

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM
Erasmus School of Economics

Bachelor scriptie Fiscale Economie



**Winstdrainage, de per-elementbenadering en de Wet
spoedreparatie fiscale eenheid**

Naam student: Hidde Aarsen
Studentnummer: 388647

Begeleider: L.C. van Hulten MSc
Tweede beoordelaar: Mr. M.P.L. Adriaansen

Rotterdam, 30 juli 2019

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam.

Inhoudsopgave

1. INLEIDING	3
1.1. AANLEIDING EN RELEVANTIE	3
1.2. DE PROBLEEMSTELLING EN DEELVRAGEN	4
1.3. OPZET	4
1.4. AFBAKENING	5
2. ART. 10A WET VPB 1969	6
2.1. INLEIDING	6
2.2. ACHTERGROND EN TOTSTANDKOMING VAN DE BEPALING	6
2.3. DE ACTUELE BEPALING EX. ART. 10A WET VPB 1969	8
2.3.1. <i>De hoofdregel</i>	8
2.3.2. <i>De tegenbewijsregelingen</i>	8
2.3.3. <i>Verbondenheid</i>	9
2.4. SPECIFIEKE ONDERWERPEN	10
2.4.1. <i>Zakelijkheid in geval van paralleliteit bij externe financiering</i>	10
2.4.2. <i>Onzakelijke omleiding</i>	11
2.4.3. <i>Overige onderwerpen in 10a-besluit</i>	11
2.5. TUSSENCONCLUSIE	12
3. DE FISCALE EENHEID	13
3.1. INLEIDING	13
3.2. DE VOORDELEN VAN EEN FISCALE EENHEID	13
3.3. DE WETTELIJKE VEREISTEN VAN VOEGING IN FISCALE EENHEID	13
3.4. DE INVLOED VAN EEN FISCALE EENHEID OP ART. 10A WET VPB 1969	14
3.5. TUSSENCONCLUSIE	16
4. DE 'PER-ELEMENTBENADERING' EN DE WET SPOEDREPARATIE FISCALE EENHEID	17
4.1. INLEIDING	17
4.2. DE 'PER-ELEMENTBENADERING'	17
4.2.1. <i>Aanleiding en betekenis van de 'per-elementbenadering'</i>	17
4.2.2. <i>Het 'Telecomarrest' en de prejudiciële beslissing</i>	20
4.2.3. <i>Voorwaarden voor beroep op de 'per-elementbenadering'</i>	22
4.2.4. <i>Invloed van de 'per-elementbenadering' op art. 10a Wet VpB 1969</i>	24
4.3. DE WET SPOEDREPARATIE FISCALE EENHEID	26
4.3.1. <i>De invloed van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid op de 'per-elementbenadering'</i>	26
4.3.2. <i>De invloed van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid op art. 10a Wet VpB 1969</i>	26
4.4. TUSSENCONCLUSIE	29
5. CONCLUSIE	31
5.1. EINDCONCLUSIE	31
5.2. DISCUSSIE EN AANBEVELINGEN	32
LITERATUURLIJST	34
BESLUITEN VAN DE STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN	34
JURISPRUDENTIE	34
<i>Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen</i>	34
<i>Het Hof van Justitie van de Europese Unie</i>	34
<i>De Hoge Raad</i>	34
LITERATUUR	35
PARLEMENTAIRE STUKKEN	35
<i>De Eerste Kamer der Staten-Generaal</i>	35
<i>De Tweede Kamer der Staten-Generaal</i>	36

1. Inleiding

1.1. Aanleiding en relevantie

In 2016 heeft de Hoge Raad twee verzoeken om een prejudiciële beslissing gedaan bij het Hof van Justitie, betreffende de uitlegging van de verkeersvrijheden opgenomen in de artikelen 49 en 54 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU).¹

De Hoge Raad heeft in twee eerdere zaken² geoordeeld dat belastingplichtigen, door een beroep te doen op de vrijheid van vestiging, niet dezelfde voordelen van afzonderlijke elementen moeten verkrijgen, die verkregen zouden worden als zij in een fiscale eenheid gevoegd zouden zijn. De zogenoemde ‘per-elementbenadering’.³

De aanleiding van de twee verzoeken om een prejudiciële beslissing zijn de arresten ‘Groupe Steria’⁴ en ‘Finanzamt Linz’⁵. De arresten deden twijfel rijzen of de Hoge Raad terecht de ‘per-elementbenadering’ in de eerdere zaken heeft verworpen. Met de beantwoording van de prejudiciële vragen wijkt het Hof van Justitie af van de verwerping van de ‘per-elementbenadering’ in de twee eerdere zaken van de Hoge Raad.⁶ Het Hof van Justitie stelt dat het voor sommige onderdelen van de fiscale eenheid gerechtvaardigd is om buitenlandse entiteiten niet de voordelen te verlenen die binnenlandse entiteiten kunnen verkrijgen. Echter moet per onderdeel worden getoetst of het voordeel wat buitenlandse entiteiten niet kunnen verkrijgen op zichzelf gerechtvaardigd kan worden.⁷ De uitleg van het Hof van Justitie heeft ten gevolge dat een in de Europese Unie gelegen, buiten Nederland gevestigde, vennootschap voor bepaalde onderdelen op eenzelfde manier behandeld moet worden als een vergelijkbare, in Nederland gevestigde vennootschap welke in een fiscale eenheid is gevoegd.

