het 33-jarige bestaan steeg dit percentage naar 12,05%⁹². Op grond van deze belastingwet werd belasting geheven op het moment dat door een topmaatschappij van een groep dividenden aan de aandeelhouders werden uitgekeerd. Het karakter van deze belasting was niet geheel ondubbelzinnig. De wetgever wilde namelijk met de belasting een

⁸⁶ Belastingaspecten van de opbrengst van beurs aandelen (Fiscale Monografieën r. 29), 2.2 Wet op de Inkomstenbelasting 1914.

⁸⁷ Bij de hervorming en het wetsontwerp die hebben geleid tot de Wet op de Inkomstenbelasting 1914 waren vier opvolgende Ministers van Financiën betrokken: De Meester (naar wie het wetsontwerp ook is vernoemd), Kolkman, Bertling en Treub.

⁸⁸ J. Verburg, Vennootschapsbelasting, Fiscale Handboeken, nr. 4, 2.2 Van Pierson tot Treub.

⁸⁹ Vakstudie Vennootschapsbelasting, aanhef Wet VpB 1969, aantekening 1.2.5. (online geraadpleegd, bijgewerkt tot 02-03-2016).

⁹⁰ Zakelijk in de zin van *niet* uit de privé sfeer voortkomende inkomsten. In feite komt deze terminologie voort uit hetgeen in de volksmond als zakelijk wordt gezien. Namelijk alle vormen van bedrijvigheid anders dan particuliere activiteiten zoals het verhuren van een pand.

⁹¹ Van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, pag. 2

⁹² Vakstudie Vennootschapsbelasting, aanhef Wet VpB 1969, aantekening 1.2.5. Aanhef (online geraadpleegd, bijgewerkt tot 02-03-2016)

zelfstandige belasting heffen van lichamen maar de belasting wel uiteindelijk laten drukken op de natuurlijke aandeelhouders⁹³. Op de vraag of het niet beter zou zijn geweest een zelfstandige winstbelasting in te voeren antwoorde Treub dat dit voor de belastingopbrengst principieel geen verschil zou uitmaken en dat het bovendien bezwaarlijk zou zijn de winstvaststelling door de N.V.'s zelf te laten bepalen⁹⁴. Van Gijn die Treub opvolgde sprak bovendien van het feit dat de uitdelingsbelasting dusdanig was ingeburgerd in de Nederlandse samenleving dat het onwenselijk zou zijn een winstbelasting in te voeren. De Wet op de Dividend en Tantiëmebelasting 1917 werd uiteindelijk ingevoerd op 1 mei 1918 en was in werking tot het jaar 1940⁹⁵.

§ 3.2.6 Tekortkomingen & aanleiding eerste winstbelasting

Nadat de Wet op de Dividend & Tantiëmebelasting 1917 was ingevoerd traden een aantal maatschappelijke ontwikkelingen op waardoor de uitdelingsbelasting niet meer toereikend was. De belangrijkste ontwikkeling had betrekking op de vlucht van IB-ondernemers in de N.V.⁹⁶, terwijl de N.V. aanvankelijk bedoeld was als een rechtspersoon voor beursachtige ondernemingen⁹⁷. De populariteit van de N.V. in besloten familiale kringen was dusdanig groot dat op enig moment zelfs in de jaarverslaggeving een onderscheid gemaakt werd tussen een open en gesloten variant van de N.V., waarbij de gesloten NV was vrijgesteld van de jaarlijkse publicatieplicht⁹⁸. De gesloten N.V. vormde uiteindelijk de basis voor de Wet op de Besloten Vennootschap 1971 waarop alle N.V.'s weer publicatieplichtig werden⁹⁹. Het gebruik van de N.V. in besloten sfeer leidde tot de volgende uitvoeringsproblemen voor de wetgever.

§ 3.2.6.1 *Belastinguitstel*

Het dividendbeleid van de vennootschap kwam onder invloed te staan van het directe belang van de directeur-groootaandeelhouder (hierna: de 'DGA'). Voor de DGA was het in zijn (of haar) eigen belang om de winsten zo min mogelijk uit te keren. Door de winsten op te potten kon de uitdelingsbelasting hiermee voor onbepaalde tijd worden uitgesteld. Dit maakte bovendien mogelijk dat de DGA binnen zijn 'besloten' N.V. belastingvrij kon sparen. De Wet op de Dividend & Tantiëmebelasting 1917 was

⁹³ J.H.R. Sinninghe Damsté, De Wet op de dividend- en tantiëmebelasting, Zwolle: Tjeenk Willink 1925, p. 3.

⁹⁴ Vakstudie Vennootschapsbelasting, aanhef Wet VpB 1969, aantekening 1.2.5. (online geraadpleegd, bijgewerkt tot 02-03-2016).

⁹⁵ Vakstudie Vennootschapsbelasting, aanhef Wet VpB 1969, aantekening 1.2.5. De dividend- en tantiëmebelasting 1917 (online geraadpleegd, bijgewerkt tot 02-03-2016).

⁹⁶ F.M. Wibaut, Winstbelasting van naamloze vennootschappen, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 12, Purmerend: J. Muusses 1930, p. 29.

⁹⁷ F.K. Buijn, P.M. Storm, Ondernemingsrecht, BV en NB praktijk (Recht en Praktijk nr. ONR4), 1.4.1. Een korte historie.

⁹⁸ Camfferman, C. & Brand van den, B.R.C.J. (2010). Jaarverslagen van Nederlandse ondernemingen vanaf 1811 tot 2005. (Broncommentaren, 8). Den Haag: Instituut voor Nederlandse Geschiedenis, p. 39-45

⁹⁹ Nederland liep hierin achter op de vennootschapsrechtelijke ontwikkelingen in omliggende landen. Duitsland introduceerde reeds in 1892, naast de AG (N.V.-achtige), de GmbH (B.V.-achtige) voor kleinere ondernemingen. Frankrijk introduceerde deze vorm in 1925 met de Sarl (B.V.-achtige) naast de reeds bestaande SA (N.V.-achtige).

hier niet op ingericht doordat het uitgangspunt kennelijk was dat de N.V. (als rechtsvorm) alleen zou worden gebruikt voor grote beursachtige ondernemingen waarvan de kapitaalbehoefte dusdanig groot is dat deze niet in besloten sfeer tot stand zouden kunnen worden gebracht. Bij dit type ondernemingen is het eigendom en de zeggenschap noodzakelijkerwijs verspreid over meerdere, van elkaar onafhankelijke aandeelhouders waardoor het dividendbeleid logischerwijs objectief tot stand zou moeten komen¹⁰⁰. In feite is dan sprake van een disciplineringsmechanisme van de aandeelhouders richting het bestuur, waardoor overtollig geraakte winsten altijd zullen worden uitgekeerd¹⁰¹.

§ 3.2.6.2 *Ontbreken van een evenwicht tussen de IB-ondernemer en de DGA*

Doordat binnen een N.V. belastingvrij kon worden gespaard en de uitdelingen belast waren tegen een lager tarief dan het progressieve IB-tarief leidde dit tot een tweede probleem: een massale inbreng van IB-ondernemingen in de N.V.¹⁰² Naast de belasting die hiermee kon worden ontweken werd hiermee dus ook duidelijk dat het fiscale stelsel niet voorzag in een evenwicht tussen de IB-ondernemer en de DGA. Dit leidde onder andere tot de invoering van de Wet Richtige Heffing 1925 waarmee de massale inbreng van IB-ondernemingen in de NV moest worden bestreden¹⁰³. In de literatuur wordt deze periode mede hierdoor beschouwd als een fase waarin de wetgever sterk faalde in zijn fiscale beleid met als dieptepunt het wetsvoorstel Besloten Vennootschappen 1934 waarvan de bedoeling was dat door de B.V. heen te kijken en de DGA op te dezelfde wijze te behandelen als een firmant¹⁰⁴.

§ 3.2.7 **Tussenconclusie**

De periode van uitdelingsbelastingen laat zich kenmerken als een fase waarin het fiscale beleid van de wetgever sterk faalde. De primaire aanleiding voor het vervangen van de uitdelingsbelasting door een eerste zelfstandige winstbelasting was gelegen in het tegengaan van belastingontwijking en niet zozeer in de wens het fiscale stelsel te willen moderniseren. Dit falende beleid wordt voortgezet wanneer de wetgever een winstbelasting wil invoeren doordat zij geen onderscheid ziet tussen een winstbelasting en een uitdelingsbelasting (zie volgende paragraaf).

¹⁰⁰ De Agency Theory schrijft bijvoorbeeld voor dat de principalen (de aandeelhouders) de agenten (het NV-bestuur) constant onder druk zal zetten om alle overtollige dividenden uit te keren. De hier achterliggende economische theorie is dat A) vrij beschikbare winstreserves leiden tot risico-zoekend gedrag van de bestuurders en B) de taak om te diversifiëren door te investeren in andere activiteiten dan de kernactiviteit van de NV, primair bij de aandeelhouders ligt. Deze theory is gebaseerd.

¹⁰¹ J.B.S. Hijink, Publicatieverplichting beursvennootschappen (*IVOR* nr. 74), 7.2.1 Enige Aspecten van de “agency-theorie”.

¹⁰² H. Vording, *Radicale belastinghervorming in Nederland: een mislukte poging (1936-1939)*, Rijkersbundel, Tilburg University, Tilburg 2013, blz. 437.

¹⁰³ O.L. Mobach e.a.: *Cursus Belastingrecht – Richtige heffing en fraus legis*, par. 2.1.

¹⁰⁴ H. Vording, *Radicale belastinghervorming in Nederland: een mislukte poging (1936-1939)*, Rijkersbundel, Tilburg University, Tilburg 2013, blz. 437.

§ 3.3 Verschillen tussen een uitdelingsbelasting en een winstbelasting

Bij de totstandkoming van het wetsontwerp Wet op de Winstbelasting 1940 was de wetgever van mening dat er geen verschillen zouden bestaan tussen een uitdelingsbelasting enerzijds en een winstbelasting anderzijds¹⁰⁵. Dit leidde er toe dat bij het wetsontwerp Wet op de Winstbelasting 1940 geen specifieke aandacht is besteedt aan de verschillen tussen een winstbelasting en een uitdelingsbelasting. Volgens minister De Geer die verantwoordelijk was voor het wetsontwerp Wet op de Winstbelasting 1940 was de keuze tussen een uitdelingsbelasting en winstbelasting slechts *van principiële aard* nu de uitdelingsbelasting immers er ook toe strekt de winst te treffen. Volgens de minister volgt hieruit dat het diepgaande onderscheid tussen een winstbelasting en dividendbelasting eigenlijk niet bestaat¹⁰⁶. De vervanging van de Wet op de Dividend & Tantiëmebelasting 1917 zou volgens de minister daarom moeten worden gezien als ‘slechts een kwestie van heffingstechniek’. Mijn inziens berust deze overweging van de minister op onjuiste gronden doordat een winstbelasting op een tweetal elementen wezenlijk verschilt van een uitdelingsbelasting. Te weten het *heffingsmoment* en de *heffingsgrondslag*. Had de wetgever dit wel gedaan, dan had het kunnen signaleren dat er behoefte zou zijn een regeling als de fiscale eenheid en andere kernfaciliteiten. In

§ 3.3.1 Het heffingsmoment

Bij een uitdelingsbelasting hangt het heffingsmoment niet samen met de feitelijke winstrealisatie maar met het moment waarop de winst wordt uitgekeerd aan de aandeelhouders. Hierdoor zou kunnen worden gesteld dat het heffingsmoment van een uitdelingsbelasting niet tijdsgebonden is maar afhankelijk is van een externe factor (de winstuitdeling). Het heffingsmoment bij een winstbelasting is daarentegen wel tijdsgebonden waardoor het van onmiskenbaar belang is dat een objectief en logisch kader van winstrealisatie tot stand wordt gebracht. Dit kader is wat de wetgever het goed koopmansgebruik heeft genoemd (hierna: ‘GKG’)¹⁰⁷. Het GKG werd als een open norm in de wet opgenomen wat betekende dat de feitelijke invulling aan de rechter werd overgelaten. Uiteindelijk heeft zich door middel van casuïstische rechtsbevinding hier een leerstuk over gevormd in de jurisprudentie. Omdat het niet uitvoerbaar is dat winsten onmiddellijk na het realisatiemoment in de heffing worden betrokken, is samenhangend met het GKG bovendien bepaald dat de winstbelasting per kalenderjaar (het belastingjaar) wordt geheven aan de hand van de jaarwinst.¹⁰⁸ Een eventuele arbitrage tussen belastingjaren is opgelost doordat op grond van het GKG de baten en lasten moeten worden gealloceerd aan de jaren waarop zij betrekking hebben. Belangrijk is bovendien ook om vast

¹⁰⁵ De Vries, *Curus Belastingrecht*, VpB. (oud).0.0.2.a. De uitdelingsbelastingen (01-04-1999).

¹⁰⁶ Heffing winstbelasting voorgesteld, *Historische Kranten, Erfgoed Leiden en Omstreken* Leidsch Dagblad | 16 januari 1940 | pagina 10 (10/10).

¹⁰⁷ Het goedkoopmansgebruik was in het wetsontwerp Wet op de Winstbelasting 1940 opgenomen in art. 5 waarin was geregeld dat de vaststelling van activa en passiva moest worden geschat overeenkomstig goed koopmansgebruik. De oorsprong van het goed koopmansgebruik hing echter niet samen met de introductie van het winstwetsvoorstel maar kent een veel langere historie waarvan de oorsprong onduidelijk is. Zie bijv. J.A. Fray, *Goed koopmansgebruik*, *WFR* 1995/4270 p. 1071.

¹⁰⁸ Zie het huidige art. 3.25 Wet IB 2001 waarin het GKG en het jaarwinstbegrip samen zijn opgenomen.

te stellen dat het jaarwinstbegrip onderdeel uit maakt het bredere totaalwinstbegrip. Het jaarwinstbegrip is hierin ondergeschikt aan de totaalwinst en prevaleert wanneer een tegenstrijdigheid tussen deze twee beginselen zou bestaan¹⁰⁹. Op grond van art. 3.8 Wet IB 2001 omvat de totaalwinst alle voordelen (in algebraïsche zin) die uit onderneming worden behaald. Dit totaalwinstbegrip is dus nominalistisch en niet tijdsgebonden en verzekert dat uiteindelijk *alle* resultaten, over de gehele ondernemingsduur, in de heffing worden betrokken¹¹⁰. Dit betekent dat winsten die niet in de jaarwinstbepaling tot uitdrukking komen uiteindelijk altijd in de totaalwinst tot uitdrukking zullen komen.

§ 3.3.2 De heffingsgrondslag

Het tweede element waarop een winstbelasting wezenlijk verschilt van een uitdelingsbelasting, is ten aanzien van de heffingsgrondslag. Een uitdelingsbelasting heeft in een tweetal situaties een smallere heffingsgrondslag. Hiervoor zijn twee oorzaken aan te wijzen: herinvesteringen en groepsverliezen.

§ 3.3.2.1 Herinvesteringen

Bij een uitdelingsbelasting worden winsten alleen belast voor zover zij de onderneming *verlaten*. De winsten worden hiermee alleen in de heffing worden betrokken voor zover zij vanuit bedrijfseconomisch oogpunt dus *overtollig* zijn geraakt¹¹¹. Bij een winstbelasting worden winsten in de heffing betrokken ongeacht de bestemming. Deze ongenueanceerdheid is bezwaarlijk vanuit het welvaartsbeginsel doordat kan worden geconstateerd dat bedrijfseconomisch handelen fiscaal wordt belemmerd. Bedrijfseconomisch kunnen ingehouden winsten twee functies vervullen:

1) *Herinvesteren in het vaste kapitaal*

De bedrijfseconomische handeling die hiermee samenhangt is die van '*de vervanging*'. De winsten die hier voor worden gebruikt zijn in feite de boekwinsten op de bedrijfsmiddelen die worden vervangen. De boekwinsten worden *geherinvesteerd* in een vervangend bedrijfsmiddel¹¹². Het bedrijfseconomische belang is dat de continuïteit van de onderneming wordt gewaarborgd. De

¹⁰⁹ Een mogelijke discussie zou bijvoorbeeld kunnen ontstaan ten aanzien van een herwaardering waarmee een winst tot uitdrukking komt in de jaarwinst om daarmee compensabele verliezen te benutten die anders verloren zouden gaan. In *BNB* 1993/196 heeft de HR min of meer overwogen dat het totaalwinstbegrip rechtvaardigt dat een constructie gevormd wordt waarmee voorkomen wordt dat compensabele verliezen verdampen. De enige beperking die HR hier aan stelt is dat de verliezen niet zijn aangekocht. In *BNB* 1993/197 is deze lijn bevestigd.

¹¹⁰ De totaalwinst van een onderneming wordt bepaald aan de hand van de vermogensvergelijking: de exercitie luidt als volgt: de eindwaarde van het eigen vermogen op de liquidatiebalans minus de beginwaarde van het eigen vermogen op de openingsbalans (beide naar de WEV en gecorrigeerd voor onttrekkingen/winstuitdelingen en stortingen).

¹¹¹ In de IB-sfeer worden de overtollige kasreserves aan de hand van het etiketteringsvraagstuk uit het ondernemingsvermogen gelaten. In de VpB-sfeer worden lichamen daarentegen o.g.v. art. 2, lid 5 Wet VpB geacht met hun hele vermogen een onderneming te drijven. Echter bestaat hier de gedachte dat zij overtollige winsten niet blijvend zullen inhouden en beleggen omdat deze functie (van beleggen en diversificatie) op het niveau van de aandeelhouder hoort.

¹¹² Het begrip 'bedrijfsmiddel' komt voort uit art. 3.30 Wet IB 2001.

invulling die de HR gegeven heeft aan het begrip ‘bedrijfsmiddel’ is hetgeen in de bedrijfseconomische leer wordt gezien als de duurzame productiemiddelen. Zie o.a. BNB 1953/119 en BNB 1958/6 . In BNB 1959/357 overweegt de HR dat deze ‘duurzame kapitaalgoederen’ zich kwalificeren als het ‘vaste kapitaal’ van de onderneming. In zoverre kan dus worden geconcludeerd dat een uitdelingsbelasting het in standhouden van het vaste kapitaal niet belemmert. Het probleem als gevolg van de directe heffing bij winstrealisatie is enerzijds een liquiditeitsprobleem en anderzijds een cashflow-nadeel. Het liquiditeitsprobleem ontstaat doordat belasting verschuldigd is over de gerealiseerde boekwinsten terwijl de *gehele* opbrengst benodigd is voor het vervangen van het bedrijfsmiddel. Het cashflow-nadeel ontstaat doordat *eerder* dan vanuit een bedrijfseconomisch oogpunt wenselijk is, belasting moet worden afgedragen. Bovendien levert de belastingafdracht een financieringstekort op waardoor kosten zullen worden gemaakt om het financieringstekort te dichten. Deze kosten verlagen uiteindelijk de totaalwinst. De mogelijkheid waarop de wetgever voor dit knelpunt in een faciliteit had kunnen voorzien, was door een fiscale reserve toe te staan waar de boekwinsten aan zouden kunnen worden gedoteerd. In het wetsontwerp was echter niet in deze mogelijkheid voorzien wat ik een belangrijke tekortkoming vind.

Uiteindelijk heeft zich in de jurisprudentie van de HR een lijn ontwikkeld op grond waarvan de ondernemer een vervangingsreserve mag vormen wanneer in feite sprake is van een ruil van bedrijfsmiddelen. Ook wel de zogenaamde ruiljurisprudentie genoemd die uiteindelijk als de herinvesteringsreserve is gecodificeerd in art. 2.54 Wet IB 2001 (voorganger: art. 14 Wet IB 1964)¹¹³. Deze ruiljurisprudentie had alleen tot ontwikkeling kunnen komen doordat de HR kennelijk in een van de GKG-beginselen een basis hiervoor zag.

2) *Herinvesteren in groei*

Niet alleen het in stand houden van het vaste kapitaal is vanuit bedrijfseconomisch oogpunt van belang maar ook dat fiscaal ongehinderd geïnvesteerd kan worden in de groei van de onderneming (autonoom of door middel van groei). Ook deze faciliteit komt van rechtswege tot uitdrukking in een uitdelingsbelasting.

§ 3.3.2.2 *Verliezen binnen groepsverband*

De tweede situatie waarin de grondslag van een uitdelingsbelasting kleiner is dan die van een winstbelasting is wanneer in groepsverband verliezen worden geleden. Dit doet zich het meest zichtbaar voor bij deelnemingspercentages van 100% tussen groepsvennootschappen. Bij een uitdelingsbelasting zijn alleen de uitdelingen aan de uiteindelijke aandeelhouders (natuurlijke personen) belast waardoor eventuele groepsverliezen automatisch horizontaal worden verrekend. Bij

¹¹³ L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001* 2^e druk, Fiscale Handboeken, Kluwer: Deventer 2014, p. 516.

een winstbelasting vindt deze horizontale verliesverrekening niet vanzelf plaats waardoor groepsvorming wordt belemmerd. Hierdoor ontstaat bij een winstbelasting de noodzaak dat horizontale verliesverrekening door middel van een faciliteit mogelijk wordt gemaakt.

§ 3.3.3 Deelnemingsvrijstelling

Hoe zit het met de deelnemingsvrijstelling? Deze is om twee redenen niet in de bovenstaande analyse opgenomen. De eerste meest voor hand liggende reden is dat de deelnemingsvrijstelling reeds voor het wetsontwerp Wet op de Winstbelasting 1940 bestond en als zodanig in het wetsontwerp is overgenomen¹¹⁴. De tweede reden is dat een deelnemingsvrijstelling tot doel heeft dat winsten economisch niet dubbel worden belast: het zogenaamde ne bis idem-beginsel. Dit algemene rechtsbeginsel gaat over rechtvaardigheid en gaat mijn inziens niet zozeer over tekortkomingen binnen een belastingwet zelf die het bedrijfseconomische handelen belemmeren.

§ 3.4 Het wetsontwerp Wet op de Winstbelasting 1940

In het wetsontwerp Wet op de Winstbelasting 1940 was aanvankelijk dus niet voorzien in de mogelijkheid tot horizontale verliesverrekening. Dit werd logischerwijs in de vakliteratuur direct gesignaleerd als een grote tekortkoming¹¹⁵. Met name in 100%-deelnemingsverhoudingen tussen moeder- en dochtermaatschappijen was de pijn het meest zichtbaar. In de literatuur heerste de gedachte dat het beginsel van risicospreiding noodzakelijk was voor het bedrijfsleven en niet bemoeilijkt zou mogen worden door de nieuwe winstbelasting¹¹⁶. De gedachte was dat een groep opererende vennootschappen gezien moest worden als één enkele onderneming maar onderverdeeld werd in verschillende rechtspersonen omdat de aansprakelijkheidsrisico's moesten worden onderverdeeld. Uiteindelijk is door toenmalig professor Van Loon bij de Minister van Financiën bepleit voor een bepaling die voor concernverhoudingen belastingheffing op holdingniveau zou bewerkstelligen¹¹⁷. Van Loon bepleitte het volgende: *“Het onderbrengen van ondernemingen in moeder- en dochtermaatschappijen is uit den aard der zaak bedoeld ter verdeling van risico's, een zeer gezond beginsel in het bedrijfsleven. Het is te betreuren, dat het wetsontwerp hiermede geen rekening heeft gehouden en het zou dan ook geen overbodige weelde zijn om aan holdingmaatschappijen van het type der moedermaatschappij, die alle aandelen van dochtermaatschappijen bezit, de mogelijkheid te verschaffen om bij toepassing der winstbelasting als een geheel met de dochterondernemingen te worden beschouwd”*¹¹⁸.

¹¹⁴ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Aantekening 2. Geschiedenis bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Artikel 13.

¹¹⁵ J.J.M. Nijst, De Winstbelasting in de praktijk; artikel 27, *MAB*, 18^e jaargang nr. 2 p. 73.

¹¹⁶ J. Van Loon, De Holdingmaatschappij in het wetsontwerp, *De N.V.* 15-2-1940.

¹¹⁷ J.J.M Nijst, De Winstbelasting in de praktijk; artikel 27, *MAB*, 18^e jaargang nr. 2 pag. 73.

¹¹⁸ J. van Loon, De Holdingmaatschappij in het Wetsontwerp, *de N.V.* 15 februari 1940, pag. 350.

Van Tuijl geeft in zijn beschouwing van de fiscale eenheid opmerkingen die door Tweede Kamerleden tijdens het ‘voorlopig verslag¹¹⁹’ zouden zijn geplaatst en de minister er mede toe hebben bewogen art. 26bis aan het wetsontwerp toe te voegen. Ik citeer (bewerking van mijn hand): *“Eenige leden bepleitten een wijziging, welke het mogelijk maakt, dat hoofdenootschappen, welke de aandeelen van haar ondervenootschappen voor 100 pct. bezitten en voor welke handhaving van die ondervenootschappen om redenen van exploitatie noodzakelijk is, winst van enkele dier ondervenootschappen en verlies van andere harer blijven compenseren. Bij de toepassing van de Wet op de dividend- en tantiëmebelasting kan zulk een compensatie plaats vinden door verrekening van belasting bij uiteindelijke uitkeering door de hoofdenootschap. Een verrekening van dezen aard is bij de regeling van het ontwerp uitgesloten. Behaalt een ondervenootschap f 50 000 winst, dan is daarover winstbelasting verschuldigd, ook al leveren andere ondervenootschappen f 300 000 verlies. Bij zulk een constellatie ware naar de meening der hier aan het woord zijnde leden een heffing, gebaseerd op een verzamelbalans voor de geheele onderneming, de juiste oplossing”¹²⁰*. Hieruit blijkt dus dat de verzamelbalans van een groep als uitgangspunt is genomen voor de te ontwerpen regeling. Uit de wetsgeschiedenis blijkt vervolgens dat de minister hier gehoor aan heeft gegeven door uiteindelijk art. 26bis aan het Wetsontwerp toe te voegen¹²¹. Art. 26bis vormde hiermee de allereerste wettelijke grondslag van het huidige fiscale-eenheidregime. De uiteindelijke wetstekst luidde als volgt:

Artikel 27 Besluit Winstbelasting 1940¹²²

*“Indien en voor zolang alle aandeelen van een vennootschap in het bezit zijn van een lichaam als bedoeld is bij artikel 1, kan het Hoofd van het Departement van Financiën, onder door hem te stellen voorwaarden bepalen dat de belasting volgens dit besluit wordt geheven, alsof de eerstbedoelde vennootschap was opgegaan in het lichaam, dat al haar aandelen bezit”.*¹²³

§ 3.4.1 De ‘opgaan in’-methode

In art. 27 Besluit Winstbelasting 1940 zien we dus het ontstaan van de ‘opgaan in’-methode. Een inhoudelijke toelichting over de betekenis van het opgaan-in werd door de wetgever niet gegeven. Ook tijdens de parlementaire behandeling van het wetsontwerp is geen inhoudelijke aandacht besteedt aan art. 27, behalve een redactionele wijziging waarbij de bepaling naar artikelnummer 27 werd vernummerd¹²⁴. Een inhoudelijke behandeling van artikel 27 heeft dus niet plaatsgevonden. De oorzaak hiervan zal wellicht zijn gelegen in de oorlogstijden waarin de hervorming van het belastingstelsel plaatsvond. Ten tijde van het wetsvoorstel begon de Tweede Wereldoorlog en werd Nederland door de Duitsers bezet. Door deze tussenkomst van de Duitsers werd het wetsontwerp op

¹¹⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 1939-1940, 239, nr. 4, p. 23.

¹²⁰ Mr. B.A. van Tuijl, WFR, 1979/36, Fiscale eenheid, p. 3.

¹²¹ MvA d.d. 21 maart 1940, pag. 12. En voorts Nota van wijziging pag. 3.

¹²² Artikel 26bis werd ongewijzigd vernummerd naar art. 27.

¹²³ Paragraaf 1.1.1. Besluit op de Winstbelasting 1940.

¹²⁴ Mr. B.A. van Tuijl, WFR 1979/336, p1-2.

26 juli ongewijzigd ingevoerd als het Besluit op de Winstbelasting 1940^{125,126}. In de Leidraad bij het Besluit op de Winstbelasting¹²⁷ werd alleen tot de te stellen voorwaarden medegedeeld dat deze alleen bedoeld zijn ter ‘waarborging van de belastingopbrengst’. Met andere woorden, het voorkomen van eventuele misbruik of onvoorziene heffingslekken doordat op voorhand onduidelijk zou zijn hoe de bepaling in de praktijk zou uitwerken. Van enig belang is wel dat artikel 27 in de Leidraad bij het Besluit op de Winstbelasting de volgende opschrift had gekregen: ‘*Fictieve samensmelting van een binnenlandsche of andere naamloze vennootschap en het lichaam dat al hare aandeelen bezit* (art. 27)’¹²⁸. De woordkeuze van de wetgever getuigt hier dus wel van de intentie uit te willen gaan van de meest verregaande consolidatievorm. De bepaling heeft uiteindelijk in de literatuur de benaming van fiscale eenheid gekregen en is vervolgens door de wetgever overgenomen¹²⁹.

Tijdsbestek waarin de fiscale eenheid tot stand is gekomen:

13 januari 1940	Wetsontwerp Wet op de Winstbelasting 1940 wordt ingediend bij de Tweede Kamer
15 februari 1940	Minister voegt artikel 26bis toegevoegd aan het ontwerp (MvA, 21 maart 1940, pagina 12 en NvW pagina 3)
15 mei 1940	Capitulatie en aanvang van de Duitse bezetting
26 juli 1940	Het wetsontwerp wordt ongewijzigd ingevoerd als Besluit op de Winstbelasting 1940
5 augustus 1940	Publicatie van de Leidraad bij het Besluit op de Winstbelasting

Uit de wetgeschiedenis kan dus worden geconcludeerd dat de fiscale eenheid inhoudelijk nauwelijks tot niet is behandeld. Van Tuijl merkt in dit verband op dat de totstandkoming van artikel 27 in schril contrast staat met de totstandkoming van de deelnemingsvrijstelling die een jarenlang traject besloeg¹³⁰.

§ 3.4.2 Grondslag voor de keuze

Waarom de wetgever gekozen heeft voor de verzamelbalans om horizontale verliesverrekening mogelijk te maken, kan niet worden opgemaakt uit de parlementaire geschiedenis. Uit de voorgaande paragraaf is wel gebleken dat twee belangrijke gedachtelijnen een rol hebben gespeeld bij het besluit van de minister om artikel 26bis aan het wetsontwerp toe te voegen.

De eerste gedachtelijne was afkomstig van prof. Van Loon die bepleitte dat: “*Het onderbrengen van ondernemingen in moeder- en dochtermaatschappijen is uit den aard der zaak bedoeld ter verdeling van risico’s, een zeer gezond beginsel in het bedrijfsleven. Het is te betreuren, dat het wetsontwerp*

¹²⁵ Besluit van 26 juli 1940, Verordeningenblad nr 83/1940, Staatsblad nr. 405.

¹²⁶ J. A.G. van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, 11^e druk, Deventer, 2015, pag. 1.

¹²⁷ Resolutie van 5 augustus 1940, no.94.

¹²⁸ Leidraad bij het Besluit op de Winstbelasting, Resolutie van 5 augustus 1940 nr. 94.

¹²⁹ B.A. van Tuijl, ‘Fiscale eenheid’, *WFR* 1979/336.

¹³⁰ B.A. van Tuijl, ‘Fiscale eenheid’, *WFR* 1979/336. zie voorts J.H. Christiaanse, ‘De deelnemingsvrijstelling’, Fiscale monografie, 1962, pag. 18 t/m 69 ‘Historisch overzicht’.

*hiermede geen rekening heeft gehouden en het zou dan ook geen overbodige weelde zijn om aan holdingmaatschappijen van het type der moedermaatschappij, die alle aandelen van dochtermaatschappijen bezit, de mogelijkheid te verschaffen om bij toepassing der winstbelasting als een geheel met de dochterondernemingen te worden beschouwd*¹³¹. De kernoverweging die Van Loon hierbij maakt is dat het onderbrengen van een onderneming in verschillende vennootschappen is ingegeven door bedrijfseconomische redenen. Vervolgens stelt Van Loon dat dit voor de groep als geheel niet tot een fiscale benadeling mag leiden. Van Loon beperkt zich hiervoor echter alleen tot 100%-verhoudingen en gaat verder niet in op de situatie waarin een holdingmaatschappij een aandelenbelang houdt van minder dan 100%. In deze situaties is namelijk sprake van dezelfde fiscale benadeling. De oplossing die Van Loon vervolgens biedt voor de fiscale benadeling is die van het ‘als een worden beschouwd’ van de holding en de dochtermaatschappij. Van deze verregaande keuze ontbreekt een verdere motivering. Wel is duidelijk dat wordt uitgegaan van een moeder- en dochtermaatschappij die nauw met elkaar verbonden zijn.

Een tweede gedachtenlijn is te vinden in de beschouwing van Van Tuijl: *“Eenige leden*¹³² *bepleitten een wijziging, welke het mogelijk maakt, dat hoofdvennootschappen, welke de aandelen van haar ondervennootschappen voor 100 pct. bezitten en voor welke handhaving van die ondervennootschappen om redenen van exploitatie noodzakelijk is, winst van enkele dier ondervennootschappen en verlies van andere harer blijven compenseren. Bij de toepassing van de Wet op de dividend- en tantièmebelasting kan zulk een compensatie plaats vinden door verrekening van belasting bij uiteindelijke uitkeering door de hoofdvennootschap. Een verrekening van dezen aard is bij de regeling van het ontwerp uitgesloten. Behaalt een ondervennootschap f 50 000 winst, dan is daarover winstbelasting verschuldigd, ook al leveren andere ondervennootschappen f 300 000 verlies. Bij zulk een constellatie ware naar de meening der hier aan het woord zijnde leden een heffing, gebaseerd op een verzamelbalans voor de geheele onderneming, de juiste oplossing*¹³³. Ook hier komt weer nadrukkelijk naar voren dat alleen in holdingsituaties, waarbij de bovenvennootschap het *volledige* economische en juridische eigendom bezit in de ondervennootschap, horizontale verliesverrekening mogelijk moet worden gemaakt. Bovendien wordt deze eis aangevuld met de overweging dat het handhaven van de 100%-deelneming ‘*om redenen van exploitatie*’ noodzakelijk moet zijn.