Met de beantwoording van de prejudiciële vragen beslist het Hof van Justitie in wezen dat de ‘per-elementbenadering’ toegepast moet worden. Er dient per element van de fiscale eenheidsregeling te worden beoordeeld of sprake is van een ongelijke behandeling van buitenlandse entiteiten ten opzichte van Nederlandse entiteiten.⁸ De Nederlandse fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting werkt in verschillende bepalingen door. De toepassing van de ‘per-elementbenadering’ beïnvloedt potentieel de werking van enkele van deze bepalingen.⁹ Dit is het geval bij de renteaftrekbepanking die is opgenomen in art. 10a Wet VpB 1969. In deze scriptie zal worden onderzocht welke invloed de beantwoording van de prejudiciële vragen, en dus de toepassing van de ‘per-elementbenadering’ heeft op het toepassingsbereik en de doeltreffendheid van art. 10a Wet VpB 1969.

De doeltreffendheid van het beleid van een regering is de mate waarin, met de getroffen maatregelen, de gewenste resultaten worden behaald.¹⁰ De bepalingen in de belastingwetten kennen verschillende doelen, zo is de renteaftrekbepanking in art. 10a Wet VpB 1969 ook tot stand gekomen om een bepaald doel te behalen.

¹ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:2016:1350.

² HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3537 en HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT5858.

³ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1351.

⁴ HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:2015:524 (*Groupe Steria*).

⁵ HvJ EU 6 oktober 2015, C-66/14, ECLI:EU:C:2015:661 (*Finanzamt Linz*).

⁶ HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1968, r.o. 2.4.1.

⁷ HvJ EU 22 februari 2018, C-398/16, C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 112.

⁸ HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1968, r.o. 2.4.1.

⁹ F.J. Elsweier, *‘De fiscale eenheid bij grensoverschrijdende situaties’*, Thema fiscaal, Deventer: Kluwer 2019.

¹⁰ Algemene Rekenkamer (2005), *Bureau Europees en Rijksbreed Doelmatigheidsonderzoek*, p. 5.

Art. 10a Wet VpB 1969 is een antiwinstdrainageregeling. Winstdrainage houdt kortgezegd in dat de Nederlandse belastinggrondslag, in dit geval de belastbare winst, wordt uitgehold. Uitholling van de belastinggrondslag is het verminderen van de Nederlandse belastbare winst, terwijl daar geen of slechts geringe belastingheffing tegenover staat.¹¹ Art. 10a Wet VpB 1969 betreft een aftrekbeperking voor rente kosten ter zake van schulden van verbonden lichamen die verband houden met één van de ‘besmette’ rechtshandelingen genoemd in het eerste lid, onderdelen a, b en c, behoudens tegenbewijsregelingen.¹² De bepaling is dus antimisbruikwetgeving welke beoogt winstuitholling door middel van renteconstructies tegen te gaan. De ‘besmette’ rechtshandelingen, alsmede schuldverhoudingen worden niet gezien binnen een fiscale eenheid.¹³ De toepassing van de ‘per-elementbenadering’ beperkt daardoor het toepassingsbereik van de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VpB 1969.

Dat de wetgever de beperking van het toepassingsbereik van art. 10a Wet VpB 1969 door de ‘per-elementbenadering’ niet wenselijk acht, kan worden afgeleid uit zijn reactie hierop. De wetgever heeft namelijk het wetsvoorstel ‘wijziging van de Wet VpB 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met enkele spoedreparaties inzake de fiscale eenheid en inzake het herstel van een omissie in de innovatiebox (Wet spoedreparatie fiscale eenheid)’ ingediend. Hiermee beoogt hij de beperking van het toepassingsbereik van, onder andere, art. 10a Wet VpB 1969 tegen te gaan. Het wetsvoorstel heeft geleid tot de wijziging van art. 15 Wet VpB 1969. Het nieuwe, gewijzigde, artikel is vanaf 17 mei 2019 opgenomen in de Wet VpB 1969 en treedt grotendeels met terugwerkende kracht in werking tot en met 1 januari 2018.¹⁴ In deze scriptie zal worden onderzocht welke invloed de toepassing van dit wetsvoorstel heeft op de doeltreffendheid en het toepassingsbereik van art. 10a Wet VpB 1969.

1.2. De probleemstelling en deelvragen

Hoe wordt de doeltreffendheid van art. 10a Wet VpB 1969 beïnvloed door de toepassing van de ‘Wet spoedreparatie fiscale eenheid’?

Het antwoord op de probleemstelling tracht ik te vinden middels de volgende deelvragen:

1. Wat is het doel en de strekking van art. 10a Wet VpB 1969?
2. Hoe wordt de werking van art. 10a Wet VpB 1969 beïnvloed door de Nederlandse fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting?
3. Welk effect heeft de werking van de ‘per-elementbenadering’ en de toepassing van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid op het toepassingsbereik en de doeltreffendheid van art. 10a Wet VpB 1969?

1.3. Opzet

In het tweede hoofdstuk wordt de eerste deelvraag behandeld. Hier wordt uiteengezet wat het doel is van de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VpB 1969 en hoe dit met die bepaling wordt behaald. Het tweede hoofdstuk is daardoor beschrijvend.

Om tot een antwoord op de probleemstelling te komen is, naast de uitleg over art. 10a Wet VpB 1969, ook enige informatie nodig over de werking van de Nederlandse fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting. Dit zal in het derde hoofdstuk aan bod komen met de beantwoording van de tweede deelvraag. Daarnaast wordt het effect van een fiscale eenheid op de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VpB 1969 behandeld. Ook het derde hoofdstuk is voornamelijk beschrijvend.

¹¹ D.G.A. Meijer, *winstdrainage 1.1* (FED fiscale brochures), Deventer: Kluwer 2001.

¹² Artikel 10a Wet VpB 1969.

¹³ Artikel 15 Wet VpB 1969.

¹⁴ *Kamerstukken II 2018/19, 34959, 7, p. 18-19.*

De laatste deelvraag bevat slechts beschrijvende elementen. Deze deelvraag is, afgezien van deze elementen, de kern van het onderzoek en zal in het vierde hoofdstuk worden uitgewerkt en beantwoord. In dit hoofdstuk zal door analytisch onderzoek worden gekeken wat de effecten zijn van de 'per-elementbenadering' en de 'Wet spoedreparatie fiscale eenheid' op het toepassingsbereik en de doeltreffendheid van de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VpB 1969.

1.4. Afbakening

Art. 10a Wet VpB 1969 betreft een uitgebreide renteaftrekbeperking. Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag is niet alle informatie omtrent het artikel van belang. In het tweede hoofdstuk wordt om deze reden slechts de kern van de aftrekbeperking uiteengezet.

Bij de uitwerking van de tweede deelvraag, in het derde hoofdstuk, zal de Nederlandse fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting ex. art. 15 Wet VpB 1969 uiteengezet worden. Het fiscale eenheidsregime is uitgebreid en grotendeels niet van belang voor deze scriptie. Om deze reden zal dit enkel worden behandeld voor zover dit van belang is voor de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VpB 1969. In Nederland zijn twee fiscale eenheden te onderscheiden, die in de Wet VpB 1969 en die in de Wet op de omzetbelasting 1968. In deze scriptie zal enkel de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting worden behandeld. In art. 15 Wet VpB 1969 is de regeling van de fiscale eenheid opgenomen. In art. 15a Wet VpB 1969 een specifieke bepaling voor de fiscale eenheid bij coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen opgenomen. Enkel de fiscale eenheid zoals deze in art. 15 Wet VpB 1969 is opgenomen is voor dit onderzoek van belang. Wanneer in deze scriptie wordt gesproken over een fiscale eenheid, wordt hier de fiscale eenheid van art. 15 Wet VpB 1969 mee bedoeld.

De 'per-elementbenadering' beïnvloedt de werking van tal van bepalingen van de Wet VpB 1969 en Wet op de dividendbelasting 1965.¹⁵ De 'Wet spoedreparatie fiscale eenheid' omvat verschillende wijzigingen van bepalingen van deze wetten die door de toepassing van de 'per-elementbenadering' worden beïnvloed.¹⁶ Bij de uitwerking en beantwoording van de laatste deelvraag komen enkel de onderdelen die van belang zijn voor art. 10a Wet VpB 1969 aan bod.

¹⁵ F.J. Elsweier, *'De fiscale eenheid bij grensoverschrijdende situaties'*, Thema fiscaal, Deventer: Kluwer 2019.

¹⁶ *Kamerstukken I 2018/19, 34959, A.*

2. Art. 10a Wet VpB 1969

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal de eerste deelvraag worden beantwoord, deze luidt: *wat is het doel en de strekking van art. 10a Wet VpB 1969?* Teneinde deze vraag te beantwoorden, zal allereerst de achtergrond en de totstandkoming van het artikel uiteengezet worden.

Art. 10a Wet VpB 1969 is sinds de introductie meerdere malen uitgebreid en gewijzigd. Tevens is de werking en toepassing van verschillende onderdelen van het artikel veranderd door gewezen jurisprudentie en het besluit van de Staatssecretaris van Financiën inzake de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969. Om een beeld te vormen over de reikwijdte van de bepaling zal het huidige artikel uiteengezet worden en zullen enkele van belang zijnde onderwerpen uit de jurisprudentie en het besluit van 25 maart 2013 worden aangehaald.

Eerst zal kort het doel van de bepaling worden beschreven. Daarnaast zal vooral aandacht worden besteed aan hoe de verschillende behandelde onderdelen de werking en reikwijdte van het artikel beïnvloeden. De reden dat hier aandacht aan wordt besteed is om een beeld te schetsen over hoe in het verleden omgegaan is met ontwikkelingen. Als laatste zal in dit hoofdstuk een korte tussenconclusie worden getrokken, waarin het antwoord op de eerste deelvraag zal worden gegeven.