De wetgever had er in het bijzonder dus kennelijk moeite mee dat wanneer een moedervennootschap 100% van de aandelen bezit in een dochtervennootschap “(...) *en voor welke handhaving van die ondervennootschappen om redenen van exploitatie noodzakelijk is*”¹³⁴, de lichamen volledig zelfstandig in de heffing zouden worden betrokken. Dus wat de wetgever eigenlijk trachtte te doen

¹³¹ J. van Loon, De Holdingmaatschappij in het Wetsontwerp, de N.V. 15 februari 1940, p. 350.

¹³² Hiermee wordt naar Tweede Kamerleden gerefereerd.

¹³³ B.A. van Tuijl, ‘Fiscale eenheid’. *WFR*, 1979/36, p. 3 (Van Tuijl geeft een verhandeling van een aantal schriftelijke parlementaire stukken).

¹³⁴ B.A. van Tuijl, ‘Fiscale eenheid’ *WFR*, 1979/36, p. 3.

was het ‘verzachten’ van het klassieke stelsel in deelnemingsverhoudingen van 100%. Volgens Ilsink was het duidelijk dat de Kamerleden en de bewindsman er “*volledig oog voor hadden dat bij een concern de dochtermaatschappijen naar buiten weliswaar als zelfstandige rechtspersonen optreden doch intern als onzelfstandige onderdelen behoren tot een economische eenheid, geleid door de moedermaatschappij, waarvan de resultaten elkaar over en weer beïnvloeden*”¹³⁵. Deze overweging zou mijn inziens geen rol moeten spelen omdat een winstbelasting een proportionele belasting op kapitaal is. Het klassieke stelsel, waarbij lichamen volledig zelfstandig in de heffing worden betrokken, levert bij een proportioneel belastingtarief namelijk alleen een probleem op wanneer een deel van de groep verliezen maakt.

§ 3.5 Alternatieve methoden

Het kernprobleem dat aanleiding heeft gegeven tot het ontstaan van de fiscale eenheid kan inmiddels worden aangewezen als de afwezigheid van de mogelijkheid dat groepsverliezen horizontaal kunnen worden verrekend. Zie in dit verband bijvoorbeeld Van Tuijl die fiscale eenheid ziet als ‘El Dorado’ de verliescompensatie¹³⁶. “*Want waar raken naamloze vennootschappen hun verliezen beter kwijt dan binnen een fiscale eenheid*”¹³⁷, aldus Van Tuijl. Theoretisch gezien kan binnen een winstbelasting op vier manieren tegemoet worden gekomen aan horizontale verliesverrekening.

- Optie 1: Fiscale consolidatie (door middel van een fictiemechanisme)
- Optie 2: Resultatenconsolidatie met aanvullende neutralisatiebepalingen
- Optie 3: Resultatenconsolidatie
- Optie 4: Overdracht van winsten of verliezen

De fiscale consolidatie is mijn inziens geen goed instrument om verliesverrekening mee mogelijk te maken. Een fiscale consolidatie lijkt eerder een poging om de zelfstandige belastingplicht van groepslichamen ongedaan te krijgen. Het is een verregaande methode met verstrekkende gevolgen (zie later in hoofdstuk 4). Slechts één van die gevolgen is dat horizontale verliesverrekening mogelijk wordt gemaakt. De andere methoden sluiten specifiek aan bij het doel om horizontale verliesverrekening mogelijk te maken. Uit de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de eerste winstbelasting van lichamen kan niet worden opgemaakt waarom de wetgever de fiscale consolidatie als beste oplossing heeft aangemerkt.

¹³⁵ J.W. Ilsink, ‘De fiscale eenheid’, *WFR* 1978, nr. 5368, p. 726.

¹³⁶ B.A. van Tuijl, ‘Fiscale eenheid’ *WFR*, 1979/36.

¹³⁷ B.A. van Tuijl, ‘Fiscale eenheid’ *WFR*, 1979/36.

§ 3.6 Conclusie

Het ontstaan van de fiscale eenheid vindt zijn oorsprong in de periode waarin de overstap werd gemaakt van een lang tijdperk van uitdelingsbelastingen naar een eerste zelfstandige winstbelasting van lichamen. De regeling kan mijn inziens daarom worden gezien als een erfenis uit het tijdperk van uitdelingsbelastingen. De reden voor de hervorming was gelegen in het feit dat de uitdelingsbelastingen eenvoudig konden worden ontlopen en dus *niet* vanuit de positieve gedachte de fiscale wetgeving te willen moderniseren. Mede vanwege deze reden werd die periode in de literatuur bestempeld als een periode van sterk falend fiscaal beleid. De uitdelingsbelastingen konden eenvoudig worden ontlopen waardoor de wetgever genoodzaakt werd een winstbelasting in te voeren. In deze grote hervorming: *‘de overstap van een tijdperk van uitdelingsbelastingen naar een eerste zelfstandige winstbelasting van lichamen’*, is de historische grondslag van de fiscale eenheid te vinden. Het essentiële probleem dat met de hervorming namelijk aan de orde kwam was dat, anders dan een uitdelingsbelasting, een winstbelasting de facto rekening houdt met het bestaan van groepen. Eigenlijk was de uitdelingsbelasting hiermee zijn tijd ver vooruit doordat alle, vanuit bedrijfseconomisch noodzakelijke faciliteiten, in de heffingssystematiek van een uitdelingsbelasting verwerkt zitten.

Toen de wetgever uiteindelijk de overstap wilde maken naar de eerste zelfstandige winstbelasting van lichamen was hij zich onvoldoende bewust van het feit dat van het ene uiterste: ‘een algehele erkenning van groepen’ (alhoewel op indirecte wijze) werd overgestapt naar het andere uiterste: ‘een volledig zelfstandige belastingplicht van lichamen’. Hierin wordt in zoverre het falende beleid van de wetgever dus voortgezet. De twee belangrijkste regelingen waarin de wetgever specifiek had moeten voorzien was een herinvesteringsreserve en een mogelijkheid tot horizontale verliesverrekening in groepsverband. De horizontale verliesverrekening had als zodanig mogelijk moeten worden gemaakt, in plaats van een oplossing via de heffingstechniek.

De fiscale-eenheidregeling faalt op drie belangrijke punten. Het eerste punt is dat de regeling niet doelmatig is. Het doel is immers dat horizontale verliesverrekening mogelijk wordt gemaakt. Wanneer binnen een groep bijvoorbeeld nooit verliezen zouden worden gemaakt, zou dit mijn inziens ook moeten betekenen dat een fiscale eenheid hiermee ook niet van toepassing zou mogen zijn. Het is dan doeltreffender directe verliesoverdracht mogelijk te maken waarbij een verlieslatende dochtervennootschap haar verliezen kan overdragen aan haar moedervernootschap of aan een andere groepsvennootschap. De tweede belangrijke tekortkoming is dat de regeling alleen in 100%-deelnemingen verliescompensatie mogelijk maakt terwijl vanuit een bedrijfseconomisch oogpunt het ontbreken van deze mogelijkheid ook bij lagere deelnemingspercentages verstorend werkt. De derde belangrijke tekortkoming is het ontbreken van een economische verwevenheidstoets. De economische context waarin de fiscale eenheid namelijk is ontstaan is dat uitgegaan werd van moederdochterverhouding waarbij de dochtervennootschap een onzelfstandig onderdeel van de

moedermaatschappij vormde. In feite vormde zij één onderneming. De fiscale eenheid had doormiddel van economische verwevenheids criterium situaties moeten afbakenen waarbij twee groepsvennootschappen, wat betreft de waakzaamheden, volledig los staan van elkaar.

Hoofdstuk 4 Het huidige fiscale eenheidsregime

§ 4.1 Inleiding & deelvraag

§ 4.1.1 Hoofdstukindeling

§ 4.2: de directe voordelen

- Horizontale verliesverrekening
- Onbelast blijven van
- De fiscale eenheid als reorganisatiefaciliteit

§ 4.3: de indirecte voordelen

- Art. 13l Wet VpB
- Art 20, lid 4 t/m 6 Wet VpB

§ 4.4: de fiscale eenheid als planningsinstrument

- De leveraged buy out en de rol van de fiscale eenheid
- Art 15ad

§ 4.5: de economische grondslag van de fiscale eenheid

§ 4.6: deelconclusie

§ 4.1.2 Inleiding

In dit hoofdstuk vormt volgt een economische analyse van de voordelen van het huidige fiscale-eenheidsregime. Deze voordelen kunnen worden onderverdeeld in *primaire* en *secundaire* voordelen. De primaire voordelen zijn de beoogde gevolgen van de fiscale eenheid. Hiertoe behoren logischerwijs de horizontale verliesverrekening en het onbelast blijven van intercompany-transacties. De fiscale eenheid kan ook worden gebruikt als een reorganisatiefaciliteit waardoor de ‘grotere’ intercompany-transacties onbelast blijven. Onderzocht zal worden in hoeverre de fiscale eenheid een noodzakelijke reorganisatiefaciliteit vormt in vergelijking tot de reguliere reorganisatiefaciliteiten. Tot de secundaire voordelen behoren de voordelen die het gevolg zijn van de externe werking van de fiscale eenheid binnen de Wet VpB. Een elementair gevolg van het toepassen van de fiscale eenheid die we hebben gezien in hoofdstuk 2 is dat de deelnemingsrelatie non-existent wordt. Dit levert voor de groep als

geheel een voordeel op doordat hierdoor een aantal renteaftrekbepenkingsmaatregelen kunnen worden ontlopen. Een ander secundair voordeel is de fiscale eenheid in het kader van overnames als planningsmechanisme kan worden gebruikt waar ook een voordeel mee verbonden is. Dit hoofdstuk zal worden afgesloten met een onderzoek naar de economische grondslag van de fiscale eenheid en in hoeverre de regeling, en de hieruit voortvloeiende primaire en secundaire voordelen, hun grondslag hierin kunnen vinden.

§ 4.1.3 Deelvraag 3

Wat is de materiële uitwerking van de fiscale eenheid voor binnenlandse groepen en in hoeverre levert de groepsregeling ook voordelen op als gevolg van een samenloop met andere VpB-regelingen of het kunnen ontlopen hiervan, en zijn deze gevolgen wenselijk vanuit economische grondslag van de fiscale eenheid?

§ 4.2 De directe voordelen

§ 4.2.1 Horizontale verliesverrekening

Horizontale verliesverrekening wordt als zodanig niet *specifiek* gefaciliteerd maar is het gevolg van de toerekeningsfictie waarmee de resultaten van de in beginsel individuele fiscale-eenheidmaatschappijen als groepsresultaat bij de moedermaatschappij in de heffing worden betrokken¹³⁸. Horizontale verliesverrekening is dus het gevolg van resultaatensaldering en wordt in de literatuur aangemerkt als het belangrijkste voordeel van de fiscale eenheid^{139,140}. Ter illustratie een eenvoudig voorbeeld van horizontale verliesverrekening.

Casus: In jaar (t): *boekt moedermaatschappij A een winst van 100*
 boekt dochtermaatschappij B een verlies van 25

Gevolgen horizontale verliesverrekening als gevolg van een fiscale eenheid:

- *De belastbare grondslag van de fiscale eenheid wordt gesaldeerd op $100 + (25)^{141} = 75$*

Situatie zonder toepassing van een fiscale eenheid

- *De belastbare grondslag van de moedermaatschappij bedraagt 100*
- *De belastbare grondslag van de dochtermaatschappij bedraagt (25) en levert geen direct voordeel op maar een compensabel verlies (mits bij beschikking vastgesteld).*

¹³⁸ S.A.W. Strik, *Cursus Belastingrecht Archief*, Vpb.2.9.1.B.c1 Resultatensaldering van rechtswege.

¹³⁹ A.J. van Soest, *De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting* (Artikel 15 Wet Vpb. 1969) (diss. KUB), Fed Deventer 1983, p. 25.

¹⁴⁰ S.A.W. Strik, *Cursus Belastingrecht Archief*, Vpb.2.9.1.B.c1 Resultatensaldering van rechtswege.

¹⁴¹ Zekerheidshalve: bedragen tussen haakjes worden algebraïsch uitgelegd als negatieve bedragen.

Het voordeel van de horizontale verliesverrekening is dus dat groepsverliezen direct te gelde kunnen worden gemaakt. Dit voordeel is echter tijdelijk van aard. De belastingdruk van de groep als geheel (de groepsbelastingdruk) wordt namelijk tijdelijk verlaagd ten opzichte van de situatie *zonder* toepassing van de fiscale eenheid. Als in het opvolgende jaar dochtermaatschappij B weer voldoende winsten genereert is juist in de situatie waarin geen fiscale eenheid is aangegaan de groepsbelastingdruk *lager* als gevolg van de verticale verliescompensatie. Wel is in de situatie van een fiscale eenheid sprake van een cashflow-voordeel wat in zoverre een (beperkt) definitief voordeel oplevert.

Het voordeel van horizontale verliesverrekening is echter genuanceerder dan het bovengeschetste voorbeeld doet vermoeden. Dit komt doordat verliezen vanuit een bedrijfseconomisch oogpunt op verschillende manieren tot uiting kunnen komen. Verliezen zouden kunnen worden onderverdeeld in:

- aanloopverliezen, bij de start van de onderneming;
- tijdelijke verliezen, op basis van verzekerde ondernemingscontinuïteit;
- definitieve verliezen, bij het einde van de onderneming.

In het onderstaande tabel is met betrekking tot deze drie soorten verliezen een overzicht gegeven van de mogelijkheden. mét en zonder, toepassing van de fiscale eenheid

<i>Groep X</i>	Met fiscale eenheid	Zonder fiscale eenheid
1. aanloopverliezen	Horizontale verrekening + Verticale verrekening (als groep)	Carry forward ¹⁴²
2. tijdelijke verliezen	Horizontale verrekening + Verticale verrekening (als groep)	Carry back + carry forward
3. definitieve verliezen/ eindverliezen	Horizontale verrekening + Verticale verrekening (als groep)	Carry-back en de liquidatieverliesregeling

¹⁴² art. 20, lid 2, Wet VpB.

Analyse:

Aanloopverliezen: de horizontale verliesverrekening heeft tot gevolg dat een *start-up* die door een winstgevend concern wordt opgericht vanuit fiscaal oogpunt bevoordeeld wordt ten opzichte van een zelfstandige start-up. Hier leidt de horizontale verliesverrekening in zekere zin tot concurrentievervalsing doordat de overlevingskans van een fiscale eenheid-startup groter is wanneer de aanloopverliezen kunnen worden afgezet tegen andere winstgevende groepsactiviteiten.

Tussentijdse (gewone) verliezen: wanneer een onderneming een aantal jaren slecht presteert, bijvoorbeeld door laagconjunctuur in de bedrijfstak waarin het opereert, heeft dit tot gevolg dat verliezen worden opgebouwd die alleen verticaal kunnen worden verrekend. Echter wanneer de onderneming deel uitmaakt van een groter concern, of conglomeraat, kunnen de verliezen horizontaal worden verrekend met de winsten uit andere ondernemingen. Dit vergroot de overlevingskans van een onderneming die deel uitmaakt van een fiscale eenheid.

Eindverliezen: wanneer de verwachting is dat een verlieslatende vennootschap niet meer winstgevend zal worden bestaan de volgende drie (fiscale) scenario's.

1. De verlieslatende vennootschap maakt onderdeel uit van een fiscale eenheid waardoor de verliezen op voorhand horizontaal worden verrekend met de winsten van andere winstgevende groepsvennootschappen. Voor de groep is dit de meest gunstige situatie.
2. De verlieslatende vennootschap maakt geen onderdeel uit van een fiscale eenheid en kan daar ook niet voor kwalificeren waardoor het verlies alleen tot uitdrukking kan komen via de liquidatieverliesregeling van art. 13d Wet VpB. Het liquidatieverlies omvat echter niet de bij de dochteronderneming te verrekenen verliezen maar wordt bepaald aan de hand van het opgeofferde bedrag verminderd met de liquidatie-uitkeringen¹⁴³.
3. De verlieslatende vennootschap maakt geen onderdeel uit van een fiscale eenheid met haar aandeelhouder maar kwalificeert wel om daar (gezamenlijk) voor te opteren. Hier doet zich het probleem voor dat de moedervennootschap moet kiezen tussen de liquidatieverliesregeling en de fiscale eenheid. Vanuit fiscaal oogpunt kan dus worden gesteld dat de verliescapaciteit van de verlieslatende dochtermaatschappij fiscaal op twee manieren te gelde kan worden gemaakt. Wat *voor* toepassing van de fiscale eenheid pleit is dat toekomstige verliezen horizontaal kunnen worden verrekend. Wat tegen de fiscale eenheid pleit is dat de moedermaatschappij haar opgeofferde bedrag kwijt raakt en bovendien de voorvoegingsverliezen niet kunnen worden verrekend met andere groepswinsten.

¹⁴³ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 13d Wet VpB, aant. 2 Definitie liquidatieverlies. Vermeerdering opgeofferd bedrag krachtens wetsduiding (30-05-2016).

Geconcludeerd kan worden dat de horizontale verliesverrekening niet alleen een cashflow-voordeel oplevert maar in een aantal situaties een definitief voordeel oplevert wanneer compensabele verliezen anders verloren zouden gaan. De horizontale verliesverrekening heeft bovendien invloed op de concurrentieverhoudingen tussen verliesgevende ondernemingen die zelfstandig opereren en soortgelijke ondernemingen die onderdeel uitmaken van een winstgevende fiscale eenheid.

§ 4.2.2 Eliminatie van intercompany-transacties

Het tweede voordeel van het toepassen van een fiscale eenheid dat in de literatuur wordt genoemd is dat de belastingheffing over intercompany-winsten worden uitgesteld¹⁴⁴. Doordat deze intercompany-transacties onzichtbaar worden door eliminatie, kunnen deze nooit aanleiding geven tot belastingheffing. Dit heeft gevolgen voor:

- onderlinge handelstransacties (leveringen van goederen en diensten);
- doorbelasting van prestaties;
- overdrachten van vermogensbestanddelen;
- onderlinge schuldbalans en rentestromen.

Dit zijn de transacties die voortkomen uit de *normale* bedrijfsvoering van de groepsmaatschappijen. Daarnaast bestaan ook de interne transacties op aandeelhoudersniveau: de zogenaamde interne reorganisaties waar in §4.2.3 verder op in zal worden gaan. De essentie van het belastingvoordeel is dat winstneming wordt uitgesteld en als gevolg hiervan ook de belastingheffing wordt uitgesteld. Uitstel van belastingheffing doet zich dus *niet* voor bij de eliminatie van onderlinge rentestromen omdat hier geen sprake is van voortschrijdende winstneming als gevolg van waardetoevoeging.

Een eliminatieboekings als gevolg van een onderlinge goederenleverantie ziet er boekhoudkundig als volgt uit:

Maatschappij A	debet	credit
Bank A	100	
Aan) voorraad A		80
Aan) resultatenrekening A (winst)		20
Maatschappij B	debet	credit
Voorraad B	100	
Aan) bank B		100

¹⁴⁴ Vakstudie Vennootschapbelasting, art. 15 wet VpB 969, aant 1.4.2, Gevolgen van de fiscale eenheid: geen winstneming op onderlinge transacties (30-05-2016), zie ook Cursus Belastingrecht Archief, Vpb.2.9.1.B.c2 Geen belastingheffing over intercompany-winsten.

Door de eliminatieboeking vallen de posten tegen elkaar weg waardoor de winst die door maatschappij A aanvankelijk was gerealiseerd weer terug wordt genomen:

<u>Consolidatieboeking</u>	<u>debet</u>	<u>credit</u>
Voorraad A	80	
Resultatenrekening A ¹⁴⁵	20	
Bank B	100	
Aan) bank A		100
Aan) voorraad B		100

De eliminatie van intercompany-winsten kan dus leiden tot een *tijdelijk* belastingvoordeel. Doordat de vennootschapsbelasting per kalenderjaar wordt geheven betekent dit wel dat een goed of een dienst (prestatie) langer dan een jaar binnen een groep moet circuleren. Op lange termijn leidt het onbelast laten blijven van intercompany-winsten leidt *niet* tot een verlaagde belastingdruk omdat de groep als geheel als het ware naar een nieuw evenwicht beweegt. De uitgestelde winstneming van het vorige jaar wordt in een later jaar namelijk weer in de heffing betrokken.

§ 4.2.3 De fiscale eenheid als reorganisatiefaciliteit

Tot de fiscaal gefaciliteerde interne reorganisaties behoren in beginsel (dus zonder toepassing van de fiscale eenheid) de volgende drie transacties:

1. de bedrijfsfusie ex. art. 14 Wet VpB;
2. de splitsing¹⁴⁶ ex. art. 14a Wet VpB;
3. de juridische fusie ex. art. 14b Wet VpB.

Op grond van deze civielrechtelijke transacties vindt een overdracht plaats van vermogen onder algemene of bijzondere titel wat als zodanig in het kader van de totaalwinst een belastbaar feit vormt. Wanneer door de wetgever niets geregeld zou zijn geweest, zouden deze transacties als belastbare feiten aanleiding geven tot belastingheffing. Een alternatief voor deze reorganisatiefaciliteiten is de fiscale eenheid die als een algemene reorganisatiefaciliteit kan worden toegepast. Voordat de fiscale eenheid als reorganisatiefaciliteit zou kunnen worden gebruikt, moet vanuit fiscaal oogpunt als eerst een volgorde worden aangebracht in de gebeurtenissen. Er doen zich immers twee gebeurtenissen voor: enerzijds vindt een overdracht plaats maar anderzijds wordt daarmee ook de fiscale eenheid verbroken. De vraag is nu of eerst de fiscale eenheid wordt verbroken en dan de overdracht volgt of andersom. Zie ter verduidelijking het volgende voorbeeld. Twee zustervennootschappen vormen

¹⁴⁵ Met deze journaalpost wordt de winst in de resultatenrekening weer ongedaan gemaakt.

¹⁴⁶ Een splitsing laat zich kennen door twee varianten: de zuivere splitsing en de afsplitsing. Deze zijn geregeld in respectievelijk leden a en b van artikel 14a, eerste lid, Wet VpB.

samen met hun moedervereniging een fiscale eenheid. De twee zusterverenigingen worden vervolgens gefuseerd tot één rechtspersoon. Hier doet zich dan de vraag voor of ten aanzien van de gevoegde dochtermaatschappijen eerst de fiscale eenheid wordt verbroken en dan de fusie plaatsvindt. Of dat de fusie geruisloos binnen de werking van de fiscale eenheid plaats kan vinden.

Een andere situatie zou kunnen zijn dat een deel van de fiscale eenheid wordt afgesplitst naar een nieuw op te richten rechtspersoon. De vraag is dan of eerst de afsplitsing plaatsvindt en dan de fiscale eenheid wordt uitgebreid of dat de afsplitsing binnen de fiscale eenheid plaats kan vinden. De hoofdvraag is dus of interne reorganisaties van rechtswege onder de reikwijdte van de fiscale eenheid plaats kunnen vinden of dat zij juist aanleiding geven tot verbreking van de fiscale eenheid. De wetgever heeft er hier voor gekozen beide opties mogelijk te maken. Zie in dit verband art. 14 en 18 BfE 2003. De vraag is nu hoe de fiscale eenheid als reorganisatiefaciliteit zich verhoudt tot de reorganisatiefaciliteiten in artikelen 14, 14a en 14b Wet VpB. Het essentiële verschil tussen beide faciliteiten kan worden gevonden in de antimisbruikclausules. In de regel gaan belastingfaciliteiten gepaard met antimisbruikclausules om te voorkomen dat een belastingplichtig onbedoeld misbruik maakt van de faciliteit. De wetgever stelt vast onder welke omstandigheden geacht wordt sprake te zijn van misbruik en kan hierbij een eventuele tegenbewijsmogelijkheid aanbieden (een escape). Kijken we naar de antimisbruikbepaling in de fusie & splitsingfaciliteiten dan ziet deze er als volgt uit:

Antimisbruikbepaling fusiefaciliteit: lid 4 van artikel 14 Wet VpB

De bedrijfsfusie wordt, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt, geacht in overwegende mate te zijn gericht op het ontgaan of uitstellen van belastingheffing indien deze niet plaatsvindt op grond van zakelijke overwegingen, zoals herstructureringen of rationalisering van de actieve werkzaamheden van de overdrager en de overnemer. Indien aandelen in de overdrager dan wel in de overnemer binnen drie jaar na de overdracht geheel of ten dele, direct of indirect worden vervreemd aan een lichaam dat niet met de overdrager en de overnemer is verbonden, worden zakelijke overwegingen niet aanwezig geacht, tenzij het tegendeel aannemelijk wordt gemaakt.

De antimisbruikbepaling in de fiscale-eenheidregeling is opgenomen in artikel 15ai Wet VpB en treedt in zijn algemeenheid (als een generieke bepaling) in werking wanneer een fiscale eenheid wordt verbroken¹⁴⁷.

Antimisbruikbepaling fiscale eenheid

Artikel 15ai, lid 1, eerste volzin Wet VpB: *“Indien in enig jaar door een maatschappij (overdrager) een vermogensbestanddeel is overgedragen aan een andere maatschappij*

¹⁴⁷ E.J.W. Heithuis, R.P. van den Dool, Compendium Verenigingsbelasting, 8^e druk, Deventer, Kluwer 2009, pag. 346.

(overnemer) waarvan de waarde in het economische verkeer op het moment van de overdracht hoger was dan de boekwaarde, wordt op het tijdstip onmiddellijk voorafgaand aan het ontvoegingstijdstip van die overdrager of overnemer, dat vermogensbestanddeel te boek gesteld op de waarde in het economische verkeer”.

15ai, lid 3 Wet VpB : Het eerste lid vindt geen toepassing ingeval:

- a. (...)
- b. sprake was van een overdracht van een ondernemer of een zelfstandig onderdeel van een onderneming, tegen uitreiking door de overnemer van eigen aandelen, en na het tijdstip waarop de overdracht heeft plaatsgevonden tenminste drie kalenderjaren zijn verstreken; of
- c. na het tijdstip waarop de overdracht heeft plaatsgevonden ten misnte zes kalender jaren zijn verstreken.

Doel en strekking van deze bepaling is dat 1) voorkomen wordt dat de fiscale eenheid slechts voor een *korte periode* wordt aangegaan met als enig doel dat vermogensoverdrachten onbelast plaats kunnen vinden, en 2) voorkomen wordt dat de (onzichtbare) overdrachtswinst die binnen de fiscale eenheid is behaald vervolgens wordt omgevormd tot een vrijgesteld deelnemingsvoordeel¹⁴⁸. Deze bepaling strekt er dus toe dat elke vorm van misbruik van de fiscale eenheid wordt gesanctioneerd. Deze sanctiebepaling is vervolgens in lid 3 van artikel 15ai Wet VpB ingeperkt aan de hand van twee verschillende termijnen. Er dus drie criteria waar aan voldaan moet worden om door artikel 15ai gesanctioneerd te worden.

- 1) Er moet een vermogensbestanddeel zijn overgedragen;
- 2) de waarde in het economische verkeer van het vermogensbestanddeel moet hoger zijn dan de boekwaarde (anders is er geen voordeel behaald);
- 3) de ontvoeging moet binnen een bepaald termijn hebben plaats gevonden

Alhoewel gedacht zou kunnen worden dat fusies en splitsingen strikt genomen niet onder de reikwijdte van deze sanctiebepaling vallen (de bepaling spreekt immers van de overdracht van een ‘vermogensbestanddeel) moet zekerheidshalve worden vermeld dat ook deze transacties kwalificeren tot overdrachten van vermogensbestanddelen in de zin van artikel 15ai Wet VpB. Ook wanneer een herinvesteringsreserve binnen de fiscale eenheid door de ene dochter is gevormd en door een andere dochter wordt aangewend is in deze context sprake van de overdracht van een vermogensbestanddeel. Tot de vermogensbestanddelen kwalificeren bovendien ook alle passiefposten die zijn overgedragen. Wat betreft het tijdstip waarop de herwaardering plaats moet vinden wijst het artikel niet het moment van de interne verschuiving aan maar het moment onmiddellijk voorafgaand aan het

¹⁴⁸ Vakstudie Venootschapsbelasting, artikel 15ai Wet VpB, aantekening. 1.4 Doel en strekking.

ontvoegingstijdstip. Lid 2 van artikel 15ai Wet VpB staat vervolgens toe dat dit bedrag mag worden verminderd met de afschrijving tussen het tijdstip van de overdracht en het ontvoegingstijdstip mits de waarde in het economische verkeer op het tijdstip van overdracht aannemelijk kan worden gemaakt. Deze waarderingssystematiek heeft mijn inziens een ongewenste uitwerking doordat:

- 1) De WEV ten tijde van de interne overdracht zal *achteraf* in de regel lastig zin vast te leggen waardoor de belastingplichtige in een nadelige bewijslastpositie komt.
- 2) Met betrekking tot immateriële activa zoals goodwill en intellectuele eigendommen zal een realisatiemoment ontstaan met betrekking tot winsten die nog niet zijn gerealiseerd. Dit kan in strijd komen met het continuïteitsbelang van de onderneming.

In deze zin gaat de sanctiebepaling dus verder dan vanuit de doelstelling van de sanctiebepaling noodzakelijk is doordat sprake is van overkill. Ten aanzien van objectief vrijgestelde vermogensbestanddelen plaatsen de auteurs van de Cursus Belastingrecht de opmerking dat overdrachten van deze vrijgestelde vermogensbestanddelen op grond van een redelijke wetstoepassing niet onder de reikwijdte van artikel 15ai Wet VpB zouden mogen vallen^{149,150}. Ik onderschrijf deze zienswijze alhoewel op basis van de wetstekst de inspecteur hier geen rekening mee hoeft te houden.

Sanctietermijn

De sanctietermijn bedraagt in de regel zes kalenderjaren tenzij het overgedragen vermogensbestanddeel kwalificeert als een *onderneming*¹⁵¹ of een zelfstandig deel van een onderneming. In dat geval bedraagt het sanctietermijn drie kalenderjaren. Wat betreft het verschillende definitiegebruik door de wetgever: *jaar* versus *kalenderjaar*, moet worden vastgelegd dat met deze definities verschillende termijnen worden bedoeld. Het begrip *jaar* is in artikel 7, lid 4 Wet VpB gedefinieerd als het *boekjaar*. Doordat een boekjaar ook kan bestaan uit één dag kan hierdoor bij de fusie & splitsingfaciliteiten de drieboekjarentermijn worden teruggebracht naar twee kalenderjaren en één dag. Een *kalenderjaar* bedraagt daarentegen op basis van de wetgeschiedenis 365 dagen waardoor de zeskalenderjarentermijn van artikel 15ai Wet VpB moet worden uitgelegd als ‘zes maal 365

¹⁴⁹ S.A.W. Strik, *Cursus Belastingrecht Archief*, VpB.2.9.6.E.b6.I, Sanctie van art 15ai, lid 1, eerste volzin (Kluwer Navigator)

¹⁵⁰ De Wet VpB kent vijf objectieve vrijstellingen de bosbouwvrijstelling (art. 3.11 Wet IB 2001), de landbouwvrijstelling (art. 3.12 Wet IB 2001), de kwijscheldingsvrijstelling (art. 3.13, lid 1, onderdeel h Wet IB 2001), de gedeeltelijke vrijstelling voor subsidies voor bos en natuur (art. 3.13, lid 1, onderdeel g Wet IB 2001) via de schakelbepaling van art. 8, lid 1 Wet VpB.

¹⁵¹ Het begrip ‘onderneming’ kent geen wettelijke definitie en moest als zodanig door HR gedefinieerd. De algemene leer is dat een onderneming een duurzame organisatie is van kapitaal en arbeid waar door middel van deelname aan het maatschappelijke verkeer, beoogd wordt winst te behalen. Voor een overzicht van de relevante jurisprudentie hieromtrent zie: Heithuis, Kavelaars en Schuvers, *Inkomstenbelasting*, 11^e druk, Kluwer, Deventer, 2015, pagina 8 en 9.

dagen'¹⁵². Hierdoor kan de zeskalenderjarentermijn van art. 15ai Wet VpB tot bijna drie keer langer uitpakken dan de drieboekjarentermijn in de fusie & splitsingfaciliteiten die we in artikel 14, lid 4 Wet VpB hebben gezien. Deze sanctietermijnen gelden voor alle van de fiscale eenheid deel uitmakende vennootschappen. Het maakt hierbij niet uit of de overnemer of overdrager of een derde (binnen de fiscale eenheid) de fiscale eenheid verlaat¹⁵³. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarin een moeder-, dochter- en kleindochtervennootschap een fiscale eenheid vormen en de besmette transactie plaatsvindt tussen de kleindochter en de dochter. Vervolgens verlaat de moedervernootschap vervolgens binnen de sanctietermijnen de fiscale eenheid. Ook in deze situatie wordt de sanctie van art. 15ai ingeroepen. Hier kan dus vast worden gesteld dat de toepassing van art. 15ai Wet VpB onredelijk kan uitwerken.

De tegenbewijsregeling

Een antimisbruikbepaling gaat vaak samen met een tegenbewijsregeling. Voor de gevallen waarin namelijk sprake is van een zakelijke overweging is het immers niet bedoeling dat deze onterecht zouden worden gesanctioneerd omdat feitelijk geen sprake is van misbruik. Dat zou een onredelijke uitwerking met zich meebrengen. Vast moet worden gesteld dat in tegenstelling tot de artikelen 14, 14a en 14b Wet VpB, artikel 15ai Wet VpB *geen* tegenbewijsmogelijkheid bevat. In zoverre is artikel 15ai Wet VpB dus minder aantrekkelijk in vergelijking met de fusie & splitsingfaciliteiten. Wanneer dus binnen de fiscale eenheid een besmette 15ai-transactie plaatsvindt maar gemotiveerd is vanuit een zakelijke overweging, kan hier geen tegenbewijs worden geleverd om de sanctie te voorkomen.

Schematisch overzicht van de verschillen:

	14, 14a en 14b Wet VpB	fiscale eenheid als reorganisatiefaciliteit
Sanctietermijn	3 boekjaren (=2 kalenderjaren en 1 dag)	6 kalenderjaren (=6 x 365 dagen)
Tegenbewijs	wel	geen

Aanvullend hierop pleiten ook de volgende twee punten tégen een reorganisatie binnen de fiscale eenheid:

1. tijdens het sanctietermijn is toetreding van een derde in de fiscale eenheid doormiddel van een emissie van aandelen onmogelijk zonder tegen 15ai Wet VpB aan te lopen;

¹⁵² S.A.W. Strik, *Cursus Belastingrecht Archief*, VpB.2.9.6.E.b5.II, termijn van zes kalenderjaren. Zie voorst Nota naar aanleiding van het Eindverslag Eerste resp. Tweede Kamer, Kamerstukken I 2002/03, 26 854, nr. 45a, blz. 2

¹⁵³ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 15ai Wet VpB 1969, aantekening 1.13 Hardheidsclausule.