2.2. Achtergrond en totstandkoming van de bepaling

Art. 10a Wet VpB 1969 in zijn oorspronkelijke vorm is geïntroduceerd op 24 december 1996.¹⁷ De Nederlandse wetgever beoogde met het artikel een dreigende aantasting van de Nederlandse belastbare winst te voorkomen.¹⁸ De aantasting, waarbij de Nederlandse belastinggrondslag wordt verminderd terwijl daar geen, of slechts geringe belastingheffing tegenover staat, wordt ook wel 'winstdrainage' genoemd. Winstdrainage werd vóór de ingangsdatum van het artikel bestreden met het leerstuk van *fraus legis* of het leerstuk van de juiste heffing.¹⁹ Het artikel, alsmede het begrip winstdrainage volgt uit de rechtspraak. Art. 10a Wet VpB 1969 is enerzijds een codificatie van de rechtspraak en anderzijds de reparatie van onwenselijke situaties die hieruit voortkwamen.²⁰ Kennis over deze rechtspraak is van belang om het doel van de bepaling te achterhalen. Voor het begrip winstdrainage kan onderscheid worden gemaakt tussen twee vormen. De eerste is met behulp van interne verhangingen en de tweede met behulp van kasrondjes.

Een interne verhangen is de situatie waarbij een in Nederland gevestigde vennootschap binnen concern wordt verhangen, zonder dat sprake is van een wijziging van het uiteindelijke belang en de uiteindelijke zeggenschap. De mogelijkheid tot winstdrainage die dient te worden bestreden ontstaat wanneer voor een interne verhangen een lening wordt aangegaan.²¹ In zo een situatie ontstaat namelijk, zonder dat wezenlijk een verandering plaats vindt, een schuldverhouding tussen verbonden partijen. Zulke kunstmatige constructies kunnen leiden tot geheel of gedeeltelijke verijdeling van de

¹⁷ Art. 10a Wet VpB 1969, historisch, Wolters Kluwer.

¹⁸ *Kamerstukken II 1995/96*, 24696, 3, p. 11.

¹⁹ Strik, *Cursus belastingrecht Vpb.2.2.3.A.b*, (online, bijgewerkt op 10 april 2019).

²⁰ J. van Strien, *renteaftrekbeperkingen in de VPB (fiscale monografieën, nr. 119)*, Deventer: Kluwer 2007, p. 252-253.

²¹ *Kamerstukken II 1995/96*, 24696, 3, p. 14-15.

belasting.²² Om deze reden heeft de Hoge Raad de aftrekbaarheid van de rente kosten bij interne verhangingen beperkt.²³

Van een kasrondje is bijvoorbeeld sprake als een vennootschap door een verbonden lichaam in die vennootschap gestort eigen vermogen terug leent, waardoor een renteverplichting aan een verbonden lichaam ontstaat.²⁴ Kasrondjes die in jurisprudentie voorafgaande aan de introductie van het artikel aan de orde zijn geweest zijn het schuldig blijven van dividenduitkeringen²⁵ aan, of kapitaalstortingen²⁶ in, een verbonden lichaam.

De gewezen jurisprudentie waarbij sprake was van een interne verhangen of een kasrondje heeft niet altijd geleid tot beperking van de renteaftrek. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat indien sprake is van een compenserende heffing over de renteopbrengsten bij het verbonden lichaam, de renteaftrek wel toegestaan is.²⁷ In de gewezen jurisprudentie heeft de Hoge Raad beslist dat aanwezigheid van verrekenbare verliezen bij de crediteur, waardoor de compenserende heffing niet leidt tot daadwerkelijke belastingbetaling, geen invloed heeft op de beoordeling of sprake is van een compenserende heffing.²⁸ De Hoge Raad heeft niet veel later de mogelijkheid tot renteaftrek bij aanwezigheid van een compenserende heffing genuanceerd. Indien bij de crediteur gekochte verliezen aanwezig zijn zal, ook bij aanwezigheid van een compenserende heffing, de rente in aftrek worden beperkt.²⁹

De rechtspraak op het gebied van kasrondjes en interne verhangen wordt met de introductie van het artikel in de wetgeving opgenomen. De Nederlandse wetgever heeft om twee redenen art. 10a Wet VpB 1969 geïntroduceerd. De eerste reden is om de voorheen gewezen jurisprudentie op te nemen in de wet, met als doel duidelijkheid en rechtszekerheid te scheppen. Daarnaast had de wetgever de wens om eerdere in jurisprudentie voorkomende gevallen, waarbij een ander oordeel over de aftrekbaarheid had plaatsgevonden dan de wetgever wenselijk achtte, nu toch in de werking van de antiwinstdrainageregeling mee te kunnen nemen. Dit betreft de arresten waarbij de Hoge Raad stelt dat sprake is van een compenserende heffing, maar waarbij de heffing niet tot feitelijke belastingbetaling leidt door verrekening van verliezen of buitenlandse belastingen.³⁰

Het oorspronkelijke art. 10a Wet VpB 1969 is slechts van toepassing op transacties binnen concern. Met de komst van de Wet werken aan winst, welke sinds 1 januari 2007 van kracht is, is het artikel uitgebreid met externe acquisities die als groepsmaatschappij gaan functioneren. Het huidige art. 10a Wet VpB 1969 is hierdoor een antiwinstdrainageregeling die betrekking heeft op zowel interne transacties als externe acquisities.³¹

²² HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024, r.o. 4.3.3.

²³ HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024 en HR 7 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4049 en HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8423.

²⁴ *Kamerstukken II 1995/96*, 24696, 3, p. 14-15.

²⁵ HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5281.

²⁶ HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8568.

²⁷ HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5286 en HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5281 en HR 27 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1668 en HR 20 september 1995, ECLI:NL:PHR:1995:AA1682.

²⁸ HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5286, r.o. 6.10.

²⁹ HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8568.

³⁰ *Kamerstukken II 1995/96*, 24696, 3, p. 14-15.

³¹ *Kamerstukken II 2005/06*, 30571, 3, p. 20-21.

2.3. De actuele bepaling ex. art. 10a Wet VpB 1969

In art. 10a Wet VpB 1969 is kortgezegd een renteaftrekbepaling opgenomen voor rente kosten ter zake van schulden aan een verbonden lichaam, die verband houden met ‘besmette’ rechtshandelingen, behoudens tegenbewijs omtrent zakelijkheid en compenserende heffing.

In het huidige artikel zijn een aantal onderwerpen te onderscheiden, welke stapsgewijs zullen worden uitgewerkt in de volgende paragrafen. Allereerst zal de hoofdregel uiteengezet worden. De tegenbewijsregelingen zullen hierna worden behandeld. Als laatste zal het begrip ‘verbondenheid’ aan bod komen. Alle drie de onderwerpen zijn van belang om een beeld te krijgen van de reikwijdte van het artikel.

2.3.1. De hoofdregel

In het eerste lid van art. 10a Wet VpB 1969 is de hoofdregel opgenomen: “Bij het bepalen van de winst komen mede niet in aftrek renten – kosten en valutaresultaten daaronder begrepen – ter zake van schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, voor zover die schulden rechtens dan wel in feite direct of indirect verband houden met een van de”³² in onderdeel a, b of c genoemde ‘besmette’ rechtshandelingen.

De in het eerste lid, onderdeel a, b en c opgenomen rechtshandelingen zijn een winstuitdeling, een teruggaaf van gestort kapitaal of een kapitaalstorting, aan of in een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon of de verwerving of uitbreiding van een belang in een lichaam welke hierna een verbonden lichaam is. Dit omvat ook de rechtshandelingen die niet door de belastingplichtige zelf zijn gedaan, maar door een met hem verbonden, Nederlands vennootschapsbelastingplichtig lichaam of een met hem verbonden natuurlijk persoon die in Nederland woont.

In het tweede lid wordt een uitbreiding gemaakt op wanneer sprake is van een verband tussen de lening en de ‘besmette’ rechtshandeling. In dit lid wordt namelijk gesteld dat ook sprake kan zijn van een verband indien de schuld is aangegaan na het verrichten van de rechtshandeling.

2.3.2. De tegenbewijsregelingen

Indien de rente kosten van een belastingplichtige ingevolge art. 10a, lid 1, Wet VpB 1969 in aftrek zouden worden beperkt, zijn er twee mogelijkheden tot tegenbewijs. De twee tegenbewijsregelingen zijn opgenomen in het derde lid van het artikel. Door middel van deze tegenbewijsregelingen tracht de wetgever in wezen enkel bij onzakelijke situaties de rente kosten door toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 in aftrek te beperken. Een belastingplichtige die zich beroept op een tegenbewijsregeling dient aannemelijk te maken dat er sprake is van een situatie die onder de tegenbewijsregeling valt. De belastingplichtige heeft dus, ten aanzien van het tegenbewijs, de bewijslast.³³ Met de uitzondering dat indien voldaan is aan de compenserende heffingstoets de bewijslast van zakelijkheid wordt verschoven naar de inspecteur.³⁴

De eerste tegenbewijsregeling is de dubbele zakelijkheidstoets.³⁵ Om een beroep te kunnen doen op deze tegenbewijsregeling wordt vereist dat aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling beide in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.³⁶ Het bepaalde in dit onderdeel biedt enige ruimte voor aanwezigheid van fiscale overwegingen door te

³² Art. 10a, lid 1, Wet VpB 1969.

³³ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 10a Wet VpB 1969, aant. 15 (online, laatst bijgewerkt op 18 februari 2019).

³⁴ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 10a Wet VpB 1969, aant. 17.4 (online, laatst bijgewerkt op 3 juli 2019).

³⁵ Art. 10a, lid 3, onderdeel a, Wet VpB 1969.

³⁶ HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1460 (*Mauritiusarrest*), r.o. 3.2.2.

stellen dat ‘in overwegende mate’ sprake moet zijn van zakelijke overwegingen. Wanneer in afwezigheid van het fiscale voordeel de rechtshandelingen in een andere vorm of op een andere manier plaats zouden vinden, slaagt een beroep op de dubbele zakelijkheidstoets niet.³⁷ Twee onderwerpen die bij deze regeling van belang zijn, zijn de zakelijkheid in geval van parallelle derde-financiering en de onzakelijke omleiding.³⁸ Deze zullen bij de behandeling van de jurisprudentie en het besluit van de Staatssecretaris van Financiën verder worden uitgewerkt.