2. daarnaast kent de bedrijfsfusiefaciliteit een geringe crediteringsmogelijkheid die binnen de fiscale eenheid ontbreekt¹⁵⁴.

Geconcludeerd kan dus worden dat de fiscale eenheid als reorganisatiefaciliteit minder aantrekkelijk is dan de fusie en splitsingfaciliteiten in artikelen 14, 14a en 14b Wet VpB. Het beoogde belastinguitstel kan immers via beide routes worden bereikt maar kleven er veel grotere fiscale risico's aan het toepassen van de fiscale eenheid als reorganisatiefaciliteit. In dit opzicht ben ik het eens met Heithuis die de fiscale eenheid als een 'gebrekkige' reorganisatiefaciliteit bestempeld en bovendien "ontegengesteld één van de ingewikkeldste regelingen in de VpB" vindt¹⁵⁵.

§ 4.2.4 Administratieverplichtingen

De toerekeningsfictie in art. 15, lid 1 Wet VpB heeft zoals eerder aangegeven tot gevolg dat het objectieve heffingsobject van de gevoegde dochtermaatschappij in de heffing wordt betrokken bij de moedermaatschappij. Op aangifteniveau betekent dit dat slechts over één verzamelbalans en één winst- & verliesrekening aangifte wordt gedaan door de moedermaatschappij¹⁵⁶. Een vaak gehoord argument is dat de fiscale eenheid een administratieve lastenverlichting met zich meebrengt nu de dochtermaatschappij geen aangifte meer hoeft te doen. In feite gaat echter alleen het volledige heffingsobject van de dochtermaatschappij over naar de moedermaatschappij en blijft alleen de subjectieve belastingplicht van de dochtermaatschappij over. Dit betekent echter niet dat de gevoegde dochtermaatschappij hiermee bevrijd is van de administratieve plicht om de individuele balans en resultatenrekening aan de fiscus te overleggen. Op grond van artikel 8 lid 1 van het Besluit Bfe 2003 dient de moedermaatschappij bij de jaarlijkse aangifte namelijk *alle* individuele balansen en resultatenrekeningen van de maatschappijen die onderdeel uitmaken van de fiscale eenheid aan de fiscus te overleggen. Dit betekent dat een fiscale eenheid niet leidt tot administratieve lastenverplichting.

Transferpricing

Een tweede, in mijn optiek, 'zware administratieverplichting' volgt uit het vierde lid van artikel 8 van het Bfe 2003. Dit artikel verplicht alle van de fiscale eenheid deelvormende lichamen art. 8b Wet VpB toe te passen. Deze transfer pricing-bepaling schrijft voor dat gelieerde lichamen onderling at arms length moeten handelen en hier documentatie over bijhouden waaruit de zakelijkheid van de gehanteerde (interne) verrekenprijzen blijkt.

¹⁵⁴ E.J.W. Heithuis, 'Het einde van de fiscale eenheid VpB in zicht!', WFR 2015/1348.

¹⁵⁵ E.J.W. Heithuis, 'Het einde van de fiscale eenheid VpB in zicht!', WFR 2015/1348.

¹⁵⁶ Cursus Belastingrecht Archief, Vpb.2.9.1.B.b3.III Fiscale resultaten- en vermogensconsolidatie (2013).

Het argument dat de fiscale eenheid dus tot een forse administratieve lastenverplichting leidt, kan met deze administratieve verplichtingen dus worden weerlegd. Uit het voorgaande blijkt immers dat alle administratieve verplichtingen blijven voortbestaan. Geconcludeerd kan worden dat alleen de aangifteplicht over het heffingsobject van de dochtermaatschappij naar de moedermaatschappij verschuift. Om het systeem uiteindelijk sluitend te maken vervalt op grond van artikel 26 Wet VpB de aangifteplicht van de dochtermaatschappij.

§ 4.3 De indirecte voordelen

De fiscale eenheid heeft geen externe werking. Met de term ‘externe werking’ wordt in de fiscaliteit over het algemeen bedoeld of een regeling gevolgen heeft voor *andere belastingplichtigen* dan de belastingplichtige(n) voor wie de regeling is bedoeld¹⁵⁷. Stel, ter illustratie bijvoorbeeld dat M 100% van de aandelen houdt in D en D 100% van de aandelen houdt in KD. M en D vormen een fiscale eenheid. Op het moment deze fiscale eenheid op enige wijze gevolgen heeft voor de belastingheffing bij KD (die geen onderdeel uitmaakt van de fiscale eenheid) betekent dit dat de fiscale eenheid externe werking heeft. Van de fiscale eenheid is de algemene aanname dat deze géén externe werking heeft¹⁵⁸. Alhoewel dit nergens in de Wet VpB formeel is vastgelegd is ten aanzien van de liquidatieverliesregeling deze gedachte door de HR bevestigd in BNB 2007/149¹⁵⁹.

Dit betekent mijn inziens echter niet dat de term ‘externe werking’ (in HR in BNB 2007/149 wordt de term ook niet als zodanig door de HR gebruikt) exclusief toebedeeld is aan deze specifieke uitleg. Een ander perspectief is dat de fiscale eenheid namelijk *andere* VpB-bepalingen in hun geheel voor de toepassing uit kan sluiten. Dit is hoofdzakelijk het gevolg van de deelnemingsrelatie die non-existent wordt. Dit kan als zodanig indirecte voordelen opleveren. In dit kader zullen artikelen 13l Wet VpB en art. 20, lid 4, Wet VpB in de volgende paragrafen opeenvolgend worden behandeld¹⁶⁰. Hiernaast heeft de fiscale eenheid ook invloed op de herinvesteringsreserve wat ook een indirect voordeel oplevert.

¹⁵⁷ Een eenduidige of formele definitiebepaling van dit begrip kan niet worden gevonden.

¹⁵⁸ Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting* (diss.), Den Haag: Sdu fiscale en financiële uitgevers 2005, p. 71.

¹⁵⁹ HR 20-10-2006, ECLI:NL:HR:2006:AW3942, m. nt. J.A.G. van der Geld. In casu had belanghebbende X een 5%-deelneming in A BV en Y BV. A BV had een deelneming van 95% of meer in B BV. A en B vormden een fiscale eenheid. B verkoopt zijn onderneming aan Y (in het kader van de liquidatie) en vervolgens worden A en B geliquideerd. De vraag was of belastingplichtige X uit hoofde hiervan een liquidatieverlies in aftrek kon brengen (dus o.g.v. zijn belang in A). X heeft 5% van de aandelen in A dus de deelnemingsvrijstelling is van toepassing en moet voor een liquidatieverlies gekeken worden naar art. 13d wet VpB. De vraag was of voor de toepassing van de liquidatieverliesregeling rekening moest worden gehouden met de fiscale toerekening van de onderneming van B aan A op grond van de fiscale eenheid. Als dit het geval zou zijn geweest dan zou het niet-voortzettingsvereiste van art. art. 13d, lid 9 onderdeel sub 1 en 2 Wet VpB de aftrek van het liquidatieverlies tegenhouden. De onderneming van B (toegerekend aan A op grond van de fiscale eenheid) zou dan worden voortgezet door een met de belastingplichtige X verbonden lichaam. De HR oordeelde dat voor de toepassing van de liquidatieverliesregeling alleen de deelneming van X in A relevant is en dat een eventuele fiscale eenheid tussen A en B hier geen invloed op kan hebben.

¹⁶⁰ Op grond van artikel 13l Wet VpB wordt rente in de zin van overmatige deelnemingsrente van aftrek afgesloten.

Deze indirecte voordelen liggen niet ten grondslag aan de totstandkoming van de fiscale eenheid maar dienen wel mee te worden genomen in een integrale beoordeling van de fiscale eenheid als doelmatige bepaling.

Renteaftrek en de fiscale eenheid

Een van de klassieke problemen in de Nederlandse vennootschapsbelasting is de ongelijke behandeling tussen enerzijds de vergoeding op eigen vermogen en anderzijds de vergoeding op vreemd vermogen. De vergoeding op vreemd vermogen is op grond van totaalwinst aftrekbaar. De vergoeding op eigen vermogen is daarentegen op grond van artikel 10, lid 1, onderdeel a Wet VpB van aftrek afgesloten. Het gevolg hiervan is dat financiering met vreemd vermogen sterk wordt gestimuleerd. In de loop der jaren heeft dit fenomeen aanleiding gegeven tot een grote hoeveelheid renteaftrekbeperkingsmaatregelen, omdat op vele manieren is getracht vergoedingen op eigen vermogen zo vorm te geven dat ze sterk leken op vergoedingen op vreemd vermogen (meestal rente). De fiscale eenheid speelt in dit kader een rol die ik nader wil onderzoeken door bijzondere aandacht te besteden aan art. 131 Wet VpB.

§ 4.3.1 Aftrekbeperking deelnemingsrente ex. art. 131 Wet VpB

§ 4.3.1.1 Achtergrond

Artikel 131 Wet VpB is ingevoerd ter dichting van het zogenaamde Bosalgat dat is ontstaan naar aanleiding van het Bosalarrest¹⁶¹¹⁶². Het Bosalgat kan het beste worden uitgelegd door twee situaties met elkaar te vergelijken. Stel dat het in Nederland gevestigde A BV een aandelenbelang verwerft door middel van een banklening in het eveneens in Nederland gevestigde B BV, dan is voor de Nederlandse heffingsgrondslag de fiscale uitwerking als volgt: zowel de financieringslasten (op het niveau van de aandeelhouder) als de baten (de totaalwinst van B BV) maken onderdeel uit van de Nederlandse belastinggrondslag. Stel nu dat B BV in Frankrijk was gevestigd dan was de fiscale uitwerking anders geweest. In deze situatie behoren de financieringslasten (met betrekking tot de deelneming) nog steeds tot de Nederlandse belastinggrondslag maar de baten (de totaalwinst van B BV) vallen nu buiten het Nederlandse heffingsterritorium. De dividenduitkeringen van B BV aan A BV zijn bovendien op grond van een vrijstelling voor economisch dubbele heffing vrijgesteld. Hier ontstaat dus in potentie een onevenwichtigheid in het Nederlandse belastingstelsel doordat een aftrek bestaat ten aanzien van activiteiten die niet bijdragen aan de Nederlandse heffingsgrondslag. Bezien vanuit het belang van de Nederlandse schatkist kost een deelneming dus belastbare grondslag, omdat de financiering van de deelneming aftrekbaar is, maar levert de *onderneming in de deelneming* in een ander land een belastbare grondslag.

¹⁶¹ HvJ 28 september 2003, C-168/01, *BNB* 2003/46.10.

¹⁶² Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 131 Wet VpB 1969, aantekening 1.1 Inleiding.

Tot de uitkomst in het Bosalarrest had de wetgever dit probleem aanvankelijk eenvoudigweg opgelost door, bij de aandeelhouder, de financieringslasten die met buitenlandse deelnemingen samenhangen van aftrek uit te sluiten (art. 13, lid 5 Wet VpB oud). Deze aftrekbeperking leidde uiteindelijk dus tot het Bosalarrest (zaak C-168/01) waarin het HvJ EU heeft geoordeeld dat deze beperking in strijd was met de vrijheid van vestiging. De beperking kon ook niet worden gerechtvaardigd met het argument dat deze noodzakelijk was ter waarborging van de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel. Hiermee kwam het HvJ EU tot de conclusie dat de bepaling onverenigbaar was met het EU-recht en dus moest worden afgeschaft¹⁶³. Met deze uitkomst vreesde de wetgever vervolgens dat het schrappen van de aftrekbeperking zou leiden tot een onderkapitalisatie van Nederlandse concernvennootschappen en als gevolg hiervan uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag^{164,165}. Dit leidde uiteindelijk tot de invoering van een thincapregeling (art. 10d Wet VpB oud) die inmiddels weer is vervangen door art. 13l Wet VpB en de houdsterverliesregeling van art. 20, lid 4 Wet VpB¹⁶⁶. Art. 13l Wet VpB heeft dus tot doel dat het Bosal-gat (uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag) wordt voorkomen.

§ 4.3.1.2 *De regeling*

Art. 13l Wet VpB is een generieke bepaling die in alle gevallen voorschrijft dat de verschuldigde ‘*deelnemingsrente*’ die de grens van 750.000 euro te boven niet aftrekbaar is (lid 1). *Deelnemingsrente* is dus een 13l-begrip. Of er sprake is van ‘*deelnemingsrente*’ is eerst afhankelijk van de vraag of een ‘*deelnemingsschuld*’ (ook een 13l-begrip) kan worden geconstateerd (art. 13l, lid 3 Wet VpB). Hiervan is sprake op het moment dat de verkrijgingsprijs van de deelnemingen het eigen vermogen van de holding te boven gaat. Dit is dus een ‘*dynamische*’ toetst die jaarlijks moet worden toegepast. Als het antwoord hierop bevestigend is dan moet het niet aftrekbare deel van de rente worden bepaald, de zogenaamde ‘*bovenmatige deelnemingsrente*’ (art. 13l, lid 2 Wet VpB). Deze wordt bepaald aan de hand van een rekenregel: (gemiddelde¹⁶⁷ deelnemingsschulden) / (gemiddelde¹⁶⁸ totale leningen) * rente op de geldleningen. Van de uitkomst hieruit is het meerdere boven de 750.000 euro niet aftrekbaar. De samenloop met de fiscale eenheid is dat op het moment dat een fiscale eenheid gevormd wordt tussen de holding en de deelneming, art. 13l Wet VpB in zijn geheel kan worden ontlopen. Hiermee kan het fiscale nadeel van de renteaftrekbeperking uit hoofde van art. 13l Wet VpB worden voorkomen wat resulteert in een indirect voordeel als gevolg van het toepassen van een fiscale eenheid.

¹⁶³ 18 September 2003 C-168/01 Bosal Holding BV, r.o. 29, het HvJ oordeelde dat dit rechtvaardigingsargument niet opging omdat geen sprake zou zijn van een ‘rechtstreeks verband’ tussen de aftrek en de heffing (lees: twee verschillende belastingstelsels, het Nederlandse en het Franse).

¹⁶⁴ NvW, Kamerstukken II, 2003/2004, nr. 8, p 8-9.

¹⁶⁵ De situatie die gevreesd werd was dat veel buitenlandse deelnemingen onder een in Nederland gevestigde vennootschap zouden worden gehangen. Door vervolgens vanuit deze holding alle deelnemingen te financieren zou hiermee de Nederlandse belastinggrondslag (ernstig) worden uitgehuld.

¹⁶⁶ NvW, Kamerstukken II, 2003/2004, nr. 8, p. 5.

¹⁶⁷ Stand op (1/1 boekjaar + stand op 31/12) gedeeld door twee (zie art. 13l, lid 2, laatste volzin Wet VpB).

¹⁶⁸ Zie vorige voetnoot.

§ 4.3.2 Houdsterverliesregeling ex. art. 20, lid 4 t/m 6 Wet VpB

§ 4.3.2.1 Achtergrond

Art. 20, lid 4, Wet VpB vormt in feite het sluitstuk van de reparatie van het Bosalgat. Het Bosalarrest leidde namelijk tot het afschaffen van de ‘niet-afrekbaarheid’ van kosten die verband houden met buitenlandse deelnemingen (lees: rente) waardoor kunstmatige uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag een reëel risico vormde voor de Nederlandse schatkist¹⁶⁹. Het risico wat namelijk ontstond was dat een concernbestuur doelgericht alle buiten Nederlandgelegen deelnemingen verkoopt aan een in Nederland gevestigde groepsvennootschap. De financiering die deze groepsvennootschap hiervoor zal moeten aangaan om de deelnemingen te verwerven, leidt vervolgens tot een grote jaarlijkse renteaftrekpost. Echter omdat een groepsvennootschap in de kern geen economische activiteiten ontplooit ontstaat het probleem (voor de groep) dat de renteaftrek fiscaal niet te gelde kan worden gemaakt. Het houden van vennootschappen levert op zichzelf genomen namelijk geen belastbare grondslag op. De jaarlijkse aftrekbare rente verwordt hierdoor tot een compensabele verlies dat op grond van art. 20, lid 2 Wet VpB uiteindelijk uit de termijnen lopen zal lopen, oftewel verliesverdamping. Dit probleem kan de groep oplossen door verlieslatende houdsteractiviteiten te vermengen met winstgevendende activiteiten elders uit het concern. Omdat houdster- en financieringsactiviteiten geen echte substance-activiteiten zijn ze hierdoor makkelijk over te dragen. Dit vermengen van verliesgevendende houdsteractiviteiten met winstgenererende activiteiten is wat feitelijk uiteindelijk leidt tot de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag. Dit is wat de wetgever met art. 20, lid 4 t/m 6 Wet VpB heeft willen voorkomen¹⁷⁰.

§ 4.3.2.2 De regeling

De bepaling schrijft voor dat zodra een houdstermaatschappij zich uitsluitend of nagenoeg uitsluitend ‘kwantitatief: 90% of meer’ bezig houdt met het houden en/of financieren van deelnemingen, die als verbonden lichamen kwalificeren, zij zich kwalificeert als een ‘houdster- en financieringsmaatschappij’ (hierna: “HFM”) in de zin van art. 20, lid 4, Wet VpB¹⁷¹. Dit is de zogenaamde werkzaamhedentoets. Het gevolg hiervan is dat de houdsterverliesregeling een beperking oplegt aan de algemene verliesverrekeningsmogelijkheid van art. 20, lid 2 Wet VpB. Deze regeling legt een verbindend criterium op dat voorschrijft dat verliesverrekening door een HFM alleen mogelijk is met winsten die zijn verkregen in diezelfde hoedanigheid. HFM-verliezen mogen hierdoor dus alleen worden verrekend met HFM-winsten. De truc in de dit artikel is dus eigenlijk dat

¹⁶⁹ NvW, Kamerstukken II, 2003/04 29210 nr. 8, p. 22, zie voorts ook het Advies van State rapport, Kamerstukken II 2003/04 29210, nr. 10, p.8.

¹⁷⁰ NvW, Kamerstukken II, 2003-2004, nr. 8. p. 12.

¹⁷¹ Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Aantekening 7.3 Lid 4 Werkzaamhedentoets bij: Wet op de vennootschapsbelasting 1969, artikel 20 (bijgewerkt tot 10-06-2016).

houdstermaatschappijen formeel wel recht hebben op de renteaftrek maar die uiteindelijk materieel niet te gelde kunnen maken.

De houdsterliesregeling kan ook hier weer eenvoudig worden ontlopen door het aangaan van een fiscale eenheid tussen de houdstermaatschappij en de deelnemingen. Dit levert de belastingplichtige moedermaatschappij van de fiscale eenheid een indirect voordeel op doordat de verliezen vanaf het moment van het aangaan van de fiscale eenheid onbeperkt kunnen worden verrekend door de horizontale verliesverrekening.

§ 4.3.2.2 *Samenloop met de fiscale eenheid*

Door toepassing van de fiscale eenheid vervalt (het mengverbod van) art. 20, lid 4, Wet VpB en komen daarvoor in de plaats de regels van de ‘verliesverrekening over het voegingstijdstip heen’ van art. 15ae Wet VpB. De toepassing van art. 20, lid 4, Wet VpB kan in zijn geheel worden ontlopen door winstgevende activiteiten via een nieuw opgerichte dochter binnen de fiscale eenheid te vermengen met de HFM-activiteiten¹⁷². Met andere woorden wordt hiermee de afbakeningsgrens¹⁷³ van art. 20, lid 4 met toepassing van de fiscale eenheid weer doorbroken.

§ 4.4 Overnamerenteaftrekproblematiek

§ 4.4.1 Oneigenlijk gebruik van de fiscale eenheid

Naast de positieve functie van de fiscale eenheid om rekening te willen houden met het feit dat vennootschappen doorgaans in groepen opereren kan de fiscale eenheid ook oneigenlijk worden gebruikt in het kader van overnames. Overigens speelt in een bredere maatschappelijke context de internationale strijd tegen belastingontwijking en fraude. Deze ethische kwestie heeft in de laatste jaren significant aan belang gewonnen in het publieke debat. Kartrekkers van deze ontwikkeling zijn de OESO en de EC. De OESO heeft recentelijk in 2012 de omvangrijke BEPS-rapporten en daarbij horende actieplannen gepubliceerd met maatregelen waarmee de belastingontwijking en fraude zou kunnen worden bestreden¹⁷⁴. Een van die maatregelen is gericht op de financiering van overnames door middel van vreemd vermogen en de grondslaguitholling als gevolg daarvan¹⁷⁵. De EC heeft diezelfde actiepunten in een mededeling in vrijwel dezelfde vorm overgenomen¹⁷⁶.

¹⁷² F. Van Horzen, Verliesverrekening in de vennootschapsbelasting, Fed Fiscale Brochures, Deventer: Kluwer 2014 (3^e druk), p.57.

¹⁷³ HFM-verliezen alleen verrekenbaar met HFM-winsten.

¹⁷⁴ BEPS: Base Erosion and Profit Shifting.

¹⁷⁵ BEPS: Action plan 4 (Interest deductions and other financial payments).

¹⁷⁶ Mededelingen zijn visies van de Europese Commissie. Er zijn twee soorten mededelingen: een meer beleidsmatige mededeling over onduidelijke onderwerpen waar de EC een standpunt over heeft die mogelijk maar niet in lijn hoeft te zijn met jurisprudentie van het HvJ. Deze is dus ‘richtinggevend’. Daarnaast bestaat de mededeling die vrij dwingend (niet formeel) het standpunt van de EC inhoudt. Met dit type mededeling wil de EC de lidstaten bewegen om hun wetgeving, voor zover deze niet in overeenstemming is met hetgeen wat in de

§ 4.4.2 Private equity en de ‘leveraged buyout’

Tot kort voor de kredietcrisis in 2008 was er in Nederland een golf aan overnames van Nederlandse concerns door buitenlandse private equity fondsen. Bekende voorbeelden hiervan waren onder andere de overname van HEMA, Ziggo, NRC Media en Van Ganssewinkel. In de fusie en overnamepraktijk worden deze overnamepartijen ook wel targets of prooien genoemd. Als gevolg van de maatschappelijke onrust die de private-equityfondsen veroorzaakten werd in opdracht van het Ministerie van Financiën door de Erasmus Universiteit Rotterdam onderzoek gedaan naar deze nieuwe vorm van acquisities¹⁷⁷. Het onderzoek gaf (helaas) alleen een statisch inzicht in het aantal overnames, de bedragen die daarmee gemoeide zijn en de bijdrage van private equity aan de Nederlandse economie. De belangrijkste kernfunctie die deze fondsen volgens het onderzoek vervullen is dat zij slechtlopende ondernemingen opkopen en herstructureren¹⁷⁸. Kenmerkende onderscheid hierbij tussen private equity en traditionele investeringen is volgens het onderzoek dat private equity over het algemeen gericht is op het ‘vinden’ van waarde in plaats van de creatie daarvan¹⁷⁹. Dat een significant deel van de waarde gevonden wordt in de fiscale optimalisatie van een ondernemingsstructuur door grondslaguitholling, en dat de fiscale eenheid hierin een kernfunctie vervult, is in het onderzoek onderbelicht gebleven. Zo blijkt ook uit de initiatiefnota ‘*Private equity: einde aan de excessen*’¹⁸⁰ van Tweede Kamerleden Nijboer en Groot en de kabinetsreactie daarop van 21 december 2015 waarin zij het kabinet willen aanzetten tot een nieuw fiscaalgericht onderzoek.

Private-equityfondsen staan bekend om de zogenaamde *leveraged buyout* (de LBO) waarmee zij door middel van een excessieve hoeveelheid vreemd vermogen winstgevende ondernemingen overnemen¹⁸¹. Vervolgens voeren zij ook kostenbesparingen door om de winstgevendheid nog verder verhogen. Dit doen zij voornamelijk door het aanpassen van de vermogensstructuur¹⁸². Het aandeel van het vreemd vermogen in het totale vermogen wordt zo veel mogelijk gemaximaliseerd om maximaal gebruikt te kunnen maken van de aftrekbaarheid van rente. De private equity fondsen laten zich bovendien ook kenmerken door het feit dat zij geen eigen vermogen inbrengen. Zij gaan in de regel met externe investeerders zoals pensioenfondsen en vermogende particulieren een CV-achtige

mededeling staat, bewegen om te komen tot een aanpassing van de wetgeving. Deze neigen dus heel erg sterk naar richtlijnen. Richtlijnen zijn formeel wel afdwingbaar. De belangrijkste hiervan zijn de Pensioenmededeling (COM(2001) 214def) en de Dividendmededeling (COM(2003) 810def). De Verliesmededeling (COM(2006) 824def) is daarentegen veel meer een beleidsstuk.

¹⁷⁷ De Jong, A., Roosenboom, P.G.J., Verbeek, M.J.C.M. & Verwijmeren, P. (2007). Hedgefondsen en private equity in Nederland.

¹⁷⁸ In de volksmond ook wel de functie van bedrijfsdokter genoemd.

¹⁷⁹ Farschtschian (2006), Hedge Funds and Private Equity: Differences, Similarities and Convergence.

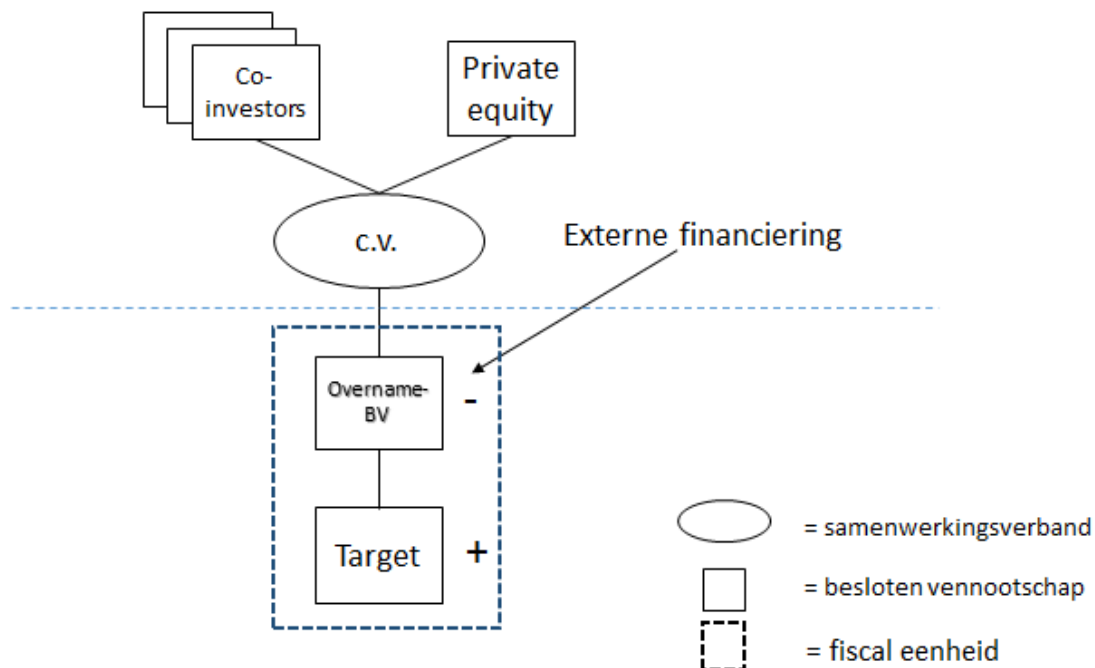
¹⁸⁰ Initiatiefnota (PvdA) Private Equity: einde aan de excessen, Kamerstukken II, 2014-15 34267, nr.2.

¹⁸¹ De Jong, A., Roosenboom, P.G.J., Verbeek, M.J.C.M. & Verwijmeren, P. (2007). Hedgefondsen en private equity in Nederland, p. 13.

¹⁸² De Jong, A., Roosenboom, P.G.J., Verbeek, M.J.C.M. & Verwijmeren, P. (2007). Hedgefondsen en private equity in Nederland, p. 28.

samenwerkingsverband aan dat zij vestigen in een laagbelaste jurisdictie¹⁸³. Deze CV-achtige rechtsassociatie richt een vennootschap op in Nederland, ‘de overname-BV’, die zelfstandig leningen van externe financiers aantrekt. Verhoudingsgewijs wordt de overname-BV gefinancierd met een minimale hoeveel eigen vermogen en een maximale hoeveelheid vreemd vermogen. Hierdoor kan een maximale rentabiliteit op het eigen vermogen worden gerealiseerd. Deze zeer hoge rentabiliteit staat echter niet in verhouding tot de economische risico’s die door de private equityfondsen worden gelopen¹⁸⁴.

De private-equitystructuur ziet er in de regel als volgt uit (bron: *Initiatiefnota Private Equity: einde aan de excessen*¹⁸⁵):



§ 4.4.3 Fiscale consequenties en de rol van de fiscale eenheid

Als bijvoorbeeld naar de HEMA-overname wordt gekeken, ontstaat een aanvangssituatie waarin een overname-BV een deelneming bezit van 100% in de topholding van het Hema-concern. De overname-BV is voornamelijk gefinancierd met vreemd vermogen en ontplooit zelf geen economische activiteiten, behalve het houden van een 100%-deelneming waarvan de voordelen uit hoofde hiervan op grond van art. 13 Wet VpB zijn vrijgesteld. Hierdoor ontstaat dus de (thans bekende) situatie

¹⁸³ Initiatiefnota weerbaar tegen private equity, pag. 8

¹⁸⁴ De Jong, A., Roosenboom, P.G.J., Verbeek, M.J.C.M. & Verwijmeren, P. (2007). Hedgefondsen en private equity in Nederland, p. 26.

¹⁸⁵ Initiatiefnota (PvdA) Private Equity: einde aan de excessen, Kamerstukken II, 2014-15 34267, nr.2.

waarin de overname-BV beschikt over een grote (jaarlijkse) renteaftrek die fiscaal niet te gelde kan worden gemaakt. Met de volgende ‘cruciale/desastreuze’ stap wordt dit fiscale ‘probleem’ opgelost. De overname-BV gaat een fiscale eenheid aan met het HEMA-concern. Het resultaat hiervan is dat de rentelasten van de overname-BV in aftrek kunnen worden gebracht van de winsten van het HEMA-concern. Hierdoor ontstaat de merkwaardige situatie dat de overgenomen partij zijn eigen overname financiert wat uiteindelijk de fiscus en maatschappij dupeert¹⁸⁶.

De Volkskrant berichtte destijds dat door de overname van het HEMA-concern een bedrag van 400 miljoen euro zou zijn teruggevraagd van de Belastingdienst¹⁸⁷. Zonder dat hier dus een economische bijdrage tegenover stond. In hetzelfde Volkskrantbericht stelde Stevens¹⁸⁸ het volgende : “*Je kunt je afvragen of het maatschappelijk gewenst is dat goedlopende bedrijven door een fiscale handigheid belasting ontvangen in plaats van te betalen. Het holt de heffingsgrondslag van de vennootschapsbelasting uit*”. Met de fiscale handigheid doelde Stevens uiteraard op de fiscale eenheid.

§ 4.4.4 Maatregelen tegen excessieve schuldfinanciering

In de bekende Sinterklaasbrief¹⁸⁹ van de staatsecretaris van 5 december 2009 werden de eerste maatregelen aangekondigd tegen de excessieve renteaftrek door overnameholdings. In de fiscale agenda van 14 april 2011 ‘*Naar een eenvoudiger, meer solide en fraudebestendiger belastingstelsel*’¹⁹⁰, agendeerde het kabinet het aanpakken van de onevenwichtigheid die de excessieve renteaftrek door overnameholdings veroorzaakt. Op 1 januari 2012 werd hierop art. 15ad wet VpB (her)ingevoerd¹⁹¹ (in de media ook wel de sprinkhanenbelasting genoemd) die kortgezegd inhoudt dat de rente die de overname-BV betaalt, ondanks toepassing van de fiscale eenheid, niet meer in aftrek kan worden gebracht van de winstgrondslag van de overgenomen dochtermaatschappij. Hiermee wordt de werking van de fiscale eenheid in zoverre het overnamerente betreft, weer ongedaan gemaakt¹⁹². Deze regeling kan worden getypeerd als een renteaftrektemporeseringsmaatregel en is dus anders dan de renteaftrekbeperkingsmaatregelen in artikel 10a, 10b en 10d Wet VpB waarbij de kunstmatige samenstel van (rechts)handelingen het uitgangspunt is voor de renteaftrekbeperking.

¹⁸⁶ J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingsen in de vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer 2007, p. 346.

¹⁸⁷ Volkskrant 29 januari 2009.

¹⁸⁸ Emeritus hoogleraar fiscale economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

¹⁸⁹ Brief staatsecretaris van Financiën, 5 december 2009, nr. DB2009/274 M, V-N 2009/62.14.

¹⁹⁰ Fiscale agenda: naar een eenvoudiger, meer solide en fraudebestendiger belastingstelsel, V-N 2011/22.1-22.8.

¹⁹¹ De regeling heeft eerder bestaan tussen 1997 en 2007 maar werd per 1 januari 2007 afgeschaft ter vereenvoudiging en systematisering van de rente-aftrekbeperkingsen in art. 10a Wet VpB geïntegreerd met de ‘externe acquisitie’. Zie Kamerstukken II, 2005/06, 30572, nr. 3, p. 49 (MvT, Wet werken aan winst). Klaarblijkelijk heeft de wetgever zich (ernstig) vergist in de beperkte reikwijdte van het gewijzigde art. 10a Wet VpB waardoor in het Belastingplan 2012 werd aangegeven dat art. 15ad Wet VpB opnieuw zou worden ingevoerd. Zie MvT Belastingplan 2012, onderdelen X en G.

¹⁹² Voor een cijfermatige uitwerking van de regeling verwijs ik door naar M.H.C. Ruijschop, ‘Renteaftrekbeperking overnameholdings’, TFO, 2012/120, p. 124-133.

Werking van de aftrekbeperking

Art. 15ad vangt aan met dat overnameschulden' moeten worden vastgesteld. De definitiebepaling van overnameschulden is geregeld art. 15ad, lid 1 Wet VpB eerste volzin. Wanneer het antwoord hierop bevestigend is wordt de fiscale-eenheidwinst als het ware ontrafeld. Het uitgangspunt is de fiscale-eenheidwinst. Hierop komt de winst van het overgenomen concern op in aftrek en wordt vermeerderd met de overnameschuld¹⁹³. De facto is alleen het de winst van de overnameholding beschikbaar voor verrekening. In het onderstaande voorbeeld is het uitgangspunt dus dat 0 EUR verrekenbaar omdat de winst van de overname-BV nul bedraagt. Dit is het bruto-uitgangspunt. De regeling kent vervolgens namelijk twee vrijstellingen: een franchise-vrijstelling en een thincapvrijstelling. Achtergrond van deze vrijstellingen is het ontzien van het MKB (de franchise-vrijstelling) en overnames die op een gezonde wijze zijn gefinancierd (de thincapvrijstelling)¹⁹⁴.