De tweede tegenbewijsregeling is de zogenoemde ‘compenserende heffingstoets’.³⁹ Een belastingplichtige die beroep doet op deze regeling dient aannemelijk te maken dat een belasting naar winst of inkomen van ten minste 10% wordt geheven bij degene aan wie de renteopbrengsten uiteindelijk toekomen. De effectieve heffing over de rente is bij dit onderdeel bepalend.⁴⁰ Dit wil zeggen dat de belasting over de rente qua grondslag in combinatie met het tarief ten minste moet leiden tot een heffing zoals deze in Nederland zou plaatsvinden van ten minste 10%.⁴¹ Een volgend onderdeel van de compenserende heffingstoets is dat de heffing per saldo ten minste 10% moet bedragen, zonder dat verder nog sprake is van mogelijke verrekening van verliezen of andersoortige aanspraken. Indien bij de crediteur geen sprake is van verrekening van verliezen of van andersoortige aanspraken uit jaren voorafgaande aan het jaar waarin de schuld is aangegaan wordt ervan uitgegaan dat aan de tegenbewijsregeling is voldaan, mits voldaan is aan de effectieve heffingseis van 10%. Hierbij heeft de inspecteur twee mogelijkheden tot tegenbewijs. Indien hij aannemelijk maakt dat de schuld is aangegaan met het oog op de verrekening van huidige of toekomstige aanspraken, of dat aan de schuld of de verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, is niet voldaan aan de compenserende heffingstoets.⁴² In het ‘Telecomarrest’ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de hoogte van de compenserende heffing in beginsel moet worden getoetst bij degene die de rente rechtstreeks ontvangt. Echter moet de toets op het niveau van de achterliggende crediteur plaatsvinden als de rechtstreekse ontvanger van de rente slechts fungeert als ‘doorgeefluik’.⁴³

2.3.3. Verbondenheid

De bepaling van art. 10a Wet VpB 1969 is ingevoerd met het oog op het bestrijden van kasrondjes en renteconstructies binnen concernverhouding welke de Nederlandse belastinggrondslag uithollen.⁴⁴ De reden dat enkel de situaties binnen concernverhoudingen in het artikel worden opgenomen is dat juist in deze gevallen de mogelijkheid bestaat om naar willekeur onzakelijke constructies op te zetten.⁴⁵ De wetgever bepaalt met behulp van het begrip ‘verbondenheid’ welke situaties als concernverhoudingen worden aangemerkt. In het artikel wordt onderscheid gemaakt tussen twee vormen van verbondenheid. Zo zijn er verbonden lichamen⁴⁶ en verbonden natuurlijke personen⁴⁷.

³⁷ Vakstudie *Vennootschapsbelasting*, art. 10a Wet VpB 1969, aant. 16.2 (online, laatst bijgewerkt op 18 februari 2019).

³⁸ HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2016:640 (*Credit Suisse*) en HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1460 (*Mauritiusarrest*) en Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, Stcrt. 2013, 8768, onderdeel 4.2.2-4.2.3.

³⁹ Art. 10a, lid 3, onderdeel b, Wet VpB 1969.

⁴⁰ *Kamerstukken I* 2006/07, 30572, C, p. 23.

⁴¹ Vakstudie *Vennootschapsbelasting*, art. 10a Wet VpB 1969, aant. 17.1.5 (online, laatst bijgewerkt op 18 februari 2019).

⁴² Art. 10a, lid 3, onderdeel b, Wet VpB 1969.

⁴³ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*), r.o. 2.7.2.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24696, 3, p. 14-15.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 1995/96, 24696, 5, p. 11.

⁴⁶ Art. 10a, lid 4, Wet VpB 1969.

⁴⁷ Art. 10a, lid 5, Wet VpB 1969.

Daarnaast is er een uitbreiding op verbondenheid in geval van een samenwerkende groep⁴⁸ en een uitbreiding bij aanwezigheid van een fiscale eenheid⁴⁹.

De invulling van het begrip verbondenheid voor art. 10a Wet VpB 1969 wordt in de verschillende onderdelen van het artikel vrij uitgebreid bepaald. Van een met de belastingplichtige verbonden lichaam is kort gezegd sprake als het gaat om een lichaam waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft of als dit lichaam voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige. De nadere invulling van het begrip verbondenheid is voor deze scriptie niet van belang.

2.4. Specifieke onderwerpen

Naast het bepaalde in art. 10a Wet VpB 1969 zijn er enkele aanvullende bronnen die invloed hebben op de toepassing van het artikel. Deze onderwerpen volgen uit jurisprudentie en uit het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013. Om een beeld te schetsen van de reikwijdte van het artikel zullen deze in de volgende paragrafen uiteengezet worden.

Allereerst zal de externe financiering en parallelliteit worden behandeld. Art. 10a, lid 3, onderdeel a, Wet VpB 1969 is inmiddels aangepast, waardoor dit onderwerp geen invloed meer heeft op de toepassing van het artikel. De reden dat dit toch zal worden uitgewerkt is omdat hierdoor een beeld kan worden gevormd over hoe in het verleden omgegaan is met ontwikkelingen. Vervolgens zal de onzakelijke omleiding aan bod komen. De parallele financiering en de onzakelijke omleiding volgen beide uit jurisprudentie en het besluit. Als laatste zullen enkele andere, in het besluit opgenomen, onderdelen aangehaald worden.

2.4.1. Zakelijkheid in geval van parallelliteit bij externe financiering

Parallelliteit tussen de lening binnen concern en de externe lening duidt op aanwezigheid van dubbele zakelijkheid.⁵⁰ Een lening die uiteindelijk extern is aangegaan is dus voor de aanwezigheid van dubbele zakelijkheid voldoende, ongeacht of de rechtshandeling in werkelijkheid zakelijk is. Het voorgaande wordt nogmaals bevestigd door de uitspraak van de Hoge Raad in het zogenoemde 'Credit Suisse' arrest.⁵¹ Om te beoordelen of de leningen parallel zijn moeten kenmerken van de leningen worden getoetst aan die genoemd in het 'Telecomarrest'. In dit arrest worden looptijd, aflossingsschema, rentevergoeding, omvang en tijdstip van aangaan van de leningen genoemd als te toetsen kenmerken.⁵²

Met ingang van 1 januari 2018 is de bepaling van de dubbele zakelijkheidstoets in het derde lid van art. 10a Wet VpB 1969 gewijzigd. De wetgever heeft hiermee de werking van de toets, in geval van parallelliteit bij externe financiering, aangescherpt. Deze wetwijziging is de reactie van de wetgever op de uitspraak van de Hoge Raad in het 'Credit Suisse' arrest. De wetgever heeft om twee redenen de wijziging doorgevoerd. Ten eerste het bestrijden van de volgens hem onwenselijke situaties waarbij rente niet in aftrek werd beperkt bij indirect van derden ingeleende gelden, terwijl sprake is van onzakelijke beweegredenen. Ten tweede uit budgettaire overwegingen.⁵³ Sinds de wijziging geldt dat ook bij uiteindelijk extern ingeleende gelden moet worden getoetst of de rechtshandeling zakelijk is, om met succes een beroep te kunnen doen op de tegenbewijsregeling.⁵⁴

⁴⁸ Art. 10a, lid 6, Wet VpB 1969.

⁴⁹ Art. 10a, lid 7, Wet VpB 1969.

⁵⁰ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, Stcrt. 2013, 8768, onderdeel 4.2.2.

⁵¹ HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2016:640 (*Credit Suisse*), r.o. 2.4.5.3.

⁵² HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*), r.o. 2.7.3.

⁵³ *Kamerstukken II 2017/18*, 34785, 3, p. 6.

⁵⁴ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 10a Wet VpB 1969, aant. 16.4.1 (online, laatst bijgewerkt op 18 februari 2019).

2.4.2. Onzakelijke omleiding

Bij de dubbele zakelijkheidstoets geldt dat de belastingplichtige keuzevrijheid heeft in de vorm van financiering van een vennootschap waarin zij deelneemt.⁵⁵ Echter geldt dat niet aan de dubbele zakelijkheidstoets is voldaan als sprake is van een onzakelijke omleiding.⁵⁶ De betekenis van het begrip onzakelijke omleiding volgt uit voorbeelden uit de parlementaire behandeling⁵⁷, het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën⁵⁸ en gewezen jurisprudentie. De uitspraak van de Hoge Raad in het 'Mauritius arrest' creëert meer duidelijkheid over hoe de beperking van de dubbele zakelijkheid door de onzakelijke omleiding toegepast dient te worden.⁵⁹ In dit arrest beslist de Hoge Raad dat de belastingplichtige in geval van rechtstreekse financiering keuzevrijheid heeft bij de vorm van financiering.⁶⁰ Als echter niet rechtstreeks gefinancierd wordt, maar de financiering via een fiscaal gedreven omweg⁶¹ plaatsvindt, dan slaagt een beroep op de dubbele zakelijkheidstoets niet.⁶²

2.4.3. Overige onderwerpen in 10a-besluit

In hoofdstuk twee van het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013 wordt voor enkele, erg specifieke gevallen bepaald hoe art. 10a Wet VpB 1969 dient te worden toegepast. Hoewel dit specifieke gevallen betreft, heeft het bepaalde wel invloed op het toepassingsbereik van het artikel. Om die reden zullen deze gevallen kort worden aangehaald in deze paragraaf.

Als bij oprichting van een vennootschap de kapitaalstorting van de oprichtende vennootschap schuldig wordt gebleven is sprake van een situatie die binnen het toepassingsbereik van art. 10a Wet VpB 1969 valt. De schuldig gebleven kapitaalstorting is een schuld, daarnaast zijn twee 'besmette' rechtshandelingen te onderscheiden. De eerste rechtshandeling is de kapitaalstorting in een verbonden lichaam, dus een rechtshandeling als opgenomen in het eerste lid onderdeel b van het artikel. De tweede rechtshandeling is de verwerving van een belang in het nieuw opgerichte lichaam, welke hierna een verbonden lichaam is. Dit is een rechtshandeling als opgenomen in het eerste lid onderdeel c van het artikel. Als de kapitaalstorting schuldig wordt gebleven moet de bepaling van art. 10a Wet VpB 1969 dus worden doorlopen om te bepalen of sprake is van een aftrekbeperking.⁶³

Een volgend geval wat wordt genoemd in het besluit is de vervanging van de schuldeiser. Op het moment van het vervangen van de schuldeiser moet art. 10a Wet VpB 1969 opnieuw worden getoetst. Het kan zo zijn dat een voorheen zakelijke schuld niet meer zakelijk is na vervanging van de schuldeiser of een voorheen onzakelijke schuld na vervanging zakelijk wordt.⁶⁴

Om misbruik tegen te gaan is in het besluit opgenomen dat indien sprake is van verwerving van een belang in delen, mits hierbij sprake is van een samenstel van rechtshandelingen, alle rechtshandelingen onder het eerste lid onderdeel c kunnen vallen. Zonder deze specifieke bepaling zou het, door een rechtshandeling in delen plaats te laten vinden, mogelijk zijn om (deels) de

⁵⁵ HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:224, r.o. 3.4.