Voorbeeld:

Verkrijgingsprijs van de target	:	22.000.000 EUR
Overnameschuld bedraagt	:	20.000.000 EUR
Jaarlijkse rente 7%	:	1.400.000 EUR
Winst overname-BV	:	0
Winst target-BV	:	25.000.000 EUR

De franchise-vrijstelling schrijft voor dat de eerste 1.000.000 EUR aan renteaftrek nooit wordt beperkt (lid 2 van art. 15ad Wet VpB). De thincapvrijstelling bedraagt in het eerste jaar 60% van de verkrijgingsprijs dat gefinancierd mag zijn met vreemd vermogen, en neemt vervolgens met 5%-punt per jaar af tot een bodem van 25%¹⁹⁵. De hoogste van deze twee vrijstellingen mag vervolgens in aftrek worden gebracht.

Uitwerking 1

Franchisevrijstelling	:	1.000.000 EUR
Thincapvrijstelling	:	924.000 EUR (22.000.000*0,60*0,07)

Op grond van art. 15ad, tweede lid, Wet VpB mag de hoogste vrijstelling worden toegepast. Bovenstaande uitwerking laat zien dat de franchisevrijstelling hoger is dan de thincapvrijstelling. Deze mag dus worden toegepast als een begrenzing van de bruto-renteaftrekbeperking.

Uitwerking 2

¹⁹³ [Fiscale-eenheidwinst] minus [targetwinst] plus [overnamerente] = [verrekenbare rente].

¹⁹⁴ Kamerstukken II, 2011-12, 33003, nr. 3, p. 89-90.

¹⁹⁵ Volgens Nijboer kan deze afbouw eenvoudig worden ontlopen door het doorrollen van de Target-BV's.

Bruto-aftrekbeperking	:		1.400.000 EUR
-/- franchisevrijstelling	:	-/-	1.000.000 EUR
Netto-aftrekbeperking	:		400.000 EUR.

§ 4.4.5 Het achterliggende probleem

Het achterliggende probleem blijft echter de ongelijke behandeling van eigen vermogen en vreemd vermogen in de Wet VpB. Ik onderschrijf in deze zin daarom ook het advies van de RvS waarin zij op een indirecte wijze art. 15ad Wet VpB kritisch becommentariëren. De RvS geeft aan dat de wetgever met de herintroductie van art. 15ad Wet VpB in het Belastingplan 2012 er uitdrukkelijk voor gekozen heeft een maatregel te nemen “*die verband houdt met een deelaspect van de renteproblematiek in concernverband*”¹⁹⁶ (onderstreping van mijn hand). De RvS adviseert tot het oplossen van het kernprobleem in breder verband. Tot dezelfde conclusie komt ook de Studiecommissie belastingstelsel¹⁹⁷ (de commissie-Van Weeghel). De commissie adviseert defiscalisering van de rente in de Wet VpB. Dit zou een ingeschatte grondslagverbreding opleveren van circa 3 miljard euro waarmee een tariefsverlaging naar 19% kan worden gefinancierd¹⁹⁸. Bezwaarlijk is dus wel dat de fiscale-eenheidregeling deze renteaftrekproblematiek verergerd.

§ 4.5 Economische grondslag van de Fiscale Eenheid

§ 4.5.1 De concerngedachte

In de literatuur bestaat overeenstemming over het feit dat de fiscale eenheid zijn grondslag vindt in de concerngedachte¹⁹⁹. Een greep uit de vaste literatuur levert het volgende beeld op. Van Soest stelt de fiscale eenheid gelijk aan een ‘*fiscale consolidatieregeling binnen concernverhoudingen*’²⁰⁰. De redactie van Cursus Belastingrecht ziet in de fiscale eenheid de verlengstukgedachte tot uiting komen doordat de winst van de gehele *concernonderneming* is belast bij de moedermaatschappij²⁰¹. Kok ziet de fiscale eenheid, samen met de deelnemingsvrijstelling als de twee kernregelingen van het *fiscale concernrecht*²⁰². Rijks beschrijft de essentie van artikel 15 Wet VpB als een *concernregeling* waarin

¹⁹⁶ RvS, Kamerstukken, 2011/12, 33003, nr. 4, p.11-12.

¹⁹⁷ Bij besluit van 22 oktober 2009 ingesteld door de Minister en de Staatsecretaris van Financiën. De commissie bracht rapport uit op 7 april 2010.

¹⁹⁸ Studiecommissie belastingstelsel, Continuïteit en vernieuwing, een visie op het belastingstelsel, Den Haag: 2010, p. 87.

¹⁹⁹ ‘Concern’ en ‘groep’ dekken voor de toepassing van dit schrijven dezelfde lading en zullen over en weer worden gebruikt.

²⁰⁰ A.J. Van Soest, *Belastingen*, 22^e druk, Deventer: Kluwer 2004, p. 569.

²⁰¹ N.H. de Vries, R.J. de Vries, *Cursus Belastingrecht*, VpB.(oud).2.9.1.B.a. Het wezen van de fiscale eenheid (online geraadpleegd, laatst bijgewerkt: 01-03-2002).

²⁰² Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (dissertatie)*, Den Haag: Sdu fiscale en financiële uitgevers 2005, p. 25.

B.V.'s en NV's, die tot hetzelfde concern behoren, kunnen worden belast als één belastingplichtige²⁰³. Deze concerngedachte deed al direct na de invoering van de fiscale eenheidregeling zijn intrede. In het commentaar van Van Soest op de rechtsvoorganger van de fiscale eenheid, art. 27 van het Besluit op de vennootschapsbelasting 1942 becommentarieerde hij de regeling als: “*Gedacht is hier aan concerns*”²⁰⁴. In hoeverre een concern anno 1942 overeenkomt met een concern anno 2016 is echter nog maar de vraag. De betekenis die Van Soest zelf hier aan gaf was die van een bedrijf waarvan een onzelfstandig onderdeel, zoals bijvoorbeeld een verkoopafdeling, wordt verzelfstandigd²⁰⁵. We kunnen inmiddels wel vaststellen dat het concern anno 2016 meer bedraagt dan een samenhangende onderneming waarvan de onzelfstandige onderdelen juridisch zijn verzelfstandigd.

§ 4.5.2 Het welvaartsbeginsel

§ 4.5.2.1 Beginselen van belastingwetgeving

Goede belastingwetgeving is wetgeving die wordt gedragen door het beginsel van *rechtvaardigheid*²⁰⁶ of *doelmatigheid*²⁰⁷. Het rechtvaardigheidsbeginsel laat zich onderverdelen in *het beginsel van draagkracht*, *het beginsel van profijt* en *het beginsel van de bevoorrechte verkrijging*. Het doelmatigheidsbeginsel laat zich onderverdelen in drie: het *welvaartsbeginsel*, het *beginsel van minste pijn* en *het beginsel van optimale realisatie*²⁰⁸. De ‘primaire’ belastingwetgeving heeft mijn inziens twee kernfuncties: de herverdeling (op basis van solidariteit) en de financiering van publieke goederen (de budgettaire functie). Essentieel is dat deze primaire belastingwetgeving gedragen wordt door het beginsel van rechtvaardigheid. De herverdeling van rijk naar arm en de rijksbegroting moeten *eerlijk* zijn ingericht²⁰⁹. In sommige gevallen leidt de primaire wetgeving tot een (ernstige) marktverstoring die eenvoudig op te lossen is. Op grond van het *welvaartsbeginsel* wordt de wetgever dan verplicht uitzonderingsmaatregelen op de primaire belastingwetgeving aan te brengen die deze marktverstoring oplossen²¹⁰. Het niet oplossen van deze marktverstoring gaat anders namelijk ten koste van de nationale welvaart.

²⁰³ K. Rijks, *Het instituut van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Fiscale brochures FED, Deventer: Kluwer 1985, p.12.

²⁰⁴ A.J. Van Soest, J.B.J. Peeters, *Inleiding tot de kennis van de inkomsten-, vermogens-, en vennootschapsbelasting*, 4^e druk, Arnhem: S. Gouda Quint D. Brouwer en zoon – uitgevers, 1944, p. 290 (ter inzage beschikbaar bij het Sanders Instituut (Erasmus Universiteit Rotterdam) .

²⁰⁵ Zie voetnoot hiervoor.

²⁰⁶ W.J. de Langen, *De grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht (deel II)* Alphen aan den Rijn: N. Samsom NV. Uitgever 1958, p.674.

²⁰⁷ L.G.M. Stevens, *Elementair belastingrecht voor economen en bedrijfseconomen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 19.

²⁰⁸ L.G.M. Stevens, *Elementair belastingrecht voor economen en bedrijfseconomen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 19-24.

²⁰⁹ Naar maatschappelijk inzicht ‘eerlijk’. Hierbij kunnen beginselen een rol spelen als ‘de sterkste schouders dragen de zwaarste lasten’.

²¹⁰ L.G.M. Stevens, *Elementair belastingrecht voor economen en bedrijfseconomen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 23.

De fiscale eenheid is hier een belangrijk voorbeeld van. De primaire belastingwetgeving ‘*de zelfstandige winstbelasting van lichamen*’ leidt tot onnodige verstoring van groepsvorming in het bedrijfsleven. Op grond van het welvaartsbeginsel is de wetgever dus verplicht een uitzonderingsmaatregel op te nemen waarmee verzekerd kan worden dat groepsvorming niet fiscaal wordt belemmerd. De fiscale-eenheidregeling vindt zijn grondslag dus in het welvaartsbeginsel als onderdeel van het doelmatigheidsbeginsel. De Vries noemt dit de noodzakelijke *buigzaamheid* van een belastingwet²¹¹. Deze buigzaamheid doet zich volgens De Vries voornamelijk voor ten aanzien van de starre zelfstandige belastingplicht van lichamen²¹². Volgens Verburg moet fiscale wetgeving zodanig zijn ingericht dat het de groei en expansie van het bedrijfsleven niet onnodig belemmert²¹³. Bij toepassing van het welvaartsbeginsel moet echter wel altijd in overweging worden genomen dat de ‘aanbouwwetgeving’ altijd ten koste gaat van de eenvoud en extra uitvoeringslasten met zich meebrengt²¹⁴. Dit is ongetwijfeld het geval met de fiscale eenheid nu deze regeling behoort tot een van de meest complexe bepalingen in de Wet VpB, waardoor vraagtekens kunnen worden gezet bij de doelmatigheid en uitvoerbaarheid van de bepaling.

§ 4.5.3 Het civielrechtelijke knelpunt

Lichamen worden uit hoofde van art. 1 Wet VpB zelfstandig in de heffing betrokken. Deze zelfstandige behandeling staat in groot contrast met de economische realiteit waarin lichamen op verschillende manieren economisch, organisatorisch of juridisch met elkaar zijn verweven. Dit zelfstandige uitgangspunt van art. 1 Wet VpB vloeit voort uit het civiele recht waar het eveneens als een probleem wordt erkend. Van Schilfgaarde verwoordde dit probleem als volgt: “*ons recht (in zijn algemeenheid) is geënt op de enkelvoudige vennootschap*”²¹⁵. Het probleem dat Van Schilfgaarde onderschrijft is dat het recht uitgaat van een ‘enkelvoudige’ vennootschap in die zin dat de veronderstelling is dat een vennootschap een geheel op zichzelf staande entiteit is. Het probleem is dus niet dat een vennootschap op grond van artikel 2:5 BW in beginsel gelijk is gesteld met de natuurlijke persoon, maar dat het ‘recht er om heen’ gebouwd is op de onjuiste veronderstelling dat een rechtspersoon geen samenhang kan vertonen met andere rechtspersonen. Anders dan een natuurlijke persoon, die uit hoofde van zijn of haar individualiteit altijd als afgescheiden eenheid het ultieme eigendom uitoefent over zijn of haar bezit, kan een rechtspersoon namelijk materieel deel uitmaken van een groter geheel. Een rechtspersoon is in deze zin niet ultiem maar altijd een verlengstuk. Huizink meent daarom dat altijd *door* een concern of groep *heen* moet worden gekeken waardoor

²¹¹ R.J. De Vries, (*On*)*buigzaamheid van de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2000, p. 29.

²¹² Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu fiscale en financiële uitgevers 2005, p.41.

²¹³ J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Fiscale Hand- en Studieboeken, 2^e druk, Deventer: Kluwer 2000, p. 281.

²¹⁴ L.G.M. Stevens, *Elementair Belastingrecht voor economen en bedrijfseconomen*, Deventer: Kluwer 1999, p.

23.

²¹⁵ P. Van Schilfgaarde, *Vennootschapsrecht na 27 jaren*, Slagterbundel, Deventer: Kluwer 1988 p. 259.

bijvoorbeeld ‘doorbraak van aansprakelijkheid’ kan ontstaan²¹⁶. Hier raken we dus het civielrechtelijke probleem waar in het belastingrecht op verder is voortgeborduurd^{217,218}. Ook vanuit de totaalwinst zou idealiter niet het vermogen van een lichaam, als object van heffing te gelden moeten hebben maar het gehele ondernemingsvermogen van de groep of concern. Door economische en organisatorische verwevenheidscriteria zou het concernondernemingsvermogen kunnen worden afgebakend, alhoewel zich hier een ingewikkeld etiketteringsvraagstuk voor zal doen.

§ 4.5.4 Het concern

Het concern is een verschijnsel dat zich niet aan de hand van een vaste definitiebepaling laat omschrijven²¹⁹. Wel kunnen uit de verschillende definities twee vaste kenmerken worden gedestilleerd. Een concern laat zich kenmerken door *verbondenheid* tussen de concernvennootschappen en logischerwijs door een *centrale leiding*. De verbondenheid tussen concernvennootschappen uit zich in drie subkenmerken: *economische*, *organisatorische* en *juridische* verbondenheid. De *juridische verbondenheid* doet zich onder meer voor bij doorbraak van aansprakelijkheid. Daarnaast is ook een ontwikkeling gaande waarin het concern erkend wordt als een juridische entiteit met eigen specifieke taken en verantwoordelijkheden²²⁰. Een analogie zou kunnen worden getrokken met de supranationale gedachte van bijvoorbeeld de Europese Unie. Dit ‘*meerdere*’, ten aanzien van de zelfstandige vennootschappen, vertaalt zich volgens Verburg onder andere in de noodzaak dat beslissingen moeten worden genomen ten aanzien van de groepsstructuur die de groep als geheel aangaan²²¹. Daarnaast geeft Verburg aan dat er een groepsbelang bestaat dat boven het individuele belang van de zelfstandige vennootschappen staat²²². De *organisatorische verbondenheid* heeft betrekking op de organisatorische indeling van het concern voor individuele prestatiemeting en ter bevordering van de bestuurbaarheid van het concern. De *economische verbondenheid* (of verwevenheid) uit zich in twee aspecten: 1) de middellijke en onmiddellijke aandelenbelangen van de topholding in de concernvennootschappen, en 2) de gemeenschappelijke onderneming die door het

²¹⁶ J.B. Huizink, *Het concern van 2020*, Deventer: Kluwer 2015, p.9 (digitale versie).

²¹⁷ P. Van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV* (15^e druk), Deventer: Kluwer 2009, p. 20 en 21.

²¹⁸ Zie bijvoorbeeld ook: Vakstudie Serie, S.M. Bartman, A.F.M. Dorrestijn, *Ondernemingsrecht, Van het Concern* (bijgewerkt tot 01-07-2013): “*De samenvaal tussen rechtsvorm en onderneming is afwezig in gevallen waarin verscheidene rechtsvormen gezamenlijk een onderneming in stand houden. In dat geval spreekt men al gauw van een concern.*”

²¹⁹ S.M. Bartman, *Inleiding concernrecht*, Samson H.D. Tjeenk Willink, Alpen aan den Rijn 1987, p. 19: “een samenstel van juridisch zelfstandige ondernemingen onder centrale leiding”. S.M. Bartman, A.F.M. Dorrestijn, *Van het concern*, 5^e druk, Kluwer: Deventer 2013, p.1: “*een eenheid, waarin rechtspersonen en/of vennootschappen organisatorisch zijn verbonden, gericht op duurzame deelneming aan het economische verkeer*”. M.J.G.C. Raaijmakers, *Joint Ventures*, Kluwer: Deventer 1989, p.80: “*Onder een concern kan in het algemeen orden verstaan een samenstel van juridisch zelfstandige vennootschappen, die met elkaar een economische eenheid vormen, welke wordt geleid vanuit de moedervennootschap*”.

²²⁰ S.M. Bartman, A.F.M. Dorrestijn, *Van het concern*, 5^e druk, Kluwer: Deventer 2013, §1.1.

²²¹ J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2000, p. 278.

²²² J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2000, p. 278.

concern wordt gedreven. De *centrale leiding* uit zich in een gemeenschappelijke strategie voor het gehele concern waarbij het concernbelang boven het individuele vennootschapsbelang staat.

§ 4.5.4.1 *Motieven voor groepsvorming*

Groepsvorming is een natuurlijk verschijnsel in het maatschappelijke economische verkeer. De motieven hiervoor kunnen *bedrijfseconomisch, organisatorisch of juridisch* van aard zijn²²³. Tot de *bedrijfseconomische motieven* behoren:

1. het behalen van schaalvoordelen wat leidt tot lagere productiekosten en een hoger marktaandeel;
2. het versterken van de strategische positie door middel van horizontale en verticale expansie wat marktdominantie oplevert. (Eventuele ongewenste marktdominantie wordt begrensd door het mededingingsrecht).
3. diversificatie van de bedrijfsactiviteiten, wat leidt tot een verlaging van de conjunctuurgevoeligheid en zorgt voor economische robuustheid;
4. een efficiëntere allocatie van productiefactoren (transactietheorie²²⁴).

Met de *juridische motieven* wordt de beperking van aansprakelijkheidsrisico's bedoeld door de onderverdeling van verschillende ondernemingsdelen in verschillende rechtspersonen²²⁵. In feite is hier geen sprake van concernvorming door middel van expansie, maar het ontstaan van een concernstructuur doordat een onderneming in verschillende (juridisch) delen wordt verdeeld. Een ander belangrijk motief is dat de overtollige winsten juridisch worden afgebakend van het werkkapitaal. De werkmaatschappijen worden hierdoor in feite financieel 'slank' gehouden doordat de overtollige winsten altijd worden uitgekeerd aan de holdingmaatschappij. Bij een eventueel faillissement van een van de werkmaatschappijen staan de ondernemingswinsten veilig gesteld bij de holdingmaatschappij. *Organisatorische motieven* zien op het zoveel mogelijk tot uitdrukking brengen van de economische en geografische indeling van de onderneming in de juridische structuur, waardoor verschillende zelfstandige ondernemingsdelen worden ondergebracht in verschillende juridische entiteiten.

§ 4.5.5 Concernfaciliteiten

²²³ S.M. Bartman, A.F.M. Dorrestijn, Van het concern, 5^e druk, Deventer: Kluwer 2013, §1.3.

²²⁴ Coase, R. (1973), The Nature of Firm, *Economica*, Vol. 4 no.16, p. 386. Coase deed onderzoek naar het ontstaan van ondernemingen. Coase kwam tot de conclusie dat ondernemingen ontstaan omdat zij de kosten per transactie kunnen verlagen. Coase ziet een onderneming als een nexus van contracten en transacties. Buiten de gewoonlijke transactiekosten kan worden gedacht aan onderhandelingskosten, organisatiekosten, zoekkosten, informatiekosten, monitoring-kosten. De conclusie is dat hoe groter de onderneming is, hoe efficiënter de kosten worden.

²²⁵ M.H.J. Cobbenhagen, De verantwoordelijkheid van de onderneming, Roermond: 1927, p. 96 e.v.

In het Rapport van de Commissie ter Bestudering van de Belastingheffing van Concerns (1995) verwoordt de commissie treffend het doel van concernfacilitering binnen de vennootschapsbelasting. Het kerndoel is dat de *belastingdruk* van een concern niet wordt beïnvloed door de juridische structuur²²⁶. De commissie komt hiervoor tot de volgende vier benodigde concernfaciliteiten²²⁷:

1. het voorkomen van economisch dubbele belastingheffing;
2. horizontale verliesverrekening;
3. geen fiscale toetsing voor doorbelasting van kosten;
4. geen afrekening bij overhevelen meerwaarden.

In de volgende subparagrafen volgt een analyse van deze concernfaciliteiten.

§ 4.5.4.1 *Voorkomen van economisch dubbel belastingheffing*

Het voorkomen van economisch dubbele heffing is een zeer noodzakelijke concernfaciliteit omdat anders een ongerechtvaardigde cumulatie van belastingheffing zou ontstaan. De winst uit een bepaalde economische activiteit zou namelijk eerst bij een dochtervennootschap in de heffing worden betrokken en vervolgens bij de moedermaatschappij (de aandeelhouder) nogmaals worden getroffen door zelfde belastingheffing. De meest zuivere methode om economisch dubbele belastingheffing te voorkomen is door te voorzien in een objectieve vrijstellingsmethode. Het vermogensbestanddeel ‘de deelneming’ op de balans van de aandeelhouder wordt dan gekwalificeerd als een (voor de winstbelasting) vrijgesteld vermogensbestanddeel. Een waardestijging van de deelneming, of winstuitkeringen uit hoofde hiervan (formeel of informeel), representeren namelijk een waardeontwikkeling die reeds bij de dochtermaatschappij in de heffing is betrokken. Het voorzien in een voorkoming van economische dubbele heffing is dus zeer noodzakelijk maar kan het beste in worden voorzien door een objectieve vrijstellingsmethode, oftewel de deelnemingsvrijstelling. Met de fiscale eenheid kan – doordat de groep op basis van de verzamelbalans wordt aangeslagen – economisch dubbele heffing *ook* worden voorkomen maar vormt niet het primaire functie van de fiscale eenheid. Dat de fiscale eenheid hier bovendien ook geen optimale oplossing voor biedt wordt duidelijk in internationaal verband waarin een deelnemingsvrijstelling zonder problemen kan worden toegepast maar de fiscale eenheid zich daarentegen lastig verhoudt met de territoriale afbakening van de Nederlandse heffingssoevereiniteit²²⁸.

²²⁶ C.B. Bavinck, *Rapport van de Commissie ter bestudering van de belastingheffing van concerns volgens artikel 15 Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Geschriften van de Vereniging voor belastingwetenschap, No. 199, Deventer: Kluwer 1995, p 11.

²²⁷ C.B. Bavinck, *Rapport van de Commissie ter bestudering van de belastingheffing van concerns volgens artikel 15 Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Geschriften van de Vereniging voor belastingwetenschap, No. 199, Deventer Kluwer 1995, p 12-18.

²²⁸ Op grond van art. 15e Wet VpB, de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten, zou kunnen worden beargumenteerd dat het territorialiteitsbeginsel voldoende wordt gehandhaafd. Het valt echter niet

§ 4.5.4.2 *Horizontale verliesverrekening*

Horizontale verliesverrekening is eveneens een noodzakelijke concernfaciliteit waar in de Wet VpB in moet worden voorzien (zie §4.2.1). Hier doet zich echter de arbitraire vraag voor dat bepaald moet worden vanaf welke mate van economische verwevenheid, horizontale verliesverrekening mogelijk moet worden gemaakt. Een uiterste hierin is dat horizontale verliesverrekening alleen mogelijk wordt gemaakt bij een deelnemingsbezit van tenminste 100%²²⁹. Echter is al sprake van een economische groep wanneer een vennootschap direct of indirect tenminste 50% van de aandelen bezit in een andere vennootschap²³⁰. In deze gevallen zou de afwezigheid van een mogelijkheid tot horizontale verliesverrekening leiden tot een belemmering van groepsvorming. Dit laat zich het meest onderschrijven in de situatie waarin een moedervernootschap tenminste 95% van de aandelen bezit in dochtervennootschap A en 94% van de aandelen bezit in dochtervennootschap B. Met dochtervennootschap A kan een fiscale eenheid worden gevormd waardoor eventuele groepsverliezen horizontaal kunnen worden verrekenend. Deze mogelijkheid staat echter niet open ten aanzien van dochtermaatschappij B wat lastig verhoudt met de grondslag van de fiscale eenheid. Vanuit een zuiver (fiscaal) economisch perspectief zou de verlieslatende groepsvennootschap haar verliezen idealiter moeten kunnen verkopen aan een andere groepsvennootschap. Voor de verlieslatende groepsvennootschap levert dit een positieve kasstroom op. Voor de vennootschap die de verliezen koopt zal deze transactie fiscaal neutraal verlopen doordat tegenover de ‘prijs’ een evenredige belastingverlaging staat²³¹. Omdat horizontale verliesverrekening afhankelijk is van onderlinge deelnemingsbezit van groepsmaatschappijen, is het mijn inziens daarom ook het meest zuiver om voor deze faciliteit aan te sluiten bij het deelnemingsbezit. In de het rapport van de Commissie ter bestudering van de belastingheffing van concerns (1995) wordt deze methode (verliesoverdracht via de deelnemingsrelatie) onderschreven en adviseert de commissie dat naast de fiscale eenheid groepsverliesoverdracht mogelijk wordt gemaakt bij een onderlinge aandelenbezit van meer dan

ontkennen dat een grensoverschrijdende fiscale eenheid in combinatie met een objectvrijstelling tot een zeer complexe uitwerking zal leiden.

²²⁹ Kok constateert in dit verband dat de wens van de wetgever voor de fiscale eenheid altijd was geweest om een aandelenbezit van tenminste 100% te vereisen. Bij ontstaan van de bepaling in 1940 was immers ook vereist dat de moedermaatschappij 100% van de aandelen in de te dochter maatschappij bezit. Dit percentage werd uiteindelijk in de loop der tijd verlaagd naar 99% en vervolgens naar 95%. Dit was echter ingegeven uit praktische overwegingen doordat zich moeilijkheden konden voordoen ten aanzien van minderheidsaandeelhouders die lastig uitgerookt konden worden en doordat de uitgifte van werknemersopties anders onmogelijk zou worden gemaakt. Zie: Q.W.J.C.H. Kok, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (diss.), Den Haag: Sdu fiscale en financiële uitgevers, p. 60.

²³⁰ Op grond van het jaarrekeningenrecht is bijvoorbeeld op grond van art. 2:206 BW en 2:24b BW sprake van een groep bij een belang van meer dan 50%.

²³¹ Deze systematiek wordt onder andere toegepast in het Verenigd Koninkrijk en wordt de Group Relief genoemd. Deze verliesoverdracht is alleen mogelijk met groepsvennootschappen die tenminste 75% zijn verbonden (via het kapitaalbezit). Zie: B. Obuoforibo, United Kingdom, Corporate Taxation, Country Analyses, section 8 (Group Taxation), bijgewerkt tot 15 april 2016.

50%²³². Hierdoor zouden groepsverhoudingen van tussen de 50% en 95% dus ook aanspraak kunnen maken op horizontale verliesverrekening. Een verlaging van het 95%-bezitsvereiste in de fiscale-eenheidregeling biedt hierin geen oplossing doordat een verlaging van het bezitspercentage zich lastig verhoudt met het verregaande fictiemechanisme van het ‘als één worden beschouwd’.

§ 4.5.4.3 *Geen fiscale toetsing voor het doorbelastingen van kosten*

Ik ben het oneens met de noodzaak van deze faciliteit omdat hierin geen economische belemmering plaatsvindt voor groepsvorming (zie de eerdere beschouwing in §4.2.2). Bovendien is een sterke internationale trend te zien waarin de verrekenprijzen-problematiek binnen concernverband juist hoog op politieke agenda is gezet. Zie bijvoorbeeld Actiepunt 13 van het OESO BEPS-project voor gestandaardiseerde documentatieverplichtingen voor concernvennootschappen²³³. Dit leidt tot een tot de fiscale eenheid tegenstelde beweging waarin de zelfstandigheid van groepsvennootschappen juist wordt benadrukt.

§ 4.5.4.4 *Geen afrekening bij overhevelen meerwaarden*

De noodzaak hiervoor wordt mijn inziens niet ingegeven door concernvorming maar vanuit het continuïteitsbelang van een onderneming. Deze faciliteit zou dus al op grond van het GKG-beginsel van voorzichtigheid in moeten zijn voorzien.. Uit §3.3.4 is bovendien gebleken dat de (huidige) fiscale eenheid een gebrekkige reorganisatiefaciliteit is.

§ 4.5.5 De vennootschapsbelasting is een belasting op kapitaal.

Omdat de vennootschapsbelasting een belasting is op kapitaal is kan worden verdedigd dat er geen primaire noodzaak om groepsvorming te faciliteren. De wet VpB kent namelijk een uniform en evenredig belastingtarief van 25%²³⁴. Het opstarttarief van 20% over de eerste 200.000 euro van het totale belastbare bedrag vormt in dit opzicht zelfs een voordeel wanneer geen fiscale eenheid zou worden aangeaan. Dus voor de belastingdruk van het concern als geheel maakt het helemaal niet dat dat groepsvennootschappen als een geheel voor de belasting worden aangeslagen. Het grote belang zit enkel de horizontale verliesverrekening wanneer verliezen worden gemaakt.

§ 4.5.6 De versturende werking van de fiscale eenheid

Doordat voor de toepassing van de fiscale eenheid niet vereist is dat sprake is van een economische en organisatorische verwevenheid, betekent dit dat ondernemingen kunnen worden samengevoegd die

²³² C.B. Bavinck, *Rapport van de Commissie ter bestudering van de belastingheffing van concerns volgens artikel 15 Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Geschriften van de Vereniging voor belastingwetenschap, No. 199, Deventer: Kluwer 1995, p 11.

²³³ Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13: 2015 Final Report (vindplaats: www.oecd-library.org).

²³⁴ Artikel 22 Wet VpB (2016).

economisch gezien niet zijn gerelateerd. In §4.2.1 is gebleken dat ten aanzien van aanloopverliezen en tijdelijke verliezen de fiscale eenheid concurrentieverstorend werkt ten opzichte van ondernemingen die onderdeel uitmaken van een groter (winstgevend) concern. Concerns hebben hier het voordeel dat zij door middel van een fiscale eenheid de verliezen direct kunnen verrekenen met de concernwinst. Een zelfstandige startup heeft deze mogelijkheid niet waardoor het level-playing-field –principe wordt verstoord.

§ 4.6 Conclusie en beantwoording van de deelvraag

In dit hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal: *Wat is de materiële uitwerking van de fiscale eenheid voor binnenlandse groepen en in hoeverre levert de groepsregeling ook voordelen op als gevolg van een samenloop met andere VpB-regelingen of het kunnen ontlopen hiervan, en zijn deze gevolgen wenselijk vanuit economische grondslag van de fiscale eenheid?*

De fiscale eenheid heeft een *brede* materiële werking die kan worden onderverdeeld in een primaire en secundaire werking. De primaire werking omvat de beoogde voordelen van de fiscale eenheid. Hiertoe behoren de horizontale verliesverrekening als gevolg de resultaatsaldering, en het onbelast blijven van intercompany-winsten als gevolg van de consolidatieboekingen. Deze laatste vormt echter nauwelijks een economisch voordeel doordat sprake is van belastinguitstel. Stel namelijk dat een groep elk jaar één miljoen euro aan interne groepswinst uitstelt naar het volgend jaar, betekent dit dat ieder jaar de uitgestelde winst van vorig jaar nu wel in de heffing wordt betrokken. Horizontale verliesverrekening levert daarentegen een veel breder voordeel op dan in eerste instantie kan worden vermoed. Het uitgangspunt is dat horizontale verliesverrekening alleen een tijdelijk voordeel oplevert door de verbeterde kasstroom (op groepsniveau) en het cashflow-voordeel dat hier uit voortvloeit. Horizontale verliesverrekening kan echter ook *definitieve* voordelen opleveren wanneer een verlieslatende groepsmaatschappij, op zelfstandige basis, de compensabele verliezen fiscaal niet te gelde had kunnen maken. Wanneer een onderscheid wordt gemaakt naar *verliessoorten* blijkt de fiscale eenheid ook invloed te hebben op de concurrentiepositie tussen concerns en geheel op zichzelf staande ondernemingen. Verliezen kunnen bedrijfseconomisch worden onderverdeeld in aanloop-, tussentijdse- en eindverliezen. Een startup (met aanloopverliezen) of een bedrijfstak die gedurende langere tijd verliezen maakt, heeft als onderdeel van een winstgevend concern, als gevolg van de horizontale verliesverrekening een betere overlevingskans. Ten aanzien van eindverliezen lijkt de fiscale eenheid een ruimere verrekenbaarheid van de verliezen met zich mee te brengen dan de liquidatieverliesregeling. De fiscale eenheid kan worden gebruikt als een overkoepelende reorganisatiefaciliteit voor interne reorganisaties. Uit de vergelijking met de gewone reorganisatiefaciliteiten van art. 14, 14a en 14b Wet VpB blijkt de fiscale eenheid als een gebrekkige reorganisatiefaciliteit te functioneren waardoor het gebruik van de individuele reorganisatiefaciliteiten aan minder fiscale risico's verbonden is. Reorganisaties binnen een fiscale eenheid kennen namelijk

een strengere antimisbruikbepaling (art. 15ai et VpB) wat zich uit in een langere sanctietermijn en een nadeligere bewijslastpositie.

Het gebruik van een fiscale eenheid levert ook *indirecte* voordelen op. Deze voordelen lijken zich te concentreren rondom de renteaftrekbepaalkingsmaatregelen die door toepassing van een fiscale eenheid kunnen worden ontlopen. Het door middel van een fiscale eenheid *voorkomen* van een renteaftrekbepaalking levert namelijk een indirect voordeel op waarmee de belastingdruk van het concern als geheel kan worden verlaagd. Doordat renteaftrekbepaalkingsmaatregel, waaronder art. 13l Wet VpB en art. 20, lid 4 t/m 6 Wet VpB voor de werking aanknopen bij de deelnemingsrelatie, kunnen deze door het non-existent worden van deze deelnemingsrelatie eenvoudig worden ontlopen. Hierdoor wordt de grondslaguitholling die deze maatregelen proberen tegen te gaan *onzichtbaar*, wat niet verenigbaar met is de economische grondslag van de fiscale eenheid.