⁵⁶ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, Stcrt. 2013, 8768, onderdeel 4.2.3.

⁵⁷ *Kamerstukken I* 2006/07, 30572, F, p. 4.

⁵⁸ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, Stcrt. 2013, 8768, onderdeel 4.2.3.

⁵⁹ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 10a Wet VpB 1969, aant. 16.4.2 (online, laatst bijgewerkt op 18 februari 2019).

⁶⁰ HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1460 (*Mauritiusarrest*), r.o. 3.1.3.

⁶¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, 8, p. 46.

⁶² *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 10a Wet VpB 1969, aant. 16.4.2 (online, laatst bijgewerkt op 18 februari 2019).

⁶³ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, Stcrt. 2013, 8768, onderdeel 2.1.

⁶⁴ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, Stcrt. 2013, 8768, onderdeel 2.2.

aftrekbeperking te ontgaan. Dit aangezien het artikel alleen betrekking heeft op rechtshandelingen met verbonden lichamen.⁶⁵

Als laatste wordt de situatie genoemd waarbij het belang in een verbonden lichaam wordt verkocht. Het verband tussen de schuld en de 'besmette' rechtshandeling zal door verkoop niet worden verbroken. Verkoop van het belang zal dus niet tot gevolg hebben dat de aftrekbeperking niet meer van toepassing is. Wel wordt goedgekeurd dat art. 10a Wet VpB 1969 achterwege blijft, voor zover de verkoop tot baten leidt welke naar Nederlandse maatstaven redelijk worden belast.⁶⁶

2.5. Tussenconclusie

Art. 10a Wet VpB 1969 is ingevoerd om op grond van een wettelijke bepaling onzakelijke uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag te bestrijden. De uitholling, ook wel winstdrainage genoemd, is de situatie waarbij winst door kunstmatige structuren op te zetten over wordt gebracht naar landen met een laag winstbelastingtarief. Het artikel ziet op het bestrijden van kasrondjes en interne verhangingen binnen concern, waarbij schuldverhoudingen met verbonden partijen worden gecreëerd. De winstdrainage werd voor de introductie van het artikel bestreden met het leerstuk van *fraus legis* en het leerstuk van de *richtige heffing*. De wetgever beoogt met de invoering van het artikel winstdrainage te bestrijden op grond van een wettelijke bepaling. Het artikel is enerzijds een codificatie van de eerder gewezen winstdrainage jurisprudentie en anderzijds een wijziging op enkele, volgens de wetgever onwenselijke, situaties welke uit de jurisprudentie volgde. Het artikel is met de komst van de Wet werken aan winst uitgebreid. Sinds deze uitbreiding bestrijdt het artikel, naast winstdrainage door middel van interne transacties, ook winstdrainage door middel van externe acquisities.

Zakelijk handelen (waarbij wordt aangenomen dat hiervan sprake is als compenserende heffing plaatsvindt) niet onder de toepassing van de bepaling dient te vallen. Om die reden zijn tegenbewijsregelingen in het artikel opgenomen.

De Hoge Raad en het Ministerie van Financiën hebben in enkele situaties bepaald wanneer sprake is van zakelijk handelen. Uit het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013 volgt dat in geval van paralleliteit bij externe financiering de zakelijkheid wordt aangenomen. Dit is later nogmaals bevestigd door de Hoge Raad in het 'Credit Suisse arrest'. De wetgever vond dit onwenselijk en heeft met een aanpassing van de bepaling deze op het punt van de parallelle externe financiering strikter gemaakt. Na deze wijziging dient ook in het geval van aanwezigheid van parallelle financiering de dubbele zakelijkheid aannemelijk te worden gemaakt. Een ander punt waarop het Ministerie het begrip zakelijkheid vorm heeft gegeven is de onzakelijke omleiding. Het Ministerie heeft in haar besluit van 25 maart 2013 opgenomen dat niet wordt voldaan aan de dubbele zakelijkheidstoets indien sprake is van een onzakelijke omleiding, zijnde een fiscaal gedreven omweg van de financiering. Wederom wordt hierdoor de toepassing van de bepaling strenger.

Als laatste de specifieke gevallen uit het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, opgenomen in paragraaf 2.3.3. Hierbij wordt uitleg gegeven over hoe de bepaling in deze gevallen toegepast dient te worden en bij de verwerving van een belang in delen wordt zelfs een uitbreiding gemaakt op het artikel.

Concluderend, de veranderingen met betrekking tot art. 10a Wet VpB 1969 hebben het toepassingsbereik ervan vergroot. Deze conclusie is van belang om mee te nemen in dit onderzoek, aangezien later de recente en mogelijk toekomstige ontwikkelingen zullen worden behandeld.

⁶⁵ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, Stcrt. 2013, 8768, onderdeel 2.4.

⁶⁶ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, Stcrt. 2013, 8768, onderdeel 2.5.

3. De fiscale eenheid

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal de tweede deelvraag worden beantwoord, deze luidt: *hoe wordt de werking van art. 10a Wet VpB 1969 beïnvloed door de Nederlandse fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting?* Om deze vraag te beantwoorden zal de werking van de Nederlandse fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, alsmede de invloed hiervan op de aftrekbeperking van art. 10a Wet VpB 1969 worden uitgewerkt. De wettelijke bepalingen met betrekking tot de fiscale eenheid