De fiscale eenheid kan ook oneigenlijk worden gebruikt het kader van overnames. Een fiscale eenheid levert namelijk de bijzondere mogelijkheid op dat een fiscale eenheid kan worden gevormd tussen een verworven deelneming en de verwevende vennootschap. Als gevolg hiervan kan de overnamefinanciering ten laste worden gebracht van de belastbare grondslag van het overgenomen concern. Dit levert een fiscaal voordeel op voor de overnemende partij wat ten laste gaat van de nationale grondslag. Deze excessen als gevolg van het toepassen van een fiscale eenheid bij overnames heeft de wetgever willen oplossen door het invoeren van art. 15ad Wet VpB. Deze bepaling is in een ingewikkelde contra-fictie (tegenover de fiscale-eenheidfictie) waarmee voor het bepalen van de renteaftrek gedaan wordt alsof er geen fiscale eenheid tot stand is gekomen. Deze aanbouw-/reparatiewetgeving leidt, door de samenloop met de bestaande renteaftrekbepaalkingsmaatregelen van art. 10a, 10b en 10d Wet VpB, tot een verhoogde complexiteit van de fiscale-eenheidregel.

De fiscale eenheid vindt zijn economische grondslag in concernvorming. Een bedrijfseconomisch concern wordt gekenmerkt door 1) economische, organisatorische en juridische verwevenheid tussen de groepsvennootschappen en 2) de centrale groepsleiding en -strategie. Op grond van het welvaartsbeginsel is de wetgever verplicht concernvorming te faciliteren omdat concernvorming een bedrijfseconomisch fenomeen is. Omdat de Wet VpB voor de belastingheffing uitgaat van de juridische zelfstandigheid van de vennootschap is de belangrijkste maatstaf voor een doelmatige groepsregeling dat de *belastingdruk* van het concern niet wordt beïnvloed door de juridische structuur. Uit de analyse van de directe voordelen blijkt alleen de horizontale verliesverrekening de enige benodigde concernfaciliteit. In hoeverre de fiscale-regeling een doelmatige concernregeling is kan als volgt worden beantwoord:

- Door het fictiemechanisme gaat de fiscale eenheid verder dan fiscaal noodzakelijk is voor het faciliteren van concerns;
- Horizontale verliesverrekening is vanuit bedrijfseconomisch oogpunt ook noodzakelijk bij een onderlinge verbondenheid van tussen de 50 en 95%. De fiscale eenheid kan hier echter niet in voorzien;
- Door het de non-existentie van de deelnemingsrelatie werkt de fiscale eenheid de renteaftrekbeperkingsmaatregelen juist tegen;
- De fiscale eenheid kan oneigenlijk worden gebruikt in het kader van overnames.

De fiscale eenheid levert directe voordelen op als gevolg van de horizontale verliesverrekening voor zover binnen de groep groepsverliezen worden gemaakt. De fiscale eenheid levert ook indirecte voordelen op als gevolg van renteaftrekbeperkingsmaatregelen, in het bijzonder van art. 13l en 20, lid 4 t/m 6 Wet VpB, die ermee kunnen worden ontlopen. De fiscale eenheid verergert de renteaftrekproblematiek bovendien doordat met een fiscale eenheid kan worden bewerkstelligd dat een overgenomen onderneming zijn eigen overname (deels) financiert. Deze indirecte voordelen worden niet gedragen door de economische grondslag van de fiscale eenheid, waardoor deze uitwerking onwenselijk is.

Hoofdstuk 5 EU-recht

§ 5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de fiscale eenheid onderworpen aan het EU-rechtelijke toetsingskader. Als eerst zal hiervoor de vraag moeten worden beantwoord wat het EU-recht precies inhoudt en waarom het EU-recht in zijn algemeenheid invloed heeft op de nationale rechtsorde van een lidstaat. Het EU-recht is een vrij complex en ongrijpbaar rechtsgebied. Een belangrijkste vaststelling is dat niet voorspeld had kunnen worden dat het EU-recht de sterke invloed zou hebben op het nationale recht die het nu heeft. Zie in dit verband bijvoorbeeld de zeer beperkte aandacht die destijds in de literatuur is besteed aan de zaken Baars²³⁵ en Verkooijen²³⁶. Naar voortschrijdend inzicht is gebleken dat de invloed van het EU-recht op de nationale wetgeving dusdanig groot is dat de vraag kan worden gesteld of de founding fathers van de EU zich terdege bewust waren van de van de gevolgen van de afspraken die zij maakten.

²³⁵ HvJ 13 april 2000, zaak C-251/98 (*Baars*).

²³⁶ HvJ EU 6 juni 2000, C-35/98 (*Verkooijen*)

Ten aanzien van grensoverschrijdende groepsregimes (binnen de EU) lijkt zich in de jurisprudentie van het HvJ EU een leerstuk te ontwikkelen. Dit leerstuk is echter niet *absoluut* maar *relatief* in zoverre dat het HvJ geen absolute criteria stelt aan hoe een groepsregime er uit moet zien maar wel vereist dat een nationaal groepsregime grensoverschrijdende groepen fiscaal niet ongunstiger behandelt dan ingezetene groepen. De toetst lijkt ‘per element’ plaats te vinden waardoor het HvJ EU hierbij totaal geen aandacht lijkt te hebben voor een fictieve groepsconstructies als de fiscale eenheid. Hierdoor kan de vraag worden opgeworpen of het verregaande Nederlandse fictieve groepsregime nog bestaansruimte heeft binnen de EU.

§ 5.1.1 Deelvraag

Welke invloed heeft het EU-recht op de fiscale-eenheidregeling in grensoverschrijdend verband en is de regeling hierdoor nog houdbaar?

§ 5.1.2 Hoofdstukindeling

- § 5.2 Achtergrond van het EU-recht
- § 5.3 Bronnen en werking van EU-recht
- § 5.4 Fiscaal EU-recht: de interne markt en de vrijheid van vestiging
- § 5.5 Toetsingskader HvJ EU
- § 5.6 Relevant HvJ EU jurisprudentie
- § 5.7 Consequenties van de per-element-benadering

§ 5.2 Achtergrond van het EU-recht

De Europese Unie vindt zijn oorsprong in het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (hierna: het “EGKS-verdrag”)²³⁷. Tot de oprichtingslanden behoren België, Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg en Nederland. De belangrijkste doelstelling in het EGKS-verdrag was een einde te maken aan de talrijke bloedige oorlogen tussen de Europese buurlanden met als hoogtepunt de Tweede Wereldoorlog²³⁸. In 1946 riep Winston Churchill tijdens zijn befaamde speech aan de Universiteit van Zurich op tot de oprichting van een ‘*United States of Europe*’ als enige duurzame oplossing voor langdurige Europese vrede²³⁹. Deze breed gedragen opvatting vond zijn weerslag uiteindelijk in de oprichting van het EGKS-verdrag waarmee de eerste stap werd gezet naar een Europese integratie. De belangrijkste doelstelling in het EGKS-verdrag was het onder het gezag

²³⁷ Trb. 1951, 82, inwerking getreden per 23 juli 1952.

²³⁸ <http://europa.eu/about-eu-eu-history>.

²³⁹ http://europa.eu/about-eu/eu-history/founding-fathers/pdf/winston_churchill_en.pdf.

van de Hoge Autoriteit²⁴⁰ brengen van de Franse en Duitse kolen en staalindustrie die de belangrijkste grondstoffen vormden voor oorlogsvoering. Op 25 maart 1957 werd deze Europese integratie verder voortgezet met de ondertekening van het Verdrag tot de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (de EEG) door dezelfde EGKS-oprichtingslanden. Met dit verdrag werd de Europese Economische Gemeenschap opgericht die de voorganger vormt van de huidige Europese Unie. De belangrijkste doelstelling in het EEG-verdrag was economische samenwerking. In 1986 ondertekenden de EEG-landen de Europese Akte waarin wijzigingen werden aangebracht op het EEG-Verdrag met als belangrijkste wijziging het creëren van de interne markt. Bovendien werd de EEG vervangen door de Europese Gemeenschappen (EG). Per 1 december 2009 is het EG-verdrag vervangen door het Verdrag van de Europese Unie²⁴¹ (hierna: “VEU”) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie²⁴² (hierna: het “VwEU”), het zogenaamde werkingsverdrag.

§ 5.2.1 Europese integratie: de grondgedachte

Belangrijk is om vast te stellen dat de gehele ontwikkeling en bestaansgrond van het EU-recht zijn primaire grondslag vindt in het stichten van duurzame vrede²⁴³. Deze kon alleen duurzaam standhouden wanneer de Europese landen, in plaats van te rivaliseren, een gemeenschappelijk belang zouden nastreven. Het belangrijkste middel hiervoor was het instellen van een economische gemeenschap. In de preambule van het EGKS-verdrag werd deze wens als volgt omschreven: *“Vastbesloten voor eeuwenoude wedijver een samensmelting hunner wezenlijke belangen in de plaats te stellen, door het instellen van een economische gemeenschap de eerste grondstenen te leggen voor een grotere en hechter gemeenschap tussen volkeren, die lange tijd door bloedige strijd verdeeld zijn geweest (...)”*²⁴⁴. Onduidelijk was echter hoe de verdragsbepalingen uit zouden werken in het maatschappelijke verkeer²⁴⁵. De Europese integratie blijft hierdoor een experiment waarvan de gevolgen blijvend moeten worden gemonitord op wenselijkheid. Doordat de EU-landen nu in duurzame vrede leven, wordt het bestaansrecht van de huidige EU niet meer volledig gedragen door de historische grondslag, waardoor het bestaansrecht van de EU onder druk is komen te staan.

§ 5.3 Bronnen en werking van het EU-recht

Het EU-recht staat voor het recht van de Europese Unie. Het EU-recht kan worden geduid als een categorie binnen het internationale recht en heeft als belangrijkste rechtsbron het verdragsrecht^{246,247}.

²⁴⁰ ‘De Hoge Autoriteit was een EGKS-instelling die als uitvoerende macht bevoegd was de EGKS-doelstellingen te verwezenlijken.

²⁴¹ *PbEU* 2010, C 83, geconsolideerde versie, 53^e Jaargang, 30 maart 2010 (Nederlandse vertaling).

²⁴² *PbEU* 2010, C 83, geconsolideerde versie, 53^e Jaargang, 30 maart 2010 (Nederlandse vertaling).

²⁴³ R. Barents, *Grondlijnen van Europees recht*, 13^e druk, Deventer: Kluwer 2012, p.42-47.

²⁴⁴ EGKS-verdrag, document 11951K TXT-NL (vindplaats: eur-lex.europe.eu).

²⁴⁵ R. Barents, *Grondlijnen van Europees recht*, 13^e druk, Deventer: Kluwer 2012, p.50-51.

²⁴⁶ J. Klabbers, *Handboek Internationaal Recht* (hoofdstuk 5-publicatie), Den Haag: T.M.C Asser Press, 2007, p. 2.

Het deel van het EU-recht dat zijn *directe* oorsprong vindt in de gesloten verdragen, wordt daarom ook wel het *primaire* EU-recht genoemd²⁴⁸. Naast dit primaire EU-recht bestaat ook het *secundaire* EU-recht dat ‘secundair’ wordt genoemd omdat deze zijn grondslag vindt in het primaire EU-recht. Het secundaire EU-recht is de uitwerking van het primaire EU-recht²⁴⁹.

§ 5.3.1 Het primaire EU-recht

Tot het primaire EU-recht behoren het VEU en het VwEU. De belangrijkste formele doelstelling van de EU is neergelegd in art. 3, lid 1, VEU²⁵⁰. “*De Unie heeft als doel de vrede, haar waarden en het welzijn van haar volkeren te bevorderen.*” Om deze doelstelling te bereiken zijn de interne markt (art. 3, lid 2 en 3 VEU) en de gemeenschappelijke munt (art. 3, lid 4 VEU) aangewezen als de twee belangrijkste instrumenten²⁵¹. Om aan de in art. 1 VEU geformuleerde doelstellingen materieel uitwerking te geven zijn aan de EU bevoegdheden toegekend. Deze bevoegdheden kunnen op grond van het attributiebeginsel²⁵², exclusief²⁵³, gedeeltelijk²⁵⁴ of alleen ter ondersteuning²⁵⁵ aan de EU zijn toegekend. Wanneer toekenning exclusief is betekent dit dat de individuele lidstaten geen eigen beleid mogen voeren op ten aanzien van het specifiek omschreven beleidsterrein. Wanneer bevoegdheden van de lidstaten en de EU elkaar overlappen prevaleert op grond van het subsidiariteitsbeginsel in art. 5, lid 3, VEU de bevoegdheid van de individuele lidstaten, *voor zover* zij beleidsmatig hier betere invulling aan kunnen geven.

§ 5.3.2 Verhouding primair EU-recht & nationaal recht – rechtstreekse werking

Aanvankelijk was de verhouding tussen het EU-recht en het nationale recht onduidelijk. De vraag was hoe en in welke mate het EU-recht doorwerking zou hebben op de nationale rechtsorde. Wel stond vast dat het EU-recht zogenaamde *rechtstreekse* werking zou hebben. Daarmee was echter nog niet duidelijk wat de feitelijke uitwerking hiervan zou zijn voor de individuele lidstaten²⁵⁶. In het arrest Van Gend & Loos moest HvJ EU ingaan op deze vraag. Belanghebbende deed een beroep op art. 12

²⁴⁷ Alhoewel in de regel vanzelfsprekend wordt aangenomen dat een verdrag een rechtsbron vormt voor internationaal (of Europees-recht), zijn hier de meningen over verdeeld. Sommige auteurs zijn van mening dat een verdrag niet meer is dan een bron van rechten en plichten is, Zie bijv. G. Fitzmaurice, ‘*Some problems regarding the formal sources of international law*’, *Symbolae Verzijl*, 1985, p. 153-176.

²⁴⁸ J. A. R. van Eijdsen, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief 2014/1.3.2.*

²⁴⁹ A. Schrauwen, *Sources of EU law for integration in taxation*, in: *Traditional and alternative routes to European Tax Integration*, editor Dennis Weber, GREIT, IBFD 2010, p. 15.

²⁵⁰ J.M. Terra, P.J. Wattel, *European Tax law*, Fiscale handboeken, nr. 10, Deventer: Kluwer 2012, p. 3.

²⁵¹ J.M. Terra, P.J. Wattel, *European Tax law*, Fiscale handboeken, nr. 10, Deventer: Kluwer 2012, p. 3.

²⁵² Zie art. 2 VEU (attributiebeginsel). De EU mag alleen optreden voor zover de lidstaten bevoegdheden hebben overgedragen.

²⁵³ Zie art. 3 VwEU, exclusieve bevoegdheden van de EU zijn het douanebeleid, mededinging, bescherming van de visbestanden, handelsbeleid en monetair beleid).

²⁵⁴ Zie art. 4 VwEU, de gedeelde bevoegdheden van de EU zijn o.a. met betrekking tot de interne markt, asiel- en migratiebeleid, milieu en energiebeleid).

²⁵⁵ Zie art. 5 VwEU, de ondersteunende bevoegdheden van de EU liggen o.a. op de terreinen van volksgezondheid, onderwijs-, sport- en sociaal beleid.

²⁵⁶ J.M. Prinssen, ‘*Doorwerking van Europees recht*’, Deventer: Kluwer 2004, p. 201.

van het EEG-verdrag. De vraag was vervolgens of belanghebbende zich ten overstaan van de nationale rechter rechtstreeks kan beroepen op art. 12 van het EEG-verdrag²⁵⁷. In r.o. 1 oordeelde het HvJ EU het volgende: “*artikel 12 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap heeft directe werking en schept rechten ten bate der justiablelen, welke handhaving aan de nationale rechters kan worden gevraagd*”. Voorts oordeelde hij: “*dat uit deze omstandigheid moet worden afgeleid, dat de Gemeenschap in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde vormt ten bate waarvan Staten, zij het op een beperkt terrein, hun soevereiniteit hebben begrensd en waarbinnen niet slechts deze Lid-Staten, maar ook hun onderdanen gerechtigd zijn*”²⁵⁸. Met deze verdragsinterpretatie werd nu duidelijk dat lidstaatinwoners ten overstaan van de nationale rechter nationale bepalingen *rechtstreeks* kunnen laten toetsen aan het EU-recht. Of anders geformuleerd kunnen lidstaatinwoners rechtstreeks rechten ontleen aan het EEG-verdrag en hier een beroep op doen tegenover de nationaler echter. Volgens het HvJ was de enige correcte interpretatie van de werking van het EEG-verdrag dat er een nieuwe autonome rechtsorde was geschapen die rechtstreeks onderdeel uitmaakt van de nationale rechtsorde van de individuele lidstaten²⁵⁹.

Alhoewel de uitwerking van het EU-recht nu (enigszins²⁶⁰) duidelijk was voor landen met een monistisch stelsel, was de uitwerking nog niet duidelijk voor landen met een dualistisch stelsel²⁶¹. In het arrest *Costa/E.N.E.L.*²⁶² werd ook voor deze landen bevestigd dat het EU-recht rechtstreekse doorwerking heeft op het nationale recht. In casus beriep Italië zich op de niet-ontvankelijkheid van het onderhavige verzoek omdat de nationale recht alleen bevoegd zou zijn de interne wet toe te passen (het zogenaamde dualistische stelsel). Het HvJ EU verwierp het standpunt van de Italiaanse Regering en beklemtoonde wederom dat door soevereiniteitsoverdracht van de lidstaten aan de EEG een nieuwe rechtsorde was geschapen die rechtstreekse doorwerking heeft op nationale rechtsorde²⁶³. Bovendien zou dit volgens het HvJ EU, wanneer de werking van het EEG-recht per lidstaat zou verschillen, dit de verwezenlijking van de verdragsdoelstellingen in gevaar brengen.

²⁵⁷ Destijds sprak men nog van het EEG-recht, communautair recht of gemeenschapsrecht. Voor de toepassing van dit schrijven wordt alleen de (tijdloze) definitie EU-recht gebruikt.

²⁵⁸ HvJ 5 februari 1963, , C-63, C-26/62 Van Gend & Loos, p. 17.

²⁵⁹ J.M. Prinssen, ‘Doorwerking van Europees recht’, Deventer: Kluwer 2004, p.202.

²⁶⁰ De precieze impact van het EU-recht bleef onduidelijk. Ook voor het belastingrecht. Dit uitte zich bijvoorbeeld in het arrest Verkooijen (zaak C35/98) BNB2000/239 (Burgers), FED 2000/558 (Weber) waar in de literatuur verrassend werd gereageerd op de uitkomst waarvan, naar het huidige voortschrijdende inzicht, op voorhand kan worden vastgesteld dat er sprake is van een ernstige strijd met het EU-recht.

²⁶¹ De wijze waarop het nationale en internationale recht op elkaar ingrijpen wordt in de rechtswetenschap beschreven aan de hand van het monistische versus het dualistische stelsel. Wanneer een land een monistisch stelsel heeft betekent dit (van toepassing zijnde) internationale recht van rechtswege onderdeel uitmaakt van de nationale rechtsorde. Hierdoor is er als het ware sprake van één enkele rechtsorde (mono). Wanneer het rechtssysteem van een rechtsstaat de werking wordt getypeerd door een dualistisch stelsel betekent dit dat het internationale recht alleen rechtskracht heeft voor zover het geïmplementeerd is in het nationale recht.

*Nederland kent een monistisch stelsel.

²⁶² HvJ EG 1964, zaak 6-64, Flaminio Costa tegen E.N.E.L. (ECLI:EU:1964:66).

²⁶³ HvJ EG 1964, zaak 6-64, Flaminio Costa tegen E.N.E.L. (ECLI:EU:1964:66), p. 1223 (paginanummering van EUR-les.europe.eu).

De uitkomst in beide arresten werd ontvangen als een grote verrassing die vervolgens een revolutionaire ontwikkeling van het EU-recht in gang zette²⁶⁴. Op voorhand was namelijk niet duidelijk wat de precieze uitwerking zou zijn van het EEG-verdrag. Vastgesteld kan worden dat de regeringsleiders hiermee kennelijk niet wisten wat de uitwerking zou zijn van hetgeen zij (of hun voorgangers) tijdens de onderhandelingen hadden afgesproken. Inmiddels kunnen kan worden vastgesteld dat de Europese integratie, met name door de negatieve integratie van het HvJ EU, een enorme impact heeft op de nationale wetgeving van de individuele lidstaten²⁶⁵.

§ 5.3.2 Secundair EU-recht

Om de in art. 3 t/m 6 gedefinieerde EU-bevoegdheden uit te kunnen oefenen is in art. 288 VwEU geregeld dat (aangewezen) *instellingen* (zie volgende paragraaf) verordeningen, richtlijnen, besluiten, aanbevelingen en adviezen' kunnen vaststellen^{266,267}. Deze rechtshandelingen vormen, voor zover zij bindend zijn verklaard, het secundaire EU-recht²⁶⁸. De rechtshandelingen die *niet* bindend zijn verklaard worden samen met de gedragscodes en de algemene beginselen de 'soft law' genoemd. Op grond van art 288 VwEU zijn de *verordening*, *richtlijn* en *besluit* algemeen verbindend verklaard. *Aanbevelingen* en *adviezen* hebben daarentegen 'slechts' een adviserend en richtingbepalend karakter voor hoe het EU-recht zou moeten worden geïnterpreteerd²⁶⁹. Verordeningen hebben, net als het primaire EU-recht, rechtstreekse werking²⁷⁰. Dit betekent dat een verordening dezelfde rechtskracht heeft als het primaire EU-recht. Richtlijnen hebben daarentegen een afwijkende werking. Van richtlijnen is de bedoeling dat de in de richtlijn geformuleerde richtlijndoelstellingen in de nationale wetgeving van de individuele lidstaten worden geïmplementeerd voordat zij rechtswerking hebben. Dit geeft de lidstaten beleidsvrijheid om de richtlijndoelstellingen op een eigen manier vormt te geven in de nationale wetgeving. Wanneer een richtlijnimplementatie te lang²⁷¹ op zich laat wachten kunnen

²⁶⁴ M. Rasmussen, *Revolutionizing European law: a history of the Van gend en Loos judgement*, Oxford University: 2014, (zie <http://oxfordjournals.org/content/12/1/136.full.pdf+html>), p. 1.

²⁶⁵ Dit kan onder andere ook worden afgeleid aan de hoeveel jurisprudentie afkomstig van het HvJ die het laatste decennium enorm is gegroeid. Zie bijv. het jurisprudentieoverzicht in C. Van Raad, *Teksten Europees Belastingrecht*, Deventer: 2015 Kluwer, inhoudsopgave. Exacte statistieken worden hierover zijn helaas niet beschikbaar.

²⁶⁶ De EU beschikt over een intentioneel karakter wat betekent dat de aan de EU overgehevelde bevoegdheden alleen kunnen worden uitgeoefend voor zover hier instellingen voor zijn aangewezen.

²⁶⁷ Cursus Belastingrecht, EBR.2.0.0.B.a Overzicht van de verschillende secundaire bronnen.

²⁶⁸ A. Schrauwen, *Sources of EU law for integration in taxation*, in: *Traditional and alternative routes to European Tax Integration*, editor Dennis Weber, GREIT, IBFD 2010, p. 15.

²⁶⁹ D.M. Weber, Cursus Belastingrecht, EBR.2.0.0.B Secundaire bronnen van Europees recht (bg.t.:24-03-2015)

²⁷⁰ Zie art. 288 VwEU, tweede volzin.

²⁷¹ Hier bestaat geen exacte maatstaf voor en moet dus aan de hand van casuïstische rechtsvinding uit worden gekristalliseerd.

lidstaatonderdanen zich rechtstreeks beroepen op de richtlijnvoordelen voor zover deze rechten voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn²⁷².

§ 5.3.2.1 EU-instellingen

Tot de EU-instellingen, die secundair EU-recht kunnen scheppen, behoren op grond van artikel art. 13 VEU:

- het Europees Parlement;
- de Europese Raad;
- de Raad,
- de Europese Commissie (hierna: de “EC”);
- het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het “HvJ”);
- de Europese Centrale Bank, en;
- de Rekenkamer.

§ 5.3.3 Soft law

Mededelingen en aanbevelingen zijn niet-verbindende beleidsinstrumenten. Mededelingen zijn richtingbepalend over hoe het EU-recht zou moeten worden geïnterpreteerd of hoe een bepaald EU-rechtelijk knelpunt (bijvoorbeeld grensoverschrijdende verliesverrekening) zou kunnen worden opgelost. Mededelingen kunnen echter ook een vrij dwingend karakter hebben wanneer de EC een mededeling gebruikt om lidstaten te dwingen tot een wetsaanpassing (betreffende een bepaald EU-rechtelijk knelpunt). De EC kan hiervoor op grond van art. 258 VwEU een infractieprocedure starten bij het HvJ EU wanneer een lidstaat hier niet in mee wil gaan. Het HvJ EU zal vervolgens moeten toetsen of de EC in gelijk kan worden gesteld.

§ 5.4 EU-recht en de directe belastingen

De regeringsleiders hebben tijdens de EU-verdragsonderhandelingen duidelijk aangegeven ten aanzien van de directe en indirecte belastingen *geen* bevoegdheden over te willen dragen aan de EU²⁷³. Wel is in art. 113 VwEU met betrekking tot de indirecte belastingen een verregaande harmonisatiedoestelling opgenomen waarmee de BTW-grondslag in de verschillende EU-lidstaten verregaand is geharmoniseerd²⁷⁴. Met betrekking tot de directe belastingen zijn met de CCCTB-conceptrichtlijn²⁷⁵ tot nu toe mislukte pogingen gedaan om de grondslag van de vennootschapsbelasting te harmoniseren.

²⁷² Dit wordt het zogenaamde Becker-criterium genoemd naar aanleiding van HvJ EG zaak 8/81 (Becker), r.o. 25. Ondanks dat een richtlijnbevestiging dus nog niet is ingevoerd, kan een belanghebbende lidstaatinwoner, ten overstaan van de nationale rechter, rechtstreeks beroep doen op een nog niet ingevoerde richtlijnbevestiging wanneer een bepaling ‘voldoende nauwkeurig is’ en onvoorwaardelijke rechten verleend.

²⁷³ Cursus Belastingrecht, EBR.2.0.2.A Bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Europese Unie, 2015.

²⁷⁴ Deze grondslagharmonisatie heeft geleid tot verschillende Btw-richtlijnen waarvan nu de Zesde Btw-richtlijn (Richtlijn 2006/112/EG).

²⁷⁵ Conceptrichtlijn 16 maart 2011 COM(2011) 121 definitief.

De Nederlandse wetgever is dus vrij om naar eigen inzicht de nationale belastingwetten naar eigen in te richten. Deze dienen wel in overeenstemming te zijn met het EU-recht. In de jurisprudentie van het HvJ EU worden de lidstaten hier constant blijvend aan herinnerend door de herhaling van de volgende rechtsoverweging “Dienaangaande zij vooraf eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de directe belastingen bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, maar deze laatste niettemin verplicht zijn, die bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen”²⁷⁶. Voor zover het nationale recht dus *niet* in overeenstemming is met het EU-recht, kunnen lidstaten door het HvJ EU gedwongen worden deze in overeenstemming te brengen met het EU-recht. Dit betekent dat het EU-recht op een *indirecte* wijze grenzen stelt aan het nationale belastingrecht wat ook wel negatieve integratie wordt genoemd.

Negatieve integratie kan op drie verschillende manieren plaatsvinden:

- lidstaatonderdanen (burgers en bedrijven) die een nationale wettelijke regeling kunnen laten toetsen aan het EU-recht, ook wel marktintegratie of liberale integratie genoemd²⁷⁷, of;
- de EC die die door middel van infractieprocedures lidstaten probeert dwingt de nationale wetgeving aan te passen, of;
- door gedragscodes, alhoewel niet verbindend, waar regeringsleiders zich aan hebben gecommitteerd (politieke druk o.g.v. een gentlemen’s agreement)²⁷⁸.

§ 5.4.1 De interne markt

Negatieve integratie vindt zijn grondslag in de interne markt. De interne markt of EU-markt is in art. 26, lid VEU omschreven als een “ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd”. De interne markt rust dus primair op het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal. Deze vrije verkeersbepalingen hebben tot doel dat door het wegnemen van fiscale en civielrechtelijke grenzen grensoverschrijdende *markttoegang* (duurzaam) wordt gegarandeerd²⁷⁹. Daarnaast rust de interne markt ook op een concurrentieregime (art. 101-118 VwEU) dat in verhouding tot de vrijeverkeersbepalingen een complementaire werking heeft door te waarborgen dat alle EU-ondernemingen met elkaar kunnen concurreren onder gelijke voorwaarden²⁸⁰. Het concurrentieregime bestaat uit grofweg twee onderdelen: de *algemene mededinging* (art. 101-106 VwEU) en *staatsteun* (art. 107-109). Het staatsteunregime vormt een belangrijke tweede grondslag

²⁷⁶ HvJ 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), r.o. 29.

²⁷⁷ J.M. Terra, P.J. Wattel, *European Tax law*, Fiscale handboeken, nr. 10, Deventer: Kluwer 2012, p. 36, zie ook R. Barents, Grondlijnen van Europees recht, 13^e druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 469.

²⁷⁸ Zie bijvoorbeeld de gedragscodegroep Primarolo waarin de afspraak was dat schadelijke belastingregimes (voor de concurrentie) binnen de EU zouden worden geëlimineerd. *OJEU* No C2 van 6 januari 1998 (ojeu.eu).

²⁷⁹ R. Barents, Grondlijnen van Europees recht, 13^e druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 551.

²⁸⁰ R. Barents, Grondlijnen van Europees recht, 13^e druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 551-552.

voor negatieve fiscale integratie. In de regel gaat het dan om begunstigende fiscale regimes²⁸¹ of specifiek begunstigende vaststellingsovereenkomsten tussen individuele belastingplichtigen en de belastingautoriteiten²⁸². De kern van de negatieve integratie is dus dat versturende binnengrenzen en een ongelijke behandeling tussen binnenlandse en buitenlandse EU-ondernemingen zo veel mogelijk worden geneutraliseerd waardoor de interne markt daadwerkelijk gaat functioneren als een binnenlandse markt. De economische gedachte waar de interne markt uiteraard op rust is dat het wegnemen van binnengrenzen leidt tot meer concurrentie wat vervolgens weer leidt tot meer efficiency en dus een hogere welvaart.

§ 5.4.2 De vrije verkeersbepalingen

Ten aanzien van de directe belastingen vormen de vrijeverkeersbepalingen het aanknopingspunt voor de negatieve integratie²⁸³. Deze vrije verkeersbepalingen vormen daarom in feite de kern van het EU-belastingrecht. De vrijeverkeersbepalingen bestaan uit de volgende vijf vrijheden:

<i>Vrije verkeer van</i>	<i>VwEU</i>
1. Goederen	art. 28 e.v.
2. Werknemers	art. 45 e.v.
3. Vestiging	art. 49 e.v.
4. Diensten	art. 56 e.v.
5. Kapitaal en betalingsverkeer	art. 63 e.v.

Deze vrije verkeersbepalingen vormen tevens de juridische grondslag voor het secundair EU-(belasting)recht. Concrete voorbeelden hiervan zijn bijvoorbeeld

- Verordening nr. 88/2004²⁸⁴ betreffende de socialezekerheidsstelsels (secundair EU-recht), deze is namelijk een uitwerking van het vrije verkeer van personen (zie art. 1 van de verordening).
- De Moederdochterrichtlijn²⁸⁵ (hierna: MD-richtlijn), deze is een uitwerking van het vrije verkeer van vestiging.

²⁸¹ Een vorm hiervan is bijvoorbeeld het tonnageregime naar aanleiding waarvan de Europese Commissie een onderzoek is gestart. Zie: 'Onderzoek Europese Commissie belastingvoordelen havens, in het kader EU level playing field', COMP/H3 Fi.

²⁸² Dit zijn zogenaamde advanced pricing agreements (APA's) of advanced tax rulings (ATR's). Een voorbeeld hiervan is het besluit dat de EC heeft genomen waarin de Commissie vaststelt dat tussen de Nederlandse Belastingdienst en Starbucks Manufacturing EMEA B.V. een APA is gesloten die kwalificeert als verboden staatsteun. Staatsteunnummer SA.38374 (2014/C 460/03).

²⁸³ J.M. Terra, *European Tax Law*, *European Tax Law*, Fiscale Handboeken, nr. 10, Kluwer: Deventer 2012, p. 35.

²⁸⁴ Verordening (EG) Nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004, *PbEU* L 166/1.

- De Spaartegoedenrichtlijn is een uitwerking; deze is een uitwerking van het vrije verkeer van kapitaal.

De verkeersvrijheden zien dus *zowel* op het vrije verkeer van *objecten* en *prestaties* enerzijds, als het vrije verkeer van *subjecten* anderzijds. Met betrekking tot de vrijheid van vestiging (art. 49 VwEU) is de personele reikwijdte hiervan, in art. 54 VwEU, uitgebreid naar vennootschappen (eerste volzin) en andere rechtsassociaties met of zonder rechtspersoonlijkheid (tweede volzin). Met betrekking tot vrije verkeer van kapitaal kan worden gesproken van een vrijheid die ‘*transsectioneel*’ van aard is wanneer gekeken wordt naar Bijlage I van de Kapitaalrichtlijn 33/361. Het HvJ EU heeft in diverse arresten de richtlijn toegepast om te bepalen of een bepaalde transactie onder de reikwijdte van het vrije verkeer van kapitaal valt waardoor de richtlijn een indicatieve waarde heeft²⁸⁶. In de bijlage wordt een grote diversiteit aan kapitaalbewegingen genoemd waaronder de belangrijkste zijn: de directe investeringen in deelnemingen, beleggingen in onroerend goed, beleggingen in effecten, kredietverstrekkingen, successierechten, schenkingen, schadevergoedingen en betalingen uit hoofde van octrooien of ander immateriële activa.

Samenloop vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer

Aanvankelijk bestond er onduidelijkheid over de verhouding tussen de vrijheid van kapitaal (art. 63 VwEU) en de vrijheid van vestiging (art. 49 VwEU). Dit probleem doet zich specifiek voor ten aanzien van aandelen. Elk individueel aandeel valt immers onder het kapitaalverkeer maar niet elk aandelenbelang (of deelneming) kwalificeert voor het vestigingsverkeer. In de zaak-Baars (C-251/98) heeft het HvJ hier uitspraak over gedaan. In r.o. 22 (tweede volzin) overweegt het HvJ EU: “*Er is dus sprake uitoefening van het recht van vestiging, wanneer een onderdaan van een lidstaat een deelneming in het kapitaal van een in een ander lidstaat gevestigde vennootschap houdt, die hem een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap verleent, dat hij de activiteiten er van kan bepalen*”²⁸⁷ (bewerking van mijn hand). Het doorslaggevende criterium is dus dat aandeelhouder een doorslaggevende zeggenschap heeft in de deelneming.

*Zonder alle verkeersvrijheden inhoudelijk te behandelen, kan op voorhand (a contrario) worden geredeneerd dat de fiscale eenheid valt onder de vrijheid van vestiging*²⁸⁸. Bovendien kan worden vastgesteld dat doordat de fiscale eenheid alleen gevormd kan worden met een vennootschap waarin de moedermaatschappij een ‘controleerend belang’ heeft, op grond van het ‘Baars-criterium’, de

²⁸⁵ RICHTLIJN 2011/96 EU VAN DE RAAD van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten.

²⁸⁶ B.J. Kiekebed, *Nederlands Belastingrecht in Europees perspectief* (eerste druk), Deventer: Kluwer 2009, p.57.

²⁸⁷ HvJ EG 13 april 2000, nr. C-251/98 (Baars).

²⁸⁸ Het vrije verkeer van goederen, diensten en werknemers is vanzelfsprekend niet van toepassing voor de fiscale eenheid.

vrijheid van vestiging prevaleert boven de vrijheid van kapitaal. In de volgende paragraaf zal daarom alleen een uitwerking volgen van de vrijheid van vestiging.

§ 5.4.3 Vrijheid van vestiging

De vrijheid van vestiging is uitgewerkt in art. 49 VwEU. Deze omvat “*de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen*”. De objectieve reikwijdte van de vrijheid van vestiging strekt zich dus uit tot zowel *geïncorporeerde* als *niet-geïncorporeerde* ondernemingsactiviteiten. De verdragstekst spreekt immers van ‘anders-dan-in-loondienst uitgeoefende’ (economische) werkzaamheden waarvan de juridische vorm waarin deze worden uitgevoerd niet relevant is. Bovendien maakt de verdragstekst een uitdrukkelijk onderscheid tussen de ‘toegang tot’ en de ‘uitoefening van’ werkzaamheden in een andere lidstaat. De personele reikwijdte van art. 49 is in beginsel beperkt tot EU-‘onderdanen’ (van vlees en bloed) maar wordt middels de schakelbepaling in art. 54 uitgebreid tot vennootschappen en andere rechtsvormen voor zover zij een winstsoogmerk hebben²⁸⁹.

Het vestigingsrecht

Een onderdaan van een lidstaat ontleent aan art. 49 VwEU het ‘recht van vestiging’. Dit betekent in eerste aanleg dat een lidstaatonderdaan zich binnen de EU vrijelijk moet kunnen vestigen. In het arrest *Gibhard* heeft het HvJ invulling gegeven aan wat – in het kader van de interne markt – moet worden verstaan onder het begrip ‘vestiging’. “*Het begrip “vestiging” (...) houdt in, dat een gemeenschapsonderdaan duurzaam kan deelnemen aan het economische leven van een andere Lid-Staat dan zijn staat van herkomst, daar voordeel uit kan halen en op die wijze de economische en sociale vervoeging in de Gemeenschap (...)*”²⁹⁰. Dit ‘duurzaam kunnen deelnemen aan de economische realiteit in andere lidstaat’ kan op verschillende manieren worden belemmerd. In de literatuur wordt hiervoor in eerste instantie een onderscheid gemaakt tussen de primaire en secundaire vestiging en het hier mees samenhangende primaire respectievelijk het secundaire vestigingsrecht.²⁹¹

Het primaire vestigingsrecht

Het primaire vestigingsrecht houdt in dat een onderdaan zijn of haar (primaire) vestiging verplaatst (of wil verplaatsen) naar een andere lidstaat²⁹². Vennootschappen kunnen hierin op twee verschillende manieren worden belemmerd: civielrechtelijk en/of financieel. Bovendien kan de belemmering plaats vinden door het oorsprongslid of het bestemmingsland. De belemmeringen die civielrechtelijk van

²⁸⁹ Zonder winstsoogmerk kan in het kader de interne markt immers ook geen sprake zijn van een economische belemmering.

²⁹⁰ HvJ 30 november 1995, *Gebhard*, C-55/94, r.o. 25.

²⁹¹ R. Barents, *Grondlijnen van het Europees Recht*, 13^e druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 528-529, zie voorts: K. Lenearts, *Europees Recht*, Antwerpen: Intersentia Antwerpen – Cambridge 2011 p. 176-177.

²⁹² K. Lenearts, *Europees Recht*, Antwerpen: Intersentia Antwerpen – Cambridge 2011 p. 176.

aard zijn kunnen zich alleen voordoen wanneer een land, voor het vennootschapsrecht, geschoeid is op de werkelijke zetelleer²⁹³. Voor dit ‘type’ vennootschapsrecht betekent dat het bestaansrecht van een vennootschap samenhangt met de binnenlandse zetel. Wordt deze zetel verplaatst naar het buitenland dan vervalt daarmee ook het bestaansrecht van de vennootschap. Het opheffen van de werkelijke (binnenlandse) zetel leidt namelijk van rechtswege tot ontbinding en vereffening van het vermogen van de vennootschap²⁹⁴.

Over deze civielrechtelijke belemmeringen, door het outbound-land²⁹⁵, heeft het HvJ EU in o.a. Daily Mail²⁹⁶ en Cartesio²⁹⁷ beslist dat de beperking die volgt uit de werkelijke zetelleer niet onder de reikwijdte van de vrijheid van vestiging valt. Volgens het HvJ is dan namelijk sprake van een vennootschappelijke dispariteit. De belemmering hangt immers samen met de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap. Deze juridische huls wordt als het ware ‘gegeven’ door het land waar de vennootschap is opgericht en waardoor het oprichtingsland ook criteria mag verbinden aan het bestaansrecht van de rechtspersoon. Ten aanzien van de inbound-situatie heeft het HvJ in o.a. Centros, Überseering, Inspire Art en SEVIC beslist dat deze civielrechtelijke belemmeringen juist *niet* zijn toegestaan. Het argument dat er sprake is van een vennootschappelijke dispariteit is heir namelijk niet aan de orde.

Ten aanzien van fiscale belemmeringen (exitheffingen) en het primaire vestigingsrecht door het outbound-land – als gevolg van een zetelverplaatsing – kan de rechtmatigheid hiervan worden getoetst aan de vrijheid van vestiging^{298,299}. Deze belemmering levert logischerwijs een verboden beperking op van art. 49 VwEU maar kan worden gerechtvaardigd doordat de belemmering het gevolg is van het in de heffing willen betrekken van latente meerwaarden op grond van het territorialiteitsbeginsel³⁰⁰. Belemmeringen door het inbound-land, bijvoorbeeld door het niet verlenen van een step up naar de WEV van de inkomende activa, laten zich op geen enkele denkbare wijze rechtvaardigen.

²⁹³ De tegenhanger hiervan is de incorporatieleer die ‘eigen’ rechtspersonen toestaat het land ‘te verlaten’ en naar vreemd recht opgerichte rechtspersonen toestaat zich vrijelijk in het land te vestigen. De werkelijke zetelleer vereist daarentegen dat een lichaam wordt ‘omgezet’.

²⁹⁴ Wanneer een vennootschap voor haar bestaansrecht een binnenlandse vestigingsplaats moet aanhouden, betekent dit dat het onmogelijk is om naar het buitenland te emigreren. Net zoals een natuurlijke persoon niet op twee plekken tegelijk duurzaam kan wonen. Bij de incorporatieleer geldt het vereist aanhouden van de binnenlandse zetel niet waardoor het (potentiele) probleem van een dubbele werkelijke zetel niet aan de orde is.

²⁹⁵ Met het outbound-land wordt hier bedoeld het land waar een vennootschap is gevestigd en vanuit waar deze vennootschap zijn werkelijke leiding verplaatst naar een ander land (het inbound-land).

²⁹⁶ HvJ 27 september 1988 zaak 81/87 (Daily mail) zie r.o. 23.

²⁹⁷ HvJ 16 december 2008, zaak C-210/06 (Cartesio).

²⁹⁸ HvJ 29 november 2011 C-371/10 (National Grid Indus BV), r.o. 32 en 33.

²⁹⁹ Het HvJ lijkt wel een onderscheid te maken voor de situatie waarin de exitheffing direct samenhangt met de juridische ontbinding, zoals in het arrest Daily Mail. Wanneer een land, zoals Nederland, geen juridische belemmeringen kent door te eisen dat de rechtspersoon moet worden ontbonden, kan wel individueel worden getoetst aan de fiscale belemmering van afrekening.

³⁰⁰ HvJ 29 november 2011 C-371/10 (National Grid Indus BV), r.o. 46, de exitheffing is echter niet proportioneel geschikt bevonden het territorialiteitsbeginsel te handhaven wanneer deze onmiddellijke heffing tot gevolg heeft.

Primaire vestigingsrecht en de bescherming door art. 49 VwEU :

<u>Belemmering van:</u>	<u>Belemmering door:</u>	
	Vertrekland	Ontvangstland
Civilrechtelijke aard	<i>Geen bescherming</i> (Daily Mail)	<i>Wel bescherming, geen rechtvaardiging mogelijk</i> (Centros)
Fiscale aard	<i>Wel bescherming, maar kan worden gerechtvaardigd</i> (exitheffing: National Grid Indus)	<i>Wel bescherming, geen denkbare rechtvaardiging</i> ³⁰¹ (bijv. geen step-up)

Secundaire vestigingsrecht

Art. 49 VwEU, tweede volzin, verbiedt de belemmering van EU-onderdanen om in een andere lidstaat een dochteronderneming of filiaal op te richten. Doordat het hier gaat om de oprichting van een tweede vestiging in een andere lidstaat wordt ook wel gesproken over het secundaire vestigingsrecht³⁰². Het secundaire vestigingsrecht ziet dus op groepsvorming of uitbreidingen door een moedermaatschappij of een hoofdhuis. Ook hier kan de casuïstiek worden onderverdeeld in een inbound en outboundsituatie. Voorbeeld: A is een in Nederland gevestigde vennootschap. A richt vervolgens in België dochteronderneming B op.

Wat zijn dan de mogelijke belemmeringen?

1. België bemoeilijkt de oprichting van B door A

a. Dit is de belemmering waar art. 49, tweede volzin, VwEU in beginsel op ziet: het inbound-land belemmert hier de vestiging van B door een onderdaan van een andere EU-lidstaat ten opzichte van een eigen onderdaan die eenzelfde soort vennootschap opricht. Deze belemmering is dus niet absoluut maar relatief.

b. De volgende mogelijke belemmeringsvorm is dat België dochtervennootschappen met een in België gevestigde moedervernootschap fiscaal relatief gunstiger behandelt dan dochtervennootschappen met een buitenlandse (EU-)moedermaatschappij. Dit zou

³⁰¹ Geen jurisprudentie over bekend maar mijn inziens is het niet verlenen van een step up een belemmering die op geen enkele wijze kan worden gerechtvaardigd.

³⁰² K. Lenearts, Europees Recht, Antwerpen: Intersentia Antwerpen – Cambridge 2011 p. 178.

bijvoorbeeld het geval kunnen zijn doordat in een zuiver interne situatie de fiscale eenheidsregeling zou kunnen worden toegepast.

2. Nederland bemoeilijkt de oprichting van B door A

a. Een Nederlandse belemmering van de markttoegang tot de Belgische markt laat zich niet denken en is dus niet aan de orde.

b. Nederland kan wel een indirecte wijze de oprichting van B in België bemoeilijken doordat een binnenlandse dochteronderneming gunstiger wordt behandeld. Deze belemmeringvorm heeft het HvJ ook onder de reikwijdte van art. 49 VwEU gebracht: zie bijv. in het arrest ICI r.o. 21: *“Voorts moet worden gepreciseerd, dat de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging, hoewel zij volgens hun bewoording met name het voordeel van de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst beogen te garanderen, de lidstaat van oorsprong ook verbieden, de vestiging in een andere lidstaat te bemoeilijken”*³⁰³.

Uit de huidige stand van zaken ten aanzien van de jurisprudentie van het HvJ kan worden opgemaakt dat aan art. 49 VwEU secundaire vestigingsrechten kunnen worden ontleend en dat deze zich verzet tegen alle mogelijke belemmeringsvormen^{304,305}. Dit heeft tot gevolg dat grensoverschrijdende groepsvorming op geen enkele wijze mag worden belemmerd, tenzij de belemmering kan worden gerechtvaardigd (het toetsingskader van het HvJ en de rechtvaardigingsgronden worden behandeld in §5.5). Binnenlandse en buitenlandse groepen moeten vanuit het nationale recht gelijk worden behandeld. Deze belemmering manifesteert zich specifiek in een moederdochterrelatie (of de relatie hoofdhuus-vaste inrichting). Hierbij gaat het dus niet om de markttoegang die wordt belemmerd maar om de ongelijke behandeling tussen enerzijds een binnenlandse moederdochterverhouding en anderzijds een grensoverschrijdende moederdochterverhouding waarbij *of* de moeder *of* de dochter in een andere lidstaat is gevestigd. Dit belemmeringsverbod verbiedt hiermee dus het volgende:

1. De Nederlandse fiscale wet mag ten aanzien van een groepsrelatie geen voordelen toekennen die afhankelijk zijn van de vraag of een dochtervennootschap in Nederland is gevestigd.
2. De Nederlandse fiscale wet mag ten aanzien van een groepsrelatie geen voordelen toekennen die afhankelijk zijn van de vraag of een dochtervennootschap wordt gecontroleerd door een in Nederland gevestigde moedervernootschap.

³⁰³ HvJ 16 juli 1998 C-264/96 (ICI), r.o. 21.

³⁰⁴ K. Lenearts, *Europees Recht*, Antwerpen: Intersentia Antwerpen – Cambridge 2011 p. 178

³⁰⁵ Zie bijvoorbeeld HvJ 12 september 2006 (Cadbury Schweppes), C-196/04, r.o. 42; HvJ 13 december, (Marks & Spencer), C-446/03, r.o. 30, 31 en 32

Tussenconclusie leerstuk van vrije vestiging

Het 'recht van vestiging' op grond van art. 49 VwEU heeft een complex karakter en een ruim toepassingsbereik. De complexiteit komt doordat het vestigingsverkeer op grond van art. 49 VwEU kan worden onderverdeeld in een primair en secundair vestigingsrecht. Het secundaire vestigingsrecht is gebaseerd op de groepsgedachte in zoverre dat binnenlandse groepsrelaties niet gunstiger mogen worden behandeld dan grensoverschrijdende relaties. Het beginsel van gelijkheid is hier van essentieel belang. Het mag fiscaal niet uitmaken of een vennootschap een aandelenbelang houdt in een binnenlandse of buitenlandse dochteronderneming, of wordt gecontroleerd door binnenlandse of buitenlandse (EU-)moedervenootschap. Met deze constatering kan op voorhand worden vastgesteld dat de fiscale eenheid een regeling is die zich lastig verhoudt met het secundaire vestigingsrecht gezien de territoriale afbakening van de regeling.

§ 5.5 Toetsingskader HvJ EU

Om een beroep te kunnen doen op art. 49 VwEU is vanzelfsprekend vereist dat de benadeelde belastingplichtige gevestigd is in een lidstaat van de EU en dat er sprake is van een grensoverschrijdende economische activiteit. Dit volgt uit art. 49 VwEU en de invulling die het HvJ heeft gegeven aan het vestigingsbegrip. Als vaststaat dat een belastingplichtige, ten aanzien van zijn grensoverschrijdende economische beweging bescherming geniet van een van de vrije verkeersbepalingen, gaat het HvJ over tot het toetsen van de betwiste regeling. Een uitzondering hierbij is overigens wel wanneer sprake is van misbruik van recht. Dit leerstuk heeft zich ontwikkeld naar aanleiding van de HvJ EU-arresten *Emsland-Stärke* (C-110/99)³⁰⁶ en *Halifax*³⁰⁷ waarin het HvJ EU in beide arresten uitdrukkelijk heeft overwogen dat wanneer sprake is van misbruik van recht een beroep op het EU-recht is uitgesloten. Het HvJ EU hanteerde hier twee criteria voor³⁰⁸:

1. Er wordt gehandeld in strijd met doel en strekking van de in geding zijnde regeling teneinde een fiscaal voordeel te verkrijgen: **motief/subjectief-vereiste.**
2. Het wezenlijke doel moet er in gelegen zijn een belastingvoordeel te behalen wat uit de objectieve feiten moet blijken: **objectieve toets ter zekerstelling van de rechtszekerheid van de belastingplichtige**³⁰⁹.

³⁰⁶ HvJ EU 14 december 2000, ECLI:NL:XX:2000:AV1877, m.nt. D.M. Weber, BNB 2003/169.

³⁰⁷ HvJ EU 21 februari 2006, C0255/02 (*Halifax*).

³⁰⁸ De vraag is in feite of je je überhaupt beroepen op de vrijheid van vestiging als het enige doel is om het EU-recht te misbruiken ten einde bijvoorbeeld onderuit te komen aan de nationale regelgeving. Of met andere woorden: kan een belastingplichtige in strijd met nationale wetgeving handelen en zich vervolgens achter het EU-recht 'verschuilen'.

doen dat nationaalrechtelijk niet mag, en je vervolgens verschuilen achter het gemeenschapsrecht.

³⁰⁹ HvJ EU 14 december 2000, C-110/99 (*Emsland-Stärke*), r.o. 22.

Ten aanzien van groepen zou misbruik van recht zich alleen kunnen voordoen in de sfeer van kunstmatige groepsconstructies wat zich als zodanig heeft voorgedaan in de zaak Cadbury Schweppes³¹⁰ (C0196/04). Het HvJ besliste hierin dat het EU-recht in ieder geval buiten toepassing blijft wanneer sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie zonder enige economische substantie³¹¹. In dit geval kan de belastingplichtige dus geen beroep doen op de verdragsbescherming van het EU-recht.

Is er geen sprake van misbruik van recht dan gaat het HvJ EU over tot de volgende toetsing:

- A. Kan er een verschil in behandeling worden vastgesteld tussen de binnenlandse en grensoverschrijdende situatie (of groepsverhouding)?
- B. Zo ja, kan het geconstateerde verschil in behandeling worden verklaard door een objectief verschil tussen de vergeleken situaties (waardoor er materieel eigenlijk niets aan de hand is)?

De *eerste vraag* is doorgaans eenvoudig vast te stellen omdat de litigieuze wetsbepaling anders niet als prejudiciële vraag zou zijn voorgelegd aan het HvJ. In grensoverschrijdend concernverband uit dit verschil in behandeling zich doorgaans in het toekennen van een voordeel aan binnenlandse groep en het voorbehouden van dit voordeel voor grensoverschrijdende EU-groepsverhouding³¹². In dit geval wordt het secundaire vestigingsrecht van een groepsvennootschap geschaad. De *tweede vraag* (vraag B) toetst of het geconstateerde verschil in behandeling eventueel kan worden verklaard op grond van het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel schrijft voor dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld *in de mate waarin zij verschillen*. Deze vraag moet worden beantwoord vanuit de ratio en doelstelling van de litigieuze regeling³¹³. Zijn de twee situaties vanuit de doelstelling van de regeling bezien objectief *niet* vergelijkbaar dan is er *geen* sprake van verboden beperking van art. 49 VwEU. Zijn de twee situaties objectief wel vergelijkbaar dan volgt hieruit dat de betwiste regeling *in beginsel* een verboden beperking vormt van art. 49 VwEU³¹⁴. Het HvJ maakt hier een voorbehoud omdat een verboden beperking mogelijk kan worden gerechtvaardigd.

De rechtvaardigingsgronden

Volgens vaste rechtspraak van het HvJ is een verboden beperking van een verkeersvrijheid alsnog ‘toelaatbaar’ wanneer deze kan worden gerechtvaardigd uit hoofde van zogenaamde ‘*dwingende*

³¹⁰ HvJ EU 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*).

³¹¹ HvJ EU 12 september 2006, C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), r.o. 68.

³¹² Zie bijvoorbeeld: HvJ C-397/98 en C-410/98, *Metallgesellschaft*, r.o. 43.

³¹³ Zie bijvoorbeeld HvJ 29 november 2011 C-371/10, *National Grid Indus BV*, r.o. 38.

³¹⁴ Zie bijvoorbeeld HvJ 29 november 2011 C-371/10, *National Grid Indus BV*, r.o. 39.

vereisten van algemeen belang³¹⁵. Deze mogelijkheid heeft het HvJ geschapen in het arrest Cassis de Dijon (zaak C-120/78) waarin het HvJ een uitzonderingsmaatregel heeft geformuleerd. Op grond van deze uitzonderingsmaatregel kan een belemmerende regeling (die een verboden beperking vormt) alsnog gerechtvaardigd worden wanneer hier een *dwingende reden van algemeen belang* voor kan worden aangewezen³¹⁶. In de literatuur worden deze dwingende redenen van algemeen belang ook wel de zogenaamde Rules of Reason genoemd³¹⁷. Het initiatief ligt natuurlijk bij de lidstaten om een rechtvaardigingsgrond aan te voeren. Rechtvaardigingsgronden die volgens het HvJ een legitiem doel nastreven zijn:

- de noodzaak de coherentie (of samenhang) van het nationale fiscale stelsel te verzekeren³¹⁸;
- de onmogelijkheid een doeltreffende fiscale controle uit te voeren³¹⁹;
- het bestrijden van belastingontwijking door volledig kunstmatige constructies³²⁰;
- het handhaven van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten³²¹;
- het voorkomen van dubbele verliesverrekening het hiermee samenhangende risico van belastingontwijking³²²;
- het kunnen uitoefenen van het territorialiteitsbeginsel (belasten van waardeangroei waar de lidstaat recht op heeft)³²³

Indien een maatregel gerechtvaardigd kan worden uit hoofde van een dwingende reden van algemeen belang, gaat het HvJ tenslotte over tot toetsing aan proportionaliteit en noodzakelijkheid. *Disproportionaliteit* doet zich met name voor in de sfeer van gerechtvaardigde discriminerende antimisbruikbepalingen die onvoldoende tegenbewijsmogelijkheden bieden voor buitenlandse belastingplichtigen³²⁴. De noodzakelijkheidstoets speelt mijn inziens een ondergeschikte rol die nauwelijks terug te vinden is in de jurisprudentie van het HvJ. Indien een belemmering

³¹⁵ Zie bijvoorbeeld HvJ 29 november 2011 C-371/10, National Grid Indus BV, r.o. 42; HvJ 13 december 2015, Marks & Spencer, C-446/03, r.o. 35; HvJ 12 september 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04 r.o. 47; HvJ 13 maart 2007, Test Claimants, C-524/04 r.o. 64; HvJ 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha, C-303/07, r.o.57.

³¹⁶ HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78 (Cassis de Dijon), Jur. blz. 649 (concl. Cajori) en later HvJ EG 30 november 1995, zaak C-55/94 (Gebhard), FED 1997/175 (concl. Léger, aant. D.M. Weber).

³¹⁷ *Kapteyn-VerLoren van Themaat*, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen na Maastricht, Kluwer, Deventer, 1995, blz. 395.

³¹⁸ HvJ 28 januari 1992 C-90 Bachmann, r.o. 28.

³¹⁹ HvJ 15 mei 1997 C-250/95 Futura, r.o. 31.

³²⁰ HvJ 12 september 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes, r.o. 55.

³²¹ HvJ. 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer), r.o. 45; Zie bijvoorbeeld HvJ 29 november 2011 C-371/10 (National Grid Indus BV), r.o. 45.

³²² HvJ 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer) r.o. 47 t/m 50.

³²³ HvJ 7 september 2006 C-470/04 (N), r.o. 46 en 47.

³²⁴ Zie bijvoorbeeld *HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-524/04 (Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation)*: ‘‘Op grond van het evenredigheidsbeginsel stelde het Hof van Justitie vervolgens nog de voorwaarde dat de belastingplichtige in staat moet worden gesteld ‘om zonder buitensporige administratieve moeite bewijs aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen waarom de transactie heeft plaatsgevonden’’’, Cursus Belastingrecht, EBR.5.1.7.E Bewijslast.

gerechtvaardigd kan worden, en proportioneel is bevonden, is de belemmering alsnog verenigbaar met het EU-recht.

§ 5.6 Kern EU-jurisprudentie fiscale eenheid

§ 5.6.1 X Holding (februari 2010)

In het arrest *X-Holding*³²⁵ is de territoriale afbakening van art. 15 wet VpB door het HvJ getoetst aan het vrije vestigingsverkeer van art. 49 VwEU. De territoriale beperking houdt in, zoals in §2.4.3 reeds is besproken, dat de keuzemogelijkheid voor vennootschappen om te opteren voor de fiscale-eenheidregeling beperkt is tot vennootschappen die in Nederland zijn gevestigd. De casus in *X-Holding* was vrij eenvoudig: de in Nederland gevestigde X Holding B.V. bezit 100% van de aandelen van F NV die in België is gevestigd.³²⁶

Kernrechtsoverwegingen van het HvJ

Gemakshalve spreek ik met betrekking tot de vergelijkingsmaatstaf van een ‘*binnenlandse groepsverhouding*’ versus een ‘*grensoverschrijdende groepsverhouding*’. Om vast te stellen dat een nationale bepaling een beperking vormt van de vrijheid van vestiging moet als eerst worden vastgesteld dat de regeling *een voordeel* oplevert dat voorbehouden is aan binnenlandse groepsverhoudingen. Het voordeel van de fiscale eenheid is volgens het HvJ EU dat ingezetene groep als één belastingplichtige aan de belasting kunnen worden onderworpen. Volgens het HvJ EU is vervolgens hiermee: “ *met name mogelijk om de winst en het verlies van de in de fiscale eenheid opgenomen vennootschap te consolideren (...) en om intragroepstransacties fiscaal neutraal te houden.*” (r.o. 18). Het uitsluiten van deze consolidatievoordelen ten aanzien van de niet-ingezetene dochtervennootschap leidt volgens het HvJ EU er vervolgens toe dat het uitoefenen van de vrijheid van vestiging door de moedervennootschap “*minder aantrekkelijk*” wordt gemaakt omdat zij wordt “*afgeschrikt*” om een vennootschap in een andere lidstaat op te richten (r.o.19).

De analyse die het HvJ maakt is mijn inziens niet geheel zuiver. De hoofdzaak van het geding is namelijk dat de inspecteur weigert een fiscale-eenheidbeschikking af te geven. De vraag is of dit enkele feit op zichzelf genomen in de bredere context van de interne markt een economische beperking vormt. Mijn inziens is hier geen sprake van in zoverre dat een fiscale eenheid alleen in specifieke omstandigheden een voordeel oplevert. De vraag zou ook kunnen worden opgeworpen of het binnen de bevoegdheid van het HvJ ligt om *voorbij* de fiscale eenheidbeschikking te kijken en te toetsen op *potentiële* voordelen van een regeling. Kijken we namelijk naar de vervolgdiscussie in het

³²⁵ HvJ EU 25 februari 2010, C-337/08 (*X Holding*).

³²⁶ F is opgericht naar Belgisch recht. Dit feit is echter niet van belang voor de beantwoording van de rechtsvraag.

arrest dan is te zien dat deze zich volledig voltrekt in het kader van mogelijke grensoverschrijdende verliesverrekening en het gevaar dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten hierdoor in het geding zou komen wanneer een grensoverschrijdende fiscale eenheid zou worden toegestaan (r.o. 27 t/m 35). In de casus X Holding was er geen sprake van verliezen waardoor de discussie in het arrest gebaseerd is op speculatieve voordelen³²⁷. Het HvJ EU gaat dus uit van een hypothetische benadeling die zich als gevolg van de fiscale eenheid zou kunnen voordoen. Dit verhoudt zich lastig met andere arresten waarin het HvJ EU juist zeer specifiek toetst op de financiële benadeling die ontstaat als gevolg van een discriminerende regeling. Zie in dit verband bijvoorbeeld *Metallgesellschaft*³²⁸ waarin het HvJ EU specifiek ingaat op een cashflow nadeel dat het gevolg is van een Britse regeling voor niet-ingezetene vennootschappen (r.o. 30).

De rechtvaardiging

Uit het arrest volgt dat de Nederlandse wetgever een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet hoeft toe te staan doordat de belemmering van het vrije kapitaalverkeer kan worden gerechtvaardigd. De overweging die het HvJ hiervoor maakt is dat de geconstateerde beperking van de vrijheid van vestiging kan worden gerechtvaardigd uit “*hoofde van de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven*” (r.o. 33). Deze overweging baseert het HvJ EU op de veronderstelling dat wanneer een grensoverschrijdende fiscale eenheid zou worden toegestaan, dit voor groepen de mogelijkheid zou openen om naar willekeur verliezen over te dragen aan de jurisdicties waarin de verliezen het meest waard zijn (r.o. 29). Het HvJ EU lijkt te denken dat een grensoverschrijdende fiscale eenheid zou leiden tot een ontwrichting van het territorialiteitsbeginsel.

§ 5.6.2 C SA Group Holding (juni 2014)

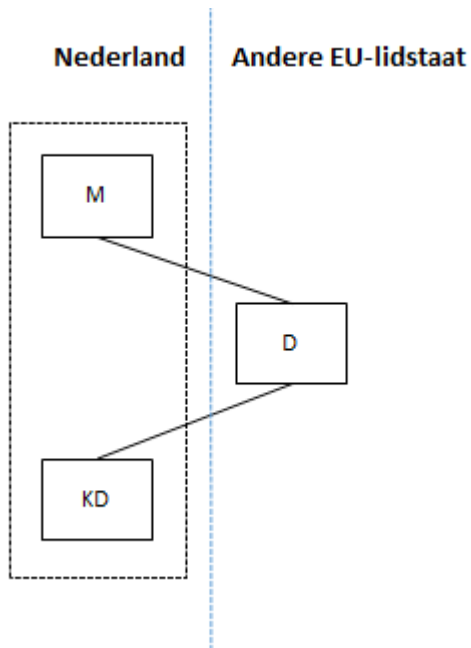
Deze twee zaken hebben betrekking op de volgende eenvoudige casuïstiek: een in Nederland gevestigde moedermaatschappij bezit alle aandelen in een in Duitsland gevestigde dochtermaatschappij die op haar alle aandelen bezit in een in Nederland gevestigde kleindochtermaatschappij^{329, 330}. *Hieruit volgt de volgende schematische weergave:*

³²⁷ Zie ook de paragraaf 2, ‘geding in cassatie’ in HR 11-07-2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3444, m.nt. G.T.K Meussen

³²⁸ HvJ 8 maart 2001 C-397/98 en C-410/98 *Metallgesellschaft*,

³²⁹ HvJ 12 juni 2014, C-39/13, C-40/13 en C-41/13, V-N 2014/30.9.

³³⁰ Soortgelijke zaken hebben zich voorgedaan in de zaak *Papillon* (HvJ 27 november 2008, zaak C-418/07) waarin het HvJ, ten aanzien van een Franse fiscale consolidatieregeling voor groepen, heeft geoordeeld dat deze in strijd is met het vrije vestigingsverkeer voor zover deze niet toestaat dat een in Frankrijk gevestigde moedermaatschappij haar eveneens in Frankrijk gevestigde kleindochtermaatschappij ‘fiscaal kan integreren’ wanneer de tussengelegen dochtermaatschappij in een andere lidstaat is gevestigd (in casu Nederland, zie r.o. 7 en 22).



Op grond van de wettelijke fiscale-eenheidsregeling was het niet mogelijk dat de moeder en kleindochtermaatschappij een fiscale eenheid vormen wanneer de tussengelegen (dochter)maatschappij niet in Nederland is gevestigd³³¹. De wettelijke regeling vereiste immers dat ‘alle van de fiscale eenheid deeluitmakende maatschappijen een onafgebroken schakel vormen van in Nederland gevestigde groepsmaatschappijen’.

Kernrechtsoverwegingen van het HvJ EU

Het onderscheidende verschil in behandeling dat het HvJ constateert is dat *vanuit de positie van de moedermaatschappij, de keuzemogelijkheid om KD in haar fiscale eenheid op te nemen, afhankelijk is van de voorwaarde dat tussenmaatschappij D ook in Nederland is gevestigd* (r.o.24). Hier zien we dus in beginsel een aantasting van het secundaire vestigingsrecht van de moedermaatschappij. Maar is er nu daadwerkelijk sprake van een economische benadeling? Het HvJ EU vindt van wel. Het HvJ EU spreekt namelijk van een *cashflow-voordeel*, als gevolg van de *mogelijkheid* dat 1) winsten en verliezen kunnen worden geconsolideerd op het niveau van de moedermaatschappij en 2) consolidatie leidt tot het fiscaal neutraal houden van intragroepstransacties (r.o. 21). Het HvJ EU verwijst hierin dus terug naar X Holding en houdt hiermee vast aan de lijn dat een *potentiële* benadeling voldoende is om in EU-rechtelijke zin een economische belemmering vast te stellen.

³³¹ Inmiddels is – naast het goedkeurende wijzigingsbesluit van de staatsecretaris van Financiën (het Besluit van 16 december 2014, nr. BLKB2014/2137M, V-N 2015/7 13, NTFR 2015/363 tot wijziging van het besluit van 14 december 2013, nr. DGB2010/4620M, toegestaan dat zowel zustermaatschappijen met een in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij als een moedermaatschappij en een kleindochtermaatschappij met een in andere lidstaat gevestigde tussenmaatschappij, een fiscale eenheid kunnen vormen) – het wetsvoorstel Wet aanpassing fiscale eenheid ingediend met dezelfde strekking als het wijzigingsbesluit: Kamerstukken II, nr. 34323.

Als immers M en KD geen verliezen maken, kan nooit sprake zijn van het eerstgenoemde voordeel dat ‘winsten en verliezen kunnen worden geconsolideerd op het niveau van de moedermaatschappij’. Hetzelfde geldt voor het tweede voordeel dat consolidatie leidt tot het fiscaal neutraal houden van intragroepstransacties. Dit voordeel kan zich ook alleen onder de omstandigheden dat er *daadwerkelijk* handelstransacties plaatsvinden tussen M en KD.

Een doelmatigere uitleg van het vrije vestigingsverkeer had mijn inziens moeten zijn dat er pas sprake is van een economische belemmering op het moment dat bijvoorbeeld de moeder- of kleindochtermaatschappij een verlies zou hebben geleden en toepassing van de fiscale eenheid *feitelijk* zou hebben geleid tot een cashflowvoordeel als gevolg van de horizontale verliesverrekening. De conclusie zou dan zijn dat alleen in deze specifieke omstandigheid (een verliessituatie) de fiscale eenheid een economische belemmering zou vormen. Hiermee zou het voor een lidstaat vervolgens ook eenvoudiger zijn om door middel van aanvullende wetgeving, specifiek te voorzien in de tekortkoming zonder dat de kern van de regeling hoeft te worden aangetast³³². Het lijkt er in zoverre op dat het HvJ EU zich onvoldoende bewust is van het feit dat een fiscale consolidatie alleen onder bepaalde condities feitelijk leidt tot een fiscale bevoordeling.

Een mogelijke rechtvaardigingsgrond (rechtsvergelijking met het Papillon-arrest^{333,334}).

In het arrest Papillon neemt de Franse regering het standpunt in dat de beperking gerechtvaardigd kan worden doordat de fiscale consolidatieregeling gebaseerd is op een bepaalde samenhang tussen een voordeel en een nadeel (r.o. 19 t/m 22). Deze samenhang ziet op het feit dat wanneer een verlieslatende deelneming fiscaal is geconsolideerd³³⁵, dit tot gevolg heeft dat de moedermaatschap niet meer kan afboeken op de geactiveerde deelneming³³⁶. Wanneer de tussenholding in een andere EU-lidstaat zou zijn gevestigd, brengt dit het risico met zich dat het verlies eerst tussen M en KD horizontaal wordt verrekenen máár (!) daarnaast voor een tweede maal tot uiting kan komen bij, via de deelneming die zij in KD houdt. De achterliggende gedachte hiervan is natuurlijk dat ‘het buitenland’ (waar tussenvennootschap D is gevestigd) geen rekening houdt met een eventuele fiscale eenheid tussen de M en KD.

³³² In casu had Nederland dan kunnen voorzien in een verliesoverdracht tussen KD en M waarmee de economische belemmering wordt geneutraliseerd. Hierdoor kan de hoofdregeling (het fiscale-eenheidregime) EU-proof blijven.

³³³ HvJ EU, 27 november 2008, C-418/07 (*Papillon*). In dit arrest was dezelfde principiële vraag en casuïstiek aan de orde als in het arrest C SA Group Holding.

³³⁴ In § 5.6.2.1 wordt uitvoerig ingegaan op de Franse integratieregeling, en in hoeverre deze regeling vanuit het EU-recht vergelijkbaar is met het Nederlandse fiscale-eenheidregime.

³³⁵ In de Franse vennootschapsbelasting ‘de CGI’, wordt dit een fiscale integratie genoemd (zie §5.6.2.1).

³³⁶ Naar analogie van de Nederlandse fiscale eenheid is hetzelfde van toepassing, namelijk dat er niet meer kan worden afgeboekt op een deelneming die in een fiscale eenheid is ingevoegd, simpelweg doordat de deelneming non-existent is geworden.

Samengevat, volgens de Franse regering betekent een fiscale consolidatie tussen M en KD dat:

1. wanneer M of KD een verlies maakt dit inderdaad een cashflow-voordeel oplevert door de horizontale verliesverrekening;
2. maar dat tegenover dit voordeel het compenserende nadeel bestaat dat, wanneer tussenmaatschappij D ook in Frankrijk zou zijn gevestigd en fiscaal zou zijn geïntegreerd, het risico niet bestaat dat het verlies voor een tweede maal tot uitdrukking komt.

Tussen dit voordeel en het nadeel zou volgens de Franse regering een samenhang moeten bestaan zoals eerder door het HvJ in het *Bachmann*-arrest als rechtsgrond is geaccepteerd³³⁷. In een grensoverschrijdende situatie zou deze samenhang niet kunnen worden gewaarborgd omdat het verlies voor een tweede maal in het buitenland in aftrek kan worden gebracht door een afboeking op de deelneming. Merkwaardig is natuurlijk dat Frankrijk zich in casu zorgen lijkt te maken over de uitholling van de buitenlandse belastinggrondslag (in casu de Nederlandse). Dit op zichzelf opgenomen zou al een argument zijn om te stellen dat het coherentieargument uit het *Bachman*arrest nooit van toepassing kan zijn omdat de coherentie van de Franse CGI onder geen beding wordt aangetast.

Het HvJ sluit zich aan bij het Franse betoog en overweegt: *“Immers, ingeval een kleindochtervennootschap verlies maakt, zal de dochtervennootschap normaal gesproken voorzieningen aanleggen voor de waardevermindering van haar participatie in de kleindochtervennootschap. Om deze reden zal de moedervennootschap voorzieningen aanleggen voor de waardevermindering van haar participatie in de dochtervennootschap. Nu het om één en dezelfde verlies gaat, dat bij de kleindochtervennootschap is ontstaan, zullen, als deze ondernemingen onder de fiscale-integratieregeling vallen, als gevolg van het neutralisatiemechanisme de voorzieningen voor de waardevermindering bij de dochtervennootschap en de moedervennootschap buiten beschouwing worden gelaten”*(r.o. 47 Papillon). Het verlies van KD mag dus slechts éénmaal tot uitdrukking komen bij haar aandeelhouder(s). *Ofwel* (upstream) via de deelneming *ofwel* (horizontaal) via de consolidatie.

Mijn inziens kunnen vraagtekens worden gezet bij deze samenhang en het eventuele risico op een tweede verliesafboeking via de deelneming (in het buitenland). Binnen een zelfstandige winstbelasting van lichamen is namelijk, vanuit welvaartsoptiek, noodzakelijk dat deelnemingen objectief worden vrijgesteld. Wordt hier namelijk niet in voorzien dan leidt dit tot een zeer verstorende en bovendien cumulerende economische dubbele heffing. De spiegelzijde hiervan is dat wanneer deelnemingsverliezen worden gemaakt deze eveneens objectief zijn vrijgesteld en dus niet meerdere

³³⁷ HvJ 28 januari 1992 C-90 *Bachmann*, r.o. 28.

malen in aftrek kunnen worden gebracht³³⁸. De beschreven samenhang heeft het HvJ EU desalniettemin toch aanvaard als een legitieme rechtvaardigingsgrond. Toch oordeelt het HvJ EU uiteindelijk dat de regeling *niet verenigbaar is met het EU-recht* omdat deze verder gaat dan noodzakelijk. Een mogelijke dubbele verliesverrekening kan namelijk op grond van de Richtlijn voor wederzijdse bijstand³³⁹ worden gecontroleerd bij de buitenlandse (belasting)autoriteiten (r.o. 54 en 55 Papillon).

Terug naar C SA Group Holding

In de zaken C-39/13 en C-41/13 overweegt het HvJ EU dat het rechtstreekse verband binnen een fiscale eenheid, tussen enerzijds het voordeel van de horizontale verliesverrekening en anderzijds het compenserende nadeel dat het verlies niet meer via de deelneming niet meer kan worden afgeboekt, juist niet opgaat voor de Nederlandse consolidatieregeling, omdat deze niet los kan worden gezien van de deelnemingsvrijstelling (r.o. 39 en 40). Hiermee kan de beperking van de vrijheid van vestiging niet worden gerechtvaardigd en vormt dus een met het EU-recht strijdige beperking (r.o. 41).

In de zaak C-40/13 (X-AG) was principieel sprake van een zelfde soort belemmering maar in andere casuïstiek. In deze zaak was de vraag aan de orde of twee zustermaatschappijen, die beide in Nederland zijn gevestigd, op grond van art. 49 VwEU een fiscale eenheid mogen vormen wanneer de moeder vennootschap in een andere EU-lidstaat (in casu Duitsland) is gevestigd. De beantwoording van het HvJ is in lijn met het oordeel in de arresten C SA en M SA.

§ 5.6.3 HvJ Groupe Steria SCA (September 2015)

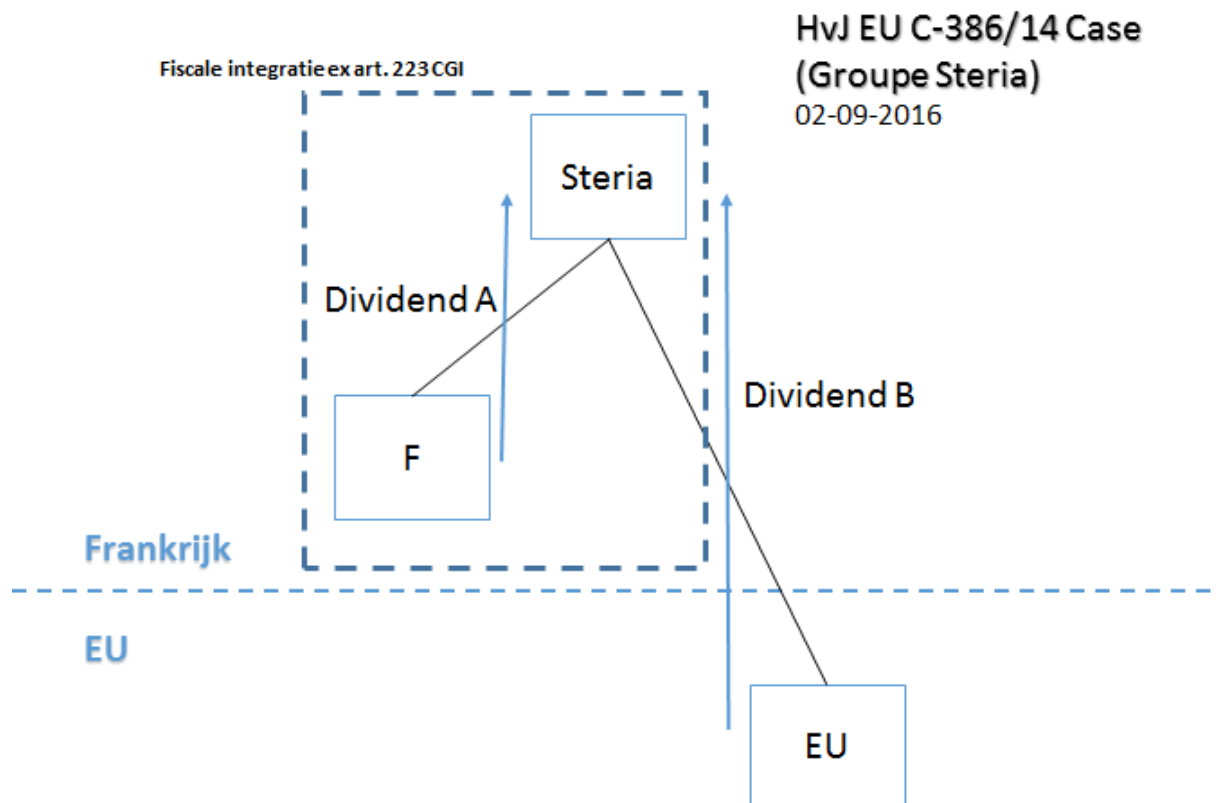
Gestileerd feitencomplex

- Verzoekster in het hoofdgeding is Groupe Steria SCA³⁴⁰ (hierna: “Groupe Steria”).
- Groupe Steria bezit een belang van 100% in dochteronderneming F en dochteronderneming EU. F is een Franse ingezetene en EU is een ingezetene van een andere EU-lidstaat.
- Groupe Steria vormt samen met F een fiscaal geïntegreerde groep op grond van art. 223 CGI.

³³⁸ Met uitzondering van eind- en liquidatieverliezen. In de annotatie op het arrest Marks & Spencer II (C-446/03) noemde Wattel deze uitzondering het altijd-ergens-beginsel.

³³⁹ Richtlijn 77/799/EEG van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen.

³⁴⁰ De SCA., ‘*Société en Commandite par Action*’ is een Luxemburgse commanditaire vennootschap op aandelen die een hybride karakter heeft doordat de rechtsvorm kenmerken heeft van zowel transparante personenvennootschappen als kapitaalvennootschappen. Zie 2006/940/EC L 366/47 p. 15.



§ 5.6.3.1 Het rechtskader van de litigieuze groepsbepaling

Art. 223 A en 223 B CGI^{341,342}: het Franse groepsregime

Het Franse groepsregime staat bekend als een fiscale integratieregeling en de werking ervan is beperkt tot twee kernfuncties: *pooling* en *neutralisatie* (zie onder).

1. **Pooling**: de resultaten van de kwalificerende groepsmaatschappijen worden op stand-alone basis bepaald en uiteindelijk bij het hoofd van de fiscaal geïntegreerde groep in de heffing betrokken³⁴³.
2. **Neutralisatie**: een aantal specifiek omschreven intercompany-transacties worden geneutraliseerd³⁴⁴.

De belangrijkste kwalificatie-eisen om deel uit te maken van het fiscale groepsregime is dat:

- A. de moedervenootschap en groepsleden³⁴⁵ ingezetene zijn van Frankrijk, en;

³⁴¹ Code Générale des Impôts: het algemene belastingwetboek.

³⁴² Besproken wordt het rechtskader *ten tijde* van het geschil. De Franse wetgeving is inmiddels naar aanleiding van de C-386/14-uitspraak per 11 mei 2016 aangepast, zie: J. Benamran, France – Corporate Taxation, sec. 8.2.1.2.2 (The neutralization of internal transactions), Country Analysis IBFD .

³⁴³ In art. 223 B CGI staat dat het groepsresultaat wordt bepaald aan de hand van een ‘*optelling*’ (zie ook r.o. 8 van het arrest).

³⁴⁴ J. Benamran, France – Corporate Taxation, sec. 8.2.1.2.2 (The neutralization of internal transactions), Country Analysis IBFD (last reviewed: 9 February 2016).

- B. de moedervereniging tenminste (direct of indirect) 95% van het aandelenkapitaal bezit in de als lid van de groep op te nemen groepsmaatschappij³⁴⁶.

Verschil en vergelijkbaarheid art. 15 VpB versus de Franse fiscale-integratieregeling

Het elementaire verschil tussen de fiscale eenheid en de Franse fiscale-integratieregeling is dat het Nederlandse groepsregime geschoeid is op een samensmeltingsfictie, waardoor de resultaten van *rechtsweg* worden geconsolideerd en intercompany-transacties, en de resultaten hieruit, eveneens van *rechtsweg* worden geëlimineerd. De fiscale eenheid is namelijk gebaseerd op de non-existentie van groepsrelaties. Binnen de Franse groepsregeling blijven de groepsmaatschappijen daarentegen wel zelfstandig en wordt aan de hand van wettelijke bepalingen specifiek voorzien in de gewenste groepseffecten. De Franse fiscale integratieregeling verschilt in zoverre dus alleen van het Nederlandse groepsregime doordat elk gewenst groepseffect specifiek, oftewel ‘per element’, moet worden geregeld, in plaats van het Nederlandse systeem waar de groepseffecten van rechtsweg het gevolg zijn van het ‘heffen-alsof’. In zoverre zou het Nederlandse groepsregime de principle-based uitwerking kunnen worden genoemd van hetgeen waarvan het Franse regime de rule-based uitwerking is. Beiden beogen namelijk uiteindelijk fiscaal erkenning te geven aan groepen door deze niet te belemmeren ten opzichte van de enkelvoudige vennootschap.

Art. 145 jo. 216 CGI: de Franse ‘deelnemingsvrijstelling’

Voorkoming van economisch dubbele heffing wordt in de Franse vennootschapsbelasting in voorzien door een aftrekmethode³⁴⁷. Dit betekent dat het ontvangen deelnemingsdividend in beginsel wel tot de belastbare grondslag van de moedermaatschappij behoren maar ‘achteraf’, door middel van een aftrek, weer uit de grondslag worden geëlimineerd³⁴⁸. Belangrijkste kwalificatie-eis voor de aftrek is dat de moedermaatschappij *tenminste* 5% va het kapitaal³⁴⁹ in de dochtermaatschappij bezit. Op grond van art. 145 CGI wordt een aftrek verleend van 100% van het ontvangen dividend.

De bijtelling van at. 216 CGI

De 100%-aftrek ter voorkoming van economisch dubbele belasting is echter een *bruto*-vrijstelling. Als gevolg van art 216 CGI vindt namelijk bij de moedermaatschappij een bijtelling plaats van 5% over het ontvangen dividend. Hierdoor saldeert de bruto-vrijstelling van 100% effectief naar een netto-

³⁴⁵ De Franse wetgeving spreekt van een *lidmaatschap* van de fiscaal geïntegreerde groep.

³⁴⁶ J. Benamran, France – Corporate Taxation, sec. 8 (Group Taxation), Country Analysis IBFD.

³⁴⁷ J. Benamran, France – Corporate Taxation, sec. 6.1.3.1 (Scope of the participation exemption regime), Country Analysis IBFD (last reviewed: 9 February 2016)

³⁴⁸ In tegenstelling tot de Nederlandse methodiek waarbij een grond van art. 13 wet VpB kwalificerende deelneming in zijn geheel ‘als object’ is vrijgesteld.

³⁴⁹ De exacte kapitaalgrondslag laat ik voor de rest onbesproken en is bovendien niet van principieel belang voor het arrest.

vrijstelling van 95%³⁵⁰. De 5%-bijtelling is bedoeld als een (gefingeerde) correctie voor kosten die verbandhouden met de deelneming en door de moedermaatschappij in feite ‘onterecht’ van haar winst zijn afgetrokken³⁵¹. Als namelijk achteraf³⁵² vast komt te staan dat op grond van art. 145 CGI de ‘voordelen uit deelneming’ zijn vrijgesteld, heeft dit ook tot gevolg dat de met de deelneming verband houdende kosten ook niet aftrekbaar zijn^{353,354}.

Samenloop fiscale integratie-regeling en de 5%-bijtelling

Wanneer een vennootschap onderdeel uit maakt van de fiscaal geïntegreerde groep, treedt art. 223B lid 2 CGI in werking en wordt de 5%-bijtelling van art. 216 CGI geneutraliseerd³⁵⁵. Art. 223B lid 2 CGI leidt namelijk weer tot een volledige aftrek van de 5%-bijtelling waardoor de totale aftrek (ter voorkoming van economisch dubbele belasting) weer 100% bedraagt. Belangrijk om vast te stellen is dat art. 223 B lid 2 CGI onderdeel uitmaakt van de fiscale integratieregeling en tot doel heeft dat de 5%-bijtelling van art. 216 CGI wordt geneutraliseerd omdat een bijtelling (heropname van de deelnemingskosten) kennelijk niet verenigbaar is met doel en strekking van de fiscale integratieregeling. Deze mogelijkheid staat echter alleen open voor ingezetene groepsmaatschappijen nu alleen zij, op grond van de territoriale afbakening van de regeling, deel uit kunnen maken van een Franse fiscaal geïntegreerde groep.

§ 5.6.3.2 Beantwoording van het HvJ

Het HvJ EU stelt als eerst vast dat er sprake is van een *belastingvoordeel* dat voorbehouden is aan dividenden van ‘*nationale oorsprong*’ (r.o. 19). Dat het HvJ het belastingvoordeel koppelt aan het object, namelijk het *soort* dividend, bevat een zekere onzuiverheid. Het voordeel hangt in beginsel namelijk niet samen met de oorsprong van het dividend (zoals in het arrest *Verkooijen*³⁵⁶ bijvoorbeeld wel het geval was) maar hangt samen met het vestigingsplaats van de dochtermaatschappij. De fiscale-integratievoordelen zijn namelijk afhankelijk van de vraag of de dochtermaatschappij in Frankrijk is gevestigd.

³⁵⁰ P. Burg, France – Corporate Taxation, sec. 2.2 (Intercompany dividends), Country Surveys IBFD (bijgewerkt tot 1 april 2016).

³⁵¹ P. Burg, France – Corporate Taxation, sec. 2.2 (Intercompany dividends), Country Surveys IBFD (bijgewerkt tot 1 april 2016).

³⁵² De werkelijke kosten kunnen immers al jaren geleden zijn gemaakt en de correctie hiervan vindt pas plaats wanneer dividenden worden uitgekeerd.

³⁵³ In feite zou kunnen worden gesteld dat de deelneming binnen de grondslag van de moedermaatschappij wordt gedefiscaliseerd. Ook kan een analogie worden getrokken met de bronnentheorie: de niet belastbaarheid van het voordelen uit deelneming moet dan in algebraïsche zin worden uitgelegd.

³⁵⁴ Deze bijtelling is bovendien niet in strijd met de Moederdochterrichtlijn³⁵⁴ nu in art. 4, lid 3 van de richtlijn is geregeld dat een bijtelling is toegestaan van maximaal 5% van het ontvangen dividend (door de ontvangstaat van het dividend).

³⁵⁵ Punt 22 van de conclusie van A-G Kokott.

³⁵⁶ HvJ EU 6 juni 2000, C-35/98 (Verkooijen). In deze zaak was in de litigieuze belastingwetgeving een vrijstelling opgenomen die afhankelijk was gesteld van de nationale oorsprong van de dividenden.

Doordat het litigieuze belastingvoordeel uit hoofde van art. 223 B lid 2 CGI alleen voorbehouden is aan ingezetene dochtermaatschappijen die onderdeel uitmaken van een fiscaal geïntegreerde groep oordeelt het HvJ dat hiermee de vrijheid van vestiging van de moedermaatschappij wordt beperkt doordat zij wordt *afgeschrikt* dochtermaatschappijen in een andere lidstaten op te richten (r.o. 20).

Het HvJ overweegt vervolgens dat vanuit de doelstelling van de fiscale integratieregeling: resultatenconsolidatie en het neutraliseren van intragroepstransacties, en vanuit de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling, te weten voorkoming van economisch dubbele heffing, binnenlandse en grensoverschrijdende verhouding objectief vergelijkbaar zijn en ziet dus geen grondslag voor een ongelijke behandeling (r.o. 22).

Het HvJ overweegt vervolgens dat weliswaar op grond van het arrest X Holding een grensoverschrijdende fiscale eenheid niet hoeft te worden toegestaan omdat het toestaan hiervan de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten (r.o. 26) aantast, máár dat (bewerking van mijn hand): “*Uit het arrest X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89) 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 heeft het Hof de voorwaarde van ingezetenschap namelijk **alleen beoordeeld als toegangsvoorwaarde** voor een fiscale-integratieregeling en heeft het geoordeeld dat die voorwaarde gerechtvaardigd was omdat een dergelijke regeling mogelijk maakt om binnen de fiscaal geïntegreerde groep verliezen over te dragen*”³⁵⁷. Met deze rechtsoverweging wordt dus duidelijk dat het HvJ EU totaal voorbij gaat aan de zogenaamde alles-of-niets-benadering van A-G Wattel en annotator Meussen zoals zij omschrijven in het eindarrest BNB 2011/96³⁵⁸ (eindbeslissing X Holding). Wattel en Meussen zijn van mening dat op grond van X Holding *alle* voordelen, die met de fiscale eenheid samenhangen, op grond van de X Holding-rechtvaardigingsgrond kunnen worden gerechtvaardigd. X Holding zou hiermee te gelden hebben als een soort parapluarrest. Op dezelfde voet heeft de HR in zijn arrest van 24 juni 2011, nr. 09/05115, BNB 2011/244c*³⁵⁹, mijn inziens onterecht(!) overwogen dat een verschil in behandeling dat voortvloeit uit de toepassing van de fiscale eenheid onder dezelfde rechtvaardigingsgrond als in X Holding kan worden gerechtvaardigd (r.o. 3.4.2). Mijn inziens een onjuiste inschatting van feiten op basis van speculatie, nu het HvJ EU alleen toetst aan hetgeen haar wordt voorgelegd. In X Holding was dat de territoriale afbakening van de fiscale eenheid (of de ‘toegangsvoorwaarde’ zoals zij dat noemt). Duidelijk is dat het HvJ EU met r.o. 26 totaal voorbij gaat aan deze discussie en elke beperking van de vrijheid van vestiging individueel toetst aan art. 49 VwEU. Anders zou immers ook,

³⁵⁷ HvJ 2 september 2015, C-386/14, r.o. 26.

³⁵⁸ HR 7 januari 2011, BNB 2011/96, Eindbeslissing zaak X Holding (m.nt. van Meussen)

³⁵⁹ In casu ging het om samenloop tussen de fiscale eenheid en de houdsterverliesregeling van art. 20, lid 4 Wet VpB en het voordeel dat hieruit ontstaat.

zoals Engelen terecht opmerkt, de fiscale eenheid als ‘dekmantel’ kunnen worden gebruikt voor verboden discriminatie³⁶⁰.

Rechtvaardigingsgronden

Uit het arrest blijkt dat door Frankrijk en de ingevoegde lidstaten (waaronder Nederland) twee rechtvaardigingsgronden zijn opgeworpen³⁶¹:

1. de noodzaak tot handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten (r.o. 24), en;
2. de noodzaak de samenhang van de belastingregeling te waarborgen (r.o. 35).

Andere potentiële gronden die de lidstaten hadden kunnen opwerpen om het onderscheid in behandeling te rechtvaardigen, laten zich lastig denken, en zijn er mijn inziens niet.

Rechtvaardigingsgrond (1): de noodzaak tot handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten

Deze verwerpt het HvJ EU omdat deze volgens het HvJ EU zo moeten worden uitgelegd dat de heffingsbevoegdheid van Frankrijk *een zeker risico moet lopen*. Het HvJ EU licht namelijk toe dat doordat sprake is van *inkomend dividend* (dus in feite een eenzijdige handeling), hiermee alleen de fiscale soevereiniteit van één lidstaat (lees: Frankrijk) in het geding is (r.o. 29).

In casuïstiek van X holding was hier wel sprake van omdat:

- A. de heffingsgrondslag van twee subjecten, die ieder tot een andere jurisdictie behoren, zouden vermengen (op voorbehoud van de objectvrijstelling), en bovendien;
- B. ruimte zou worden gecreëerd voor groepen om doormiddel van willekeur en arbitrage, verliezen over te dragen.

Belangrijk is om vast te stellen dat deze risico's (van A en B) zich *niet* voor doen ten aanzien van individuele elementen (voordelen) die voortvloeien uit een groepsregeling. Een gelijk behandeling van ingezet en niet-ingezet vennootschappen ten aanzien van het onderhavige voordeel lijkt in casu namelijk niet tot een vertroebeling van de afbakening van de Franse heffingssoevereiniteit, noch het creëren van een arbitragemogelijkheid voor grensoverschrijdend groepen waarmee naar willekeur verliezen over zouden kunnen worden gedragen.

³⁶⁰ F.A. Engelen, ‘De fiscale eenheid als dekmantel voor verboden discriminatie’, *NTFR* 2012/102.

³⁶¹ Uit het arrest blijkt ook dat Frankrijk een derde rechtvaardigingsgrond hebben opgeworpen, namelijk dat de in de Moederdochterrichtlijn gecreëerde mogelijkheid van heropname van niet-aftrekbare deelnemingskosten tot maximaal 5% (in art. 4, lid 2) de wettelijke regeling rechtvaardigt. Strikt genomen is hier, mijn inziens, geen sprake van een rechtvaardigingsgrond in de zin van het arrest *Cassis de Dijon*, namelijk een dwingende reden van algemeen belang. Het HvJ verwerpt deze grond dan ook.

Rechtvaardigingsgrond (2): de noodzaak de samenhang van de belastingregeling te waarborgen.

De tweede rechtvaardigingsgrond die Frankrijk opwerpt is de ‘samenhang van de belastingregeling’ in die zin dat het voordeel dat voortvloeit uit de neutralisatie van de 5%-bijtelling samenhangt met andere nadelen van het fiscaal geïntegreerd zijn³⁶² (r.o.30 t/m 35). Het HvJ EU verwerpt het betoog door te overwegen dat het zij geen enkel *rechtstreeks verband* ziet tussen het neutralisatievoordeel en een andere mogelijke hiermee samenhangende fiscale nadelen. Overigens wordt het rechtstreekse verband als rechtvaardigingsgrond nauwelijks door het HvJ EU erkend, vereist is namelijk dat, zoals bij de omkeerregel ten aanzien van pensioenen, het bestaansrecht van een faciliteit moet samenhangen met een latere heffing hierover³⁶³. Als namelijk vast staat dat bij de omkeerregel de latere heffing op grond van het EU-recht niet zou kunnen, zou hierdoor ook de gehele bestaansgrond van de faciliteit onderuit worden gehaald. Het is mijn inziens dus belangrijk om een onderscheid te maken tussen ‘fiscale samenhang’ en een willekeurig/toevallig verband tussen een fiscale bevoordeling enerzijds, en een fiscale benadeling anderzijds. Niet elk verband (oorzaak-gevolg) kwalificeert namelijk als een rechtstreeks verband in het kader van het EU-recht.

Het HvJ concludeert hiermee dat de regeling onverenigbaar is met het EU-recht en art 49 VwEU zich dus verzet tegen de onderhavige beperking.

§ 5.6.3.3 Discussie in de literatuur

In WFR 2016/43³⁶⁴ schrijft Jankie dat zij de uitkomst van het arrest Groupe Steria in zijn geheel niet relevant acht voor de Nederlandse fiscale eenheid. Zij betoogt dat het litigieuze voordeel (de neutralisatie van de 5%-bijtelling) volledig losstaat van het Franse groepsintegratieregime omdat deze, strikt genomen, samenhangt met de deelneming die Groupe Steria *blijft houden* in de niet-ingezetene dochtermaatschappij. Als zodanig spreekt zij van een ‘Bosal³⁶⁵-achtige’-benadeling: de facto zijn namelijk de deelnemingskosten op binnenlandse deelnemingen volledig aftrekbaar waar de deelnemingskosten op buitenlandse deelnemingen niet aftrekbaar zijn. Ik ben het oneens met deze constellatie van feiten. Ten eerste, zoals ik reeds heb uiteengezet, is de Franse fiscale integratieregeling niet gebaseerd op een samensmeltingsfictie, waardoor logischerwijs, het regime bestaat uit een complex van specifiek gefaciliteerde voordelen (naast de algemene resultatenpooling). In de Franse wetgeving wordt dit ‘neutralisatie’ genoemd. Wat betreft de Nederlandse groepsregeling

³⁶² Frankrijk noemt bijvoorbeeld het nadeel dat een dochtervennootschap verliezen die zij heeft gemaakt niet meer zelf verticaal kan verrekenen omdat ze die in feite (door de consolidatie) moet overhevelen aan de moedermaatschappij. Dit is mijn inziens een vergezocht en onsamenhangend verband die het HvJ terecht afwijst.

³⁶³ D.M. Weber, An analysis of the Past, Current and Future of the Coherence of the Tax System as Justification (2015), 24 EC Tax Review, Issue 1, p. 43-54.

³⁶⁴ S. Jankie, ‘Het arrest-Groupe Steria is irrelevant voor de Nederlandse fiscale eenheid’, WFR 2016/43.

³⁶⁵ HvJ 18 September 2003 C-168/01 Bosal Holding BV. In deze zaak bestond in de Nederlandse wetgeving een bepaling die rentekosten die verband hielden met niet-ingezetene deelnemingen, van aftrek afsloot. Rentekosten die verband hielden met ingezeten deelnemingen waren daarentegen wel aftrekbaar. Het voordeel hield hiermee dus verband met de *deelneming*.

vindt deze neutralisatie, door de samensmeltingsfictie en als gevolg hiervan non-existent worden van deelnemingsverhoudingen, van rechtswege plaats. Het neutraliseren van de 5%-bijtelling kan daarom niet los worden gezien van de fiscale integratieregeling. Daarnaast bevat het arrest een verwarrend element doordat in het onderhavige het voordeel gekoppeld is aan de uitkering van dividenden. Zoals eerder aangegeven is het primaire onderscheid dat: A) ingezeten dochtermaatschappijen lid kunnen worden van de fiscale integratie regeling en als gevolg hiervan *de moedermaatschappij* de 5%-bijtelling kan ontlopen; *en als gevolg hiervan*, de Franse wetgeving: B) dividenden van nationale oorsprong in het specifieke geval gunstiger *lijkt* te behandelen dan dividenden afkomstig uit andere EU-lidstaten (het secundaire onderscheid). Het arrest Groupe Steria heeft mijn inziens dus wel gevolgen voor de Nederlandse fiscale eenheid.

§ 5.6.4 Finanzamt Linz (Oktober 2015)

Aanleiding het HvJ arrest *Finanzamt Linz*³⁶⁶ te betrekken in dit onderzoek is het geconstateerde feit dat in de vakliteratuur, althans in een aantal publicaties, de Finanzamt Linz-zaak vaak in een adem wordt genoemd met het arrest Groupe Steria. Zie bijvoorbeeld Weber in *WFR* 2015/969³⁶⁷ en Kok in *MBB* 2015/12³⁶⁸ waarin beide auteurs in het arrest Finanzamt Linz een uitwerking van de per-element-benadering zien.

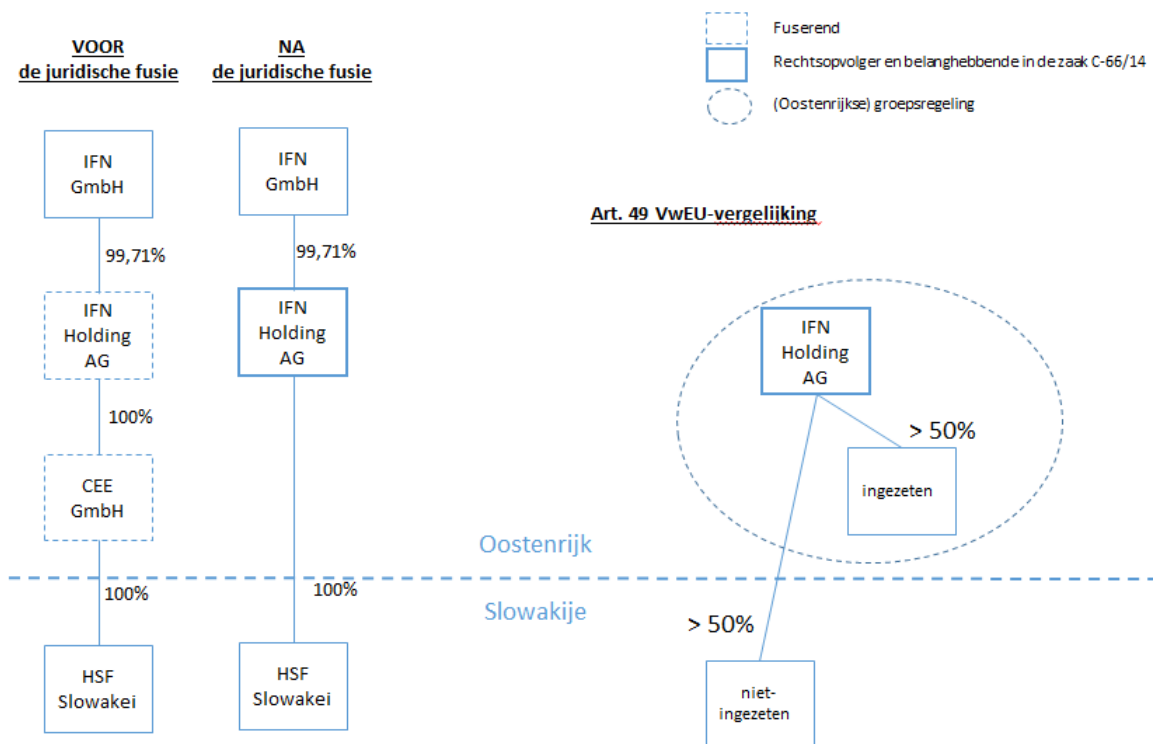
§ 5.6.4.1 Casuïstiek

De casuïstiek heeft betrekking op de (belasting)jaren 2006 tot en met 2010. IFN Beteiligungs GmbH (hierna: “IFN” bezit 99,71% van de aandelen in IFN-Holding AG (hierna: “IFN Holding”) die op haar beurt 100% van de aandelen bezit in CEE Holding GmbH (hierna: “CEE”). Alle drie de vennootschappen zijn gevestigd in Oostenrijk. CEE GmbH verwerft in 2005 een 100%-deelneming in het in Slowakije (EU-lidstaat) gevestigde HSF s.r.o Slowakei (hierna: “HSF”). In geding is de fiscale behandeling van HSF bij haar moedermaatschappij. Per 1 januari 2008 zijn CEE en IFN Holding gefuseerd (met CEE als verdwijnende vennootschap) waardoor voor de eerste twee jaren, 2006 en 2007, CEE belanghebbende is in de zaak en deze positie, voor de jaren 2008, 2009 en 2010, is overgenomen door IFN Holding. Voor de principiële (EU-rechtelijke) uitwerking is dit echter niet van belang.

³⁶⁶ HvJ EU 6 oktober 2015, C-66/14, (Finanzamt Linz).

³⁶⁷ D.M. Weber, ‘De per element benadering onder het fiscale-eenheidregime nader bezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak’, *WFR* 2015/696.

³⁶⁸ Q.W.J.C.H. Kok, ‘De fiscale eenheid in het licht van het EU-recht na de arresten Groupe Steria en Finanzamt Linz’, *MBB* 2015/12.



§ 5.6.4.2 Litigieuze wetgeving

Op grond van art. 9 van de Oostenrijkse wet op de vennootschapsbelasting (hierna: de “Oostenrijkse wet”) kunnen twee of meer vennootschappen die onbeperkt belastingplichtig zijn een belastinggroep vormen in de zin het onderhavige artikel 9 (r.o. 4)³⁶⁹. Met *onbeperkt* wordt, in tegenstelling tot het Nederlandse fiscale betekenis hiervan, bedoeld dat de vennootschap op grond van een binnenlandse zetel, binnenlands belastingplichtig is (voor haar wereldinkomen)³⁷⁰. Vereist is verder ook dat de moedervenootschap een aandelenbelang bezit van tenminste 50% in de dochtervenootschap. De groepsregeling heeft tot gevolg dat de resultaten van de groepsmaatschappijen worden geconsolideerd volgens de poolingmethode, met als belangrijkste voordeel dat eventuele groepsverliezen *volledig* (dus niet pro rata naar gelang van het aandelenbezit) horizontaal kunnen worden verrekend³⁷¹.

In art. 9, lid 7 van de Oostenrijkse wet is vervolgens een additionele faciliteit opgenomen ten aanzien van aangekochte én in de groepsregeling opgenomen deelnemingen. Op grond van deze bepaling kan de *goodwill* op deze deelnemingen deels worden afgeschreven in de winstberekening van de moedermaatschappij. Art. 9, lid 7 van de Oostenrijkse wet is in zoverre dus een tijdelijke *extra* aftrekpost (in de jaarwinst van de moedermaatschappij) als gevolg van aangekochte *binnenlandse*

³⁶⁹ In het Oostenrijkse recht wordt in plaats van *artikelen* genummerd aan de hand van *paragrafen*. Om verwarring te voorkomen spreek ik van artikelen in plaats van paragrafen.

³⁷⁰ Y. Schuchter, A. Kras, Austria – Corporate Taxation, sec. 2.1(Group treatment), Country Surveys IBFD (bijgewerkt tot 23 mei 2016).

³⁷¹ Y. Schuchter, A. Kras, Austria – Corporate Taxation, sec. 2.1(Group treatment), Country Surveys IBFD (bijgewerkt tot 23 mei 2016) .

deelnemingen. Doordat de faciliteit alleen openstaat voor deelnemingen die in de groepsregeling van art. 9 zijn opgenomen, betekent dit dat hiermee dit voordeel niet openstaat van aankopen van niet in Oostenrijk gevestigde deelnemingen. Wanneer deze ongelijke behandeling van binnenlandse en buitenlandse deelnemingen zou worden geobjectiveerd, zou kunnen worden gesteld dat investeringen in binnenlandse deelnemingen gunstiger worden behandeld dan investeringen in buitenlandse deelnemingen.

§ 5.6.4.3 EU-rechtelijke uitwerking

Het HvJ EU merkt als eerst op dat art. 9, lid 7 van de Oostenrijkse wet een fiscaal voordeel verschafft dat alleen voorbehouden is aan moedermaatschappijen die een deelneming in een ingezetene vennootschap verwerven (r.o. 27). Als gevolg hiervan wordt de vrijheid van vestiging van moedermaatschappijen beperkt om een deelneming in een andere EU-lidstaat willen verwerven (r.o. 29). Vanuit de doelstelling van de regeling ‘het fiscaal stimuleren van groepsvorming (aankoop van deelnemingen) ten opzichte van de aankoop van activa (‘activadeals’), waarop de afschrijving van goodwill wel is toegestaan’, ziet het HvJ bovendien geen objectieve reden om een onderscheid te maken tussen ingezetene en niet-ingezetene (EU)-deelnemingen (r.o. 32). De situaties zijn voor de EU-rechtelijk beoordeling dus objectief vergelijkbaar. Om de belemmering alsnog gerechtvaardigd te krijgen voert de Oostenrijkse regering drie rechtvaardigingsgronden aan:

- 1) de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, (r.o. 40);
- 2) de noodzaak de coherentie van het belastingstelsel te waarborgen (r.o. 43), en;
- 3) het rechtstreekse verband tussen het voordeel en de heffing.(r.o. 45)

Alhoewel de Oostenrijkse regering drie verschillende argumenten lijkt aan te voeren berusten zij alle drie op een eventuele noodzakelijke samenhang. Namelijk:

- 1) de samenhang tussen enerzijds ‘*de goodwill-afschrijving*’ en anderzijds het ‘niet fiscaal kunnen poolen van de resultaten van de buitenlandse dochteronderneming’³⁷² en;
- 2) de samenhang tussen enerzijds weer de ‘*goodwill-afschrijving*’ en anderzijds ‘de latere niet-belastbaarheid van de vervreemdingswinst’. Volgens A-G Kokott is op grond van de Oostenrijkse wetgeving, een latere vervreemding van een niet-ingezetene deelneming niet in Oostenrijk belast, waar de vervreemding van een ingezetene deelneming wel in Oostenrijk is

³⁷² Zie ook overweging 50 van A-G Kokott in de conclusie, volgens Kokott vormt deze relatie evenwel geen rechtvaardigingsgrond

belast, tegen correctie van de totaal afgeschreven goodwill (wat leidt tot een hogere vervreemdingswinst)³⁷³.

Het HvJ overweegt dat het ten aanzien van de evenwichtige heffingsbevoegdheid tussen lidstaten geen gevaren ziet (r.o. 42). In X Holding hebben we eerder gezien dat deze rechtvaardigingsgrond alleen kans van slagen heeft wanneer door willekeur en arbitrage (fiscale planning) de mogelijkheid ontstaat dat groepen in grensoverschrijdend EU-verband groepsverliezen kunnen laten neerslaan in de hoogstbelaste jurisdicties. Ten aanzien van het rechtstreekse verband tussen het jaarlijkse voordeel van de goodwill-afschrijving en het toekomstige compenserende nadeel van een hogere vervreemdingwinst oordeelt het HvJ dat hier *geen* sprake is van rechtstreeks verband. Het HvJ oordeelt dat het voordeel namelijk ‘onmiddellijk’ is, dus op dit moment een belemmering vormt, en de toekomstige compenserende benadeling “*ver in de toekomst ligt en onzeker is*” (r.o. 48).

§ 5.6.4.4 Conclusie Finanzamt Linz-arrest

Een unicum aan dit arrest is dat de samenhang tussen een fiscale bevoordeling ‘*nu*’ en een de compensatie hiervan ‘*later*’ voor het HvJ geen kwalificerende samenhang vertoont volgens het EU-recht. Het HvJ erkent het rechtstreekse verband namelijk wel maar stelt alsnog vast dat er sprake is van een ontoelaatbare beperking van het vestigingsrecht doordat de bevoordeling van ingezetene groepen ‘onmiddellijk’ is en de toekomstige terugname van dit voordeel door een hogere vervreemdingswinst “*ver in de toekomst ligt en onzeker is*”(r.o. 48). In zoverre is er dus eigenlijk alleen sprake van een cashflow-voordeel, alhoewel we ook hiervan, in het arrest *Metallgesellschaft*, hebben gezien dat een cashflow-benadeling een niet te rechtvaardigen beperking vormt van art. 49 VwEU³⁷⁴.

§ 5.7 Conclusie per-element benadering

Het belangrijkste gevolg van de per-element-benadering is dat alle voordelen die volgen uit de toepassing van de fiscale eenheid getoetst kunnen worden aan art. 49 VwEU. Hiermee kijkt het HvJ door een groepsregeling *heen* naar de specifieke voordelen die kunnen ontstaan door toepassing van de regeling. Uiteindelijk is doorslaggevend of zich een bevoordeling voordoet van een interne groepsverhouding, door toepassing van een groepsregime, ten opzichte van een grensoverschrijdende groepsverhouding. Een analogie zou mijn inziens kunnen worden getrokken met de arresten Miljoen

³⁷³ De goodwill-afschrijvingen in ‘huidige’ jaren verhogen dus uiteindelijk wel een latere vervreemding doordat een hogere vervreemdingswinst wordt vastgesteld dan wanneer geen gebruik was gemaakt van de goodwill-afschrijffaciliteit. Hiermee is de goodwill-afschrijving dus eigenlijk geen definitief maar een tijdelijk fiscaal voordeel. Een diepgaander onderzoek naar de werking van de Oostenrijkse vennootschapsbelasting valt echter buiten de reikwijdte van dit onderzoek.

³⁷⁴ HvJ EU 8 maart 2001 C-397/98 en C-410/98 *Metallgesellschaft*, r.o. 30.

en X³⁷⁵ waarin het HvJ voor het vaststellen van de benadeling, *alle* mogelijke elementen meeneemt die invloed hebben op de effectieve belastingdruk tussen ingezeten en niet-ingezeten belastingplichtigen³⁷⁶. Het HvJ lijkt het vrije vestigingsverkeer ten aanzien van grensoverschrijdende groepsvorming als volgt uit te leggen: de belastingdruk van het concern mag niet worden beïnvloed doordat zij grensoverschrijdend actief is. De fiscale-eenheidregeling kent vele voordelen als gevolg van het fictiemechanisme en het non-existent worden van de groepsrelaties. Het gevolg van de per-elementbenadering is dat een belastingplichtige, in een grensoverschrijdende groepsverhouding, steeds weer kan doen *alsof* er een fiscale eenheid tot stand is gekomen, en de voordelen die hieruit zouden volgen, individueel claimen³⁷⁷.

De belangrijkste voordelen liggen in de sfeer van de renteaftrekbepenkingsmaatregelen die door middel van een fiscale eenheid kunnen worden ontlopen.

De belangrijkste hiervan zijn:

1. Art. 131 wet VpB: beperking van overmatige deelnemingsrente (zie §4.3.1)
2. Art. 20, lid 4, Wet VpB: houdsterverliesregeling (zie §4.3.2)

Een ander mogelijk voordeel als gevolg van toepassing van een fiscale eenheid is:

3. Niet kwalificerende beleggingsdeelnemingen ex. art. 13, lid 9 t/m 15 wet VpB³⁷⁸

Deze drie elementen die een voordeel opleveren voor ingezeten groepen laten zich niet rechtvaardigen door de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten. Het toekennen van deze voordelen leidt immers niet tot een risico dat de Nederlandse heffingsgrondslag kan worden uitgehold door mogelijke belastingarbitrage. Deze drie voordelen dienen echter slechts als indicatie van toetsbare fiscale-eenheidvoordelen. Het echte grote probleem dat door de per-elementbenadering namelijk ontstaat is dat grensoverschrijdende groepen steeds weer een vergelijk kunnen maken met de situatie *alsof* zij een fiscale eenheid hadden gevormd. Het bepalen van het voordeel zal hiermee dus ook afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, wat ook zal leiden tot hele casuïstische rechtsbevinding.

³⁷⁵ HvJ EU, 17 september 2015, gevoegde zaken C019/14 (Miljoen) en C 14-14 (X).

³⁷⁶ In casu ging om natuurlijke personen die dividenden ontvingen uit portfolioaandelen wat beschermd wordt door de vrijheid van kapitaal.

³⁷⁷ Zie bijvoorbeeld in de zaak ECLI:NL:HR:2016:1351 waarin de belastingplichtige een fiscale-eenheidvoordeel ziet betrekking tot niet-aftrekbare valutaverliezen die zij op grond van de per-elementbenadering claimt. De HR heeft deze zaak geschorst en drie prejudiciële vragen hieromtrent ingediend bij het HvJ. Omwille van de omvang van dit onderzoek zal hier niet verder op in worden gegaan.

³⁷⁸ Zie D.M. Weber, 'De per element benadering onder het fiscale-eenheidregime nader bezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak', *WFR* 2015/696, par. 5.3.

Hoofdstuk 6 Samenvatting en conclusie

In dit onderzoek stond de volgende vraag centraal:

Is het huidige groepsregime van art. 15 Wet VpB wenselijk om in stand te houden gezien de sterk veranderde economische realiteit sinds het oorspronkelijke wetsontwerp in 1940 en de mogelijke onverwachte impact van het EU-recht?

De fiscale-eenheidregeling is als noodmaatregel ingevoerd om de overgang tussen een lange periode van uitdelingsbelastingen naar de eerste zelfstandige winstbelasting van lichamen in feite ‘te verzachten’. Doordat een uitdelingsbelasting namelijk alleen de uiteindelijke winstuitkeringen door de topholding in de heffing betreft, heeft deze regeling tot gevolg dat groepsvorming op geen enkele wijze wordt belemmerd. Vanuit een economisch perspectief (het welvaartsbeginsel) kan worden geconcludeerd dat een uitdelingsbelasting een zeer neutrale winstbelasting is doordat alleen de bedrijfseconomisch ‘overtollig’ geraakte winsten door uitdeling in de heffing worden betrokken. Hierdoor wordt bedrijfseconomisch handelen en het bedrijfseconomische verschijnsel van groepsvorming, op geen enkele wijze beïnvloed.

Het probleem met een uitdelingsbelasting is echter dat de belastingheffing afhankelijk is gesteld van het winstuitdelingsbeleid waardoor een uitdelingsbelasting niet kan functioneren in de besloten DGA-sfeer. In deze kringen (de niet-beursgenoteerde ondernemingen) leidt een uitdelingsbelasting daarom tot onwenselijke langdurige belastinguitstel die bovendien ook leidt tot het ondermijnen van de budgettaire functie van belastingheffing. Hierdoor werd de Nederlandse wetgever verplicht een zelfstandige winstbelasting van lichamen in te voeren in het Nederlandse fiscale stelsel. Bij deze hervorming faalde de wetgever in zijn fiscale beleid door zich onvoldoende bewust te zijn van de noodzakelijkheid van een aantal kernfaciliteiten waarmee de eerste zelfstandige winstbelasting van lichamen moest worden aangevuld. Uit de vergelijking die is gemaakt tussen een uitdelingsbelasting en een winstbelasting (van lichamen) is namelijk gebleken dat vanuit het welvaartsbeginsel de wetgever verplicht was de winstbelasting aan te vullen met een mogelijkheid voor horizontale verliesverrekening en een mogelijkheid om een herinvesteringsreserve te vormen.

Naar aanleiding van kritiek uit de literatuur op het wetsontwerp Winstbelasting 1940 zag de wetgever de noodzaak in dat een vorm van horizontale verliesverrekening mogelijk moest worden gemaakt. Waarom de wetgever uiteindelijk gekozen heeft voor de fiscale consolidatie als methode hiervoor is in de wetsgeschiedenis niet onderbouwd. De wetgever koos voor een oplossing via de heffingstechniek zonder dat duidelijk was wat het opgaan-in-mechanisme betekende voor de gevoegde

dochtermaatschappij. De fiscale eenheid gaat daarentegen veel verder dan ter verwezenlijking van het doel noodzakelijk is.

De fiscale eenheid is een vergaand fictiemechanisme waarmee de objectieve heffingsgrondslagen van de gevoegde maatschappijen worden samengevoegd met de heffingsgrondslag van de (aan het hoofd van een fiscale eenheid staande) moedermaatschappij. De noodzakelijkheid hiervan vanuit het welvaarsbeginsel is echter beperkt doordat de vennootschapsbelasting een belasting is op kapitaal. Het kernprobleem dat zich voordoet, als gevolg van de zelfstandige belastingplicht, is louter dat horizontale verliesverrekening binnen een groep niet kan plaatsvinden wanneer een van de groepsmaatschappijen verliezen maakt. De wetgever had hier mijn inziens als zodanig in moeten voorzien door een specifieke bepaling in het wetsontwerp Winstbelasting 1940 op te nemen die onder bepaalde voorwaarden een verliesoverdracht mogelijk maakt tussen groepsmaatschappijen.

Het Nederlandse probleem

Binnenlandse problemen als gevolg van het non-existent worden van de deelnemingsrelatie binnen een fiscale eenheid, zijn voornamelijk gelegen op het gebied van renteaftrek. Door middel van een fiscale eenheid kan bijvoorbeeld de eventuele nadelige werking van art. 131 Wet VpB worden ontlopen. Bovendien kan ook art. 20, lid 4 (de houdsterverliesregeling) worden ontlopen door het invoegen van winstgevende activiteiten door middel van een fiscale eenheid. Hiermee kan in feite de gehele 'Bosalreparatie' van de wetgever worden ontlopen. De fiscale eenheid kan bovendien ook als een instrument worden gebruikt in het kader van overnames. De fiscale eenheid creëert namelijk de mogelijkheid dat de overnemende vennootschap een fiscale eenheid kan vormen met de overgenomen winstgevende onderneming. Door de 'grondslagvermenging' als gevolg van de toerekeningsfictie, kunnen de financieringslasten in aftrek komen van de belastbare grondslag van het overgenomen concern. Dit is mijn inziens een onwenselijke uitkomst van de fiscale-eenheidregeling omdat hiermee mogelijk wordt gemaakt dat een overgenomen onderneming zijn eigen overname (deels) financiert en dit uiteindelijk ten koste gaat van de nationale heffingsgrondslag. Dit leidt als zodanig bovendien ook tot het stimuleren van vreemdvermogenfinanciering van overnames.

Het EU-rechtelijke probleem

Doordat het fictiemechanisme meer voordelen met zich mee brengt dan de mogelijkheid tot horizontale verliesverrekening, is de groepsregeling lastig houdbaar in EU-rechtelijk verband. De Nederlandse wetgever is namelijk op grond van art. 49 VwEU verplicht grensoverschrijdende groepsverhoudingen fiscaal op dezelfde wijze te behandelen als groepsverhoudingen tussen ingezetenen. Uit het arrest *Groupe Steria* is vast komen te staan dat elk voordeel *per-element* aan art. 49 VwEU kan worden getoetst. Dit betekent dus dat een grensoverschrijdende groep continu kan *doen alsof* er een fiscale eenheid tot stand is gekomen en alle voordelen die hiermee samenhangen,

individueel kan claimen op grond van art. 49 VwEU. Het HvJ EU kijkt hiermee dus door het fictiemechanisme *heen*. Zoals ik eerder heb betoogd is de enige uitleg die aan art. 49 VwEU kan worden gegeven is dat de belastingdruk van een grensoverschrijdend groepsverhouding niet negatief mag worden beïnvloed doordat in deze grensoverschrijdende situatie geen fiscale eenheid kan worden aangegaan. De enige uitzondering hierop is de horizontale verliesverrekening doordat deze logischerwijs gerechtvaardigd is door de noodzaak de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegd tussen lidstaten te waarborgen. Het gaat hierin dus om alle *andere* voordelen die voortkomen uit het wezen van de fiscale eenheid en dus ook niet kunnen worden gerechtvaardigd door deze rechtvaardigingsgrond. Het rechtstreekse verband tussen voordelen en nadelen die met een groepsregeling samenhangen lijkt het HvJ EU volledig te verwerpen. In Finanzamt Linz was daadwerkelijk sprake van een verband tussen de bevoordeling en een latere terugname van dit voordeel, maar oordeelde het HvJ EU desalniettemin dat geen sprake was van een rechtstreeks verband. Volgens het HvJ EU vormde het feit dat het voordeel onmiddellijk (in het betreffende belastingjaar) werd genoten en het compenserende nadeel pas later tot uiting zou komen, onvoldoende grond om een ‘rechtstreeks verband’ vast te stellen. Vanuit EU-rechtelijk verband is de regeling heirdoor niet houdbaar. Of beter gezegd, van een verregaand fictiemechanisme als dat van de fiscale eenheid kan het bestaansrecht lastig worden gerechtvaardigd binnen een interne markt.

Concluderend kan worden vastgesteld dat de fiscale-eenheidregeling vanuit de historische grondslag, de doelmatigheid van de regeling en de grenzen die door het EU-recht worden opgelegd, niet stand kan houden.

Literatuurlijst

Digitale naslagwerken

- **Kluwer Navigator**
 - Fiscale Encyclopedie De Vakstudie
 - Cursus Belastingrecht
- **IBFD**
 - J. Benamran, France – Corporate Taxation, sec. 8.2.1.2.2 (The neutralization of internal transactions), Country Analysis IBFD
 - J. Benamran, France – Corporate Taxation, sec. 8 (Group Taxation), Country Analysis IBFD
 - P. Burg, France – Corporate Taxation, sec. 2.2 (Intercompany dividends), Country Surveys IBFD
 - Y. Schuchter, A. Kras, Austria – Corporate Taxation, sec. 2.1 (Group treatment), Country Surveys IBFD

Boeken

- J.C.K.W. Bartel, P. Essers, *Belastingaspecten van de opbrengst van (beurs)aandelen*, fiscale Monografieën deel 29, Deventer: Kluwer 2014.
- S.M. Bartman, *Inleiding concernrecht*, Samson H.D. Tjeenk Willink, Alpen aan den Rijn 1987.
- S.M. Bartman, A.F.M. Dorrestijn, *Van het concern*, Kluwer: Deventer 2013.
- R. Barents, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012.
- C.B. Bavinck, *Rapport van de Commissie ter bestudering van de belastingheffing van concerns volgens artikel 15 Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Geschriften van de Vereniging voor belastingwetenschap, No. 199, Deventer: Kluwer 1995.
- P.P.T. Bovend'Eert, *Constitutioneel recht*, 7^e druk, Deventer: Kluwer 2012.
- C. Camfferman, & B.R.C.J. Brand van den, B.R.C.J., *Jaarverslagen van Nederlandse ondernemingen vanaf 1811 tot 2005*. (Broncommentaren, 8) Den Haag: Instituut voor Nederlandse Geschiedenis.
- J. H. Christiaanse. *De deelnemingsvrijstelling* (fiscale Monografie), Deventer-Antwerpen: Kluwer 1962.
- M.H.J. Cobbenhagen, *De verantwoordelijkheid van de onderneming (diss.)*, Rotterdam: 1927.
- R.P. van den Dool, *Compendium Vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu 2015.
- J. A. R. van Eijdsen, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief*, Fed fiscale brochures, Deventer: Kluwer, 2014.

- G. Fitzmaurice, *'Some problems regarding the formal sources of international law'*, *Symbolae Verzijl*, 1985.
- J. A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Kluwer: Deventer 2015.
- E.J.W. Heithuis, R.P. van den Dool, *Compendium Vennootschapsbelasting*, Deventer, Kluwer 2009.
- F. van Horzen, *Verliesverrekening in de vennootschapsbelasting*, Fed Fiscale Brochures, Deventer: Kluwer 2014.
- J.B. Huizink, *Het concern van 2020*, Deventer: Kluwer 2015.
- P.G.M. Jansen, *Beginselen van behoorlijk bestuur in het belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Fiscale & financiële uitgevers 2006.
- Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen na Maastricht*, Kluwer, Deventer, 1995.
- J. Klabbers, *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C Asser Press 2007
- Q.W.J.C.H. Kok, *De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (dissertatie)*, Den Haag: Sdu fiscale en financiële uitgevers 2005.
- W.J. de Langen, *De grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht (deel 2)* Alphen aan den Rijn: N. Samsom Uitgever 1958.
- K. Lenearts, *Europees Recht*, Antwerpen: Intersentia Antwerpen – Cambridge 2011.
- J. van Loon, *De Holdingmaatschappij in het wetsontwerp*, De N.V. van 15 februari 1940.
- J.M. Prinssen,, *Doorwerking van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2004.
- C. van Raad, *Teksten Europees Belastingrecht*, Deventer: 2015 Kluwer.
- M.J.G.C. Raaijmakers, *Joint Ventures*, Kluwer: Deventer 1989.
- K. Rijks, *Het instituut van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Fiscale brochures FED, Deventer: Kluwer 1985.
- P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009.
- P. Van Schilfgaarde, *Vennootschapsrecht na 27 jaren*, Slagterbundel, Deventer: Kluwer 1988.
- J.H.R. Sinnighe Damsté, *De Wet op de dividend- en tantiëmebelasting*, Zwolle: Tjeenk Willink 1925.
- A.J. van Soest, J.B.J. Peeters, *Inleiding tot de kennis van de inkomsten-, vermogens-, en vennootschapsbelasting*, Arnhem: S. Gouda Quint D. Brouwer en zoon – uitgevers 1944.
- A.J. van Soest, *Belastingen*, Deventer: Kluwer 2004.
- A. Schrauwen, Sources of EU law for integration in taxation, in: Traditional and alternative routes to European Tax Integration, editor Dennis Weber, GREIT, IBFD 2010
- A.J. van Soest, *De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting (art. 15 Wet VpB 1969)*, (diss.) FED, Kluwer, Deventer 1983.
- L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001*, Fiscale Handboeken, Kluwer: Deventer 2014.

- L.G.M. Stevens, *Elementair belastingrecht voor economen en bedrijfseconomen*, Deventer: Kluwer 2014.
- J. van Strien, *Renteaftrekbeperkingen in de vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer 2007.
- J.M. Terra, P.J. Wattel, *European Tax law*, Fiscale handboeken, nr. 10, Deventer: Kluwer 2012.
- C.A.E. Uniken Venema, *Op grenzen van komend recht*, Deventer: Kluwer 1969.
- J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Fiscale hand en Studieboeken, Deventer: Kluwer, 2000.
- H. Vording, *Radicale belastinghervorming in Nederland: een mislukte poging (1936-1939)*, Rijkersbundel, Tilburg University, Tilburg 2013.
- R.J. de Vries, *(On)buigzaamheid van de vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2000.
- F.M. Wibaut, *Winstbelasting van naamloze vennootschappen*, Geschriften van de Vereeniging voor Belastingwetenschap, nr. 12, Purmerend: J. Muusses 1930.

Tijdschriften

- M.J. Boer, 'Economisch eigendom voor de fiscale eenheid VpB: 95% waarvan?', *NTFR* 2015/13
- K.M. Braun, 'Fiscaal beleid in Nederland van 1800 tot na 2000', *WFR* 1997/436.
- S. Faber, 'Aspecten van de Nederlandse vestigingsplaatsfictie onder verdragen conform het OESO-Modelverdrag', *WFR* 1985/5679.
- F.A. Engelen, 'De fiscale eenheid als dekmantel voor verboden discriminatie' *NTFR* 2012/102.
- J.A. Fray, 'Goed koopmansgebruik', *WFR* 1995/4270.
- J.W. IJssink, 'De fiscale eenheid', *WFR* 1978 nr. 5368.
- S. Jankie, 'Het arrest-Groupe Steria is irrelevant voor de Nederlandse fiscale eenheid', *WFR* 2016/43.
- E.J.W. Heithuis, 'Het einde van de fiscale eenheid VpB in zicht!', *WFR* 2015/1348
- Q.W.J.C.H. Kok, 'De fiscale eenheid met een buitenlandse moedermaatschappij', *WFR* 2003/1313.
- Q.W.J.C.H. Kok, 'De fiscale eenheid met een buitenlandse dochtermaatschappij', *WFR* 2003/1021.
- Q.W.J.C.H. Kok, 'De fiscale eenheid in het licht van het EU-recht na de arresten Groupe Steria en Finanzamt Linz', *MBB* 2015/12.
- J.J.M. Nijst, 'De Winstbelasting in de praktijk; artikel 27', *MAB*, 18^e jaargang nr. 2
- M. Rasmussen, 'Revolutionizing European law: a history of the Van Gend en Loos judgement, Oxford University': 2014 (oxfordjournals).
- M.H.C. Ruijschop, 'Renteaftrekbeperking overnameholdings', *TFO*, 2012/120.

- M.J.H. Smeets, 'Fiscale aspecten van houdstermaatschappijen (1)', *WFR* 1968.
- Mr. B.A. van Tuijl, 'Fiscale eenheid', *WFR* 1979/336.
- D.M. Weber, 'De per element benadering onder het fiscale-eenheidregime nader bezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak', *WFR* 2015/696.

Kamerstukken

- *Kamerstukken II* 1939/40, 239, nr. 4
- *Kamerstukken II* 1999/00 26854, nr. 3
- *Kamerstukken II* 2000/01, 26 854, nr. 6
- *Kamerstukken I* 2002/03, 26 854, nr. 45a
- *Kamerstukken II*, 2003/04 29210 nr. 8
- *Kamerstukken II* 2003/04 29210, nr. 10
- *Kamerstukken II*, 2005/06, 30572, nr. 3
- *Kamerstukken II* 2007/08, 31205, nr. 9
- *Kamerstukken II*, 2011-12, 33003, nr. 3
- *Kamerstukken I*, 2011/12, 33003, nr. 4
- *Kamerstukken II*, 2014/15, 34267, nr.2
- *Kamerstukken II*, 2015/16, 34 323, nr. 2

Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europees Unie

- HvJ EU februari 1963, C-63, C-26/62 (Van Gend & Loos)
- HvJ EU 1964, 15 juli 1964, C-6-64, (Costa /E.N.E.L.)
- HvJ EU 20 februari 1979, C-120/78 (Cassis de Dijon)
- HvJ EU 19 januari 1982, C-8/81 (Becker)
- HvJ EU 28 januari 1986, zaak C-270/83 (Avoir Fiscal)
- HvJ EU 27 september 1988, C-81/87 (Daily mail)
- HvJ EU 28 januari 1992 C-90 (Bachmann)
- HvJ EU 30 november 1995, C-55/94 (Gebhard)
- HvJ EU 15 mei 1997 C-250/95 (Futura Participations and Singer)
- HvJ EU 16 juli 1998 C-264/96 (ICI)
- HvJ EU 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint-Gobain),
- HvJ EU 13 april 2000, zaak C-251/98 (Baars)
- HvJ EU 6 juni 2000, C-35/98 (Verkooijen).
- HvJ EU 14 december 2000, C-110/99 (Emsland-Stärke)

- HvJ EU 8 maart 2001 C-397/98 en C-410/98 (Metallgesellschaft)
- HvJ EU 18 September 2003 C-168/01 (Bosal Holding BV)
- HvJ EU 13 december 2005, C-446/03 (Marks & Spencer)
- HvJ EU 21 februari 2006, C0255/02 (Halifax)
- HvJ EU 12 september 2006, C-196/04 (Cadbury Schweppes)
- HvJ EU 7 september 2006 C-470/04 (N)
- HvJ EU 13 maart 2007, C-524/04 (Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation)
- HvJ EU 13 maart 2007, C-524/0 (Test Claimants)
- HvJ EU 27 november 2008, C-418/07 (Papillon)
- HvJ EU 16 december 2008, C-210/06 (Cartesio)
- HvJ EU 18 juni 2009, C-303/07 (Aberdeen Property Fininvest Alpha)
- HvJ EU 10 februari 2011, C-436/08 en C-437/08 (Haribo en Salinen)
- HvJ EU 29 november 2011 C-371/10 (National Grid Indus BV)
- HvJ EU 12 juni 2014, C-39/13, C-40/13 en C-41/13 (SCA Holding e.a.)
- HvJ EU 2 september 2015, C-386/14 (Groupe Steria)
- HvJ EU 6 oktober 2015, C-66/14, (Finanzamt Linz)

Jurisprudentie Nederlandse rechtscolleges

- HR 22 februari 1956, nr. 12 518, BNB 1956/132
- HR 27 april 1988, nr. 24 226, BNB 1988/220
- HR 10 maart 1993, nr. 28 139, BNB 1993/196
- HR 10 maart 1993, nr. 29 484, BNB 1993/197
- HR 16 maart 1994, nr. 27 764, BNB 1994/191
- HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW3942
- HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3444
- HR 11 juli 2008, nr. 43 484, BNB 2008/305
- HR 7 januari 2011, nr. 43 484bis, BNB 2011/96
- ECLI:NL:HR:2016:1351

Overige bronnen

- Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011.
- Leidraad bij het Besluit op de Winstbelasting, Resolutie van 5 augustus 1940 nr. 94.
- Brief staatssecretaris van Financiën, 5 december 2009, nr. DB2009/274 M.

Onderzoeken en wetenschappelijke papers

- Coase, R. (1973), The Nature of Firm, *Economica*, Vol. 4 no.16.
- Farschtschian (2006), Hedge Funds and Private Equity: Differences, Similarities and Convergence.
- De Jong, A., Roosenboom, P.G.J., Verbeek, M.J.C.M. & Verwijmeren, P. (2007). *Hedgefondsen en private equity in Nederland*, pagina 13.
- Studiecommissie belastingstelsel, *Continuïteit en vernieuwing, een visie op het belastingstelsel*, Den Haag: 2010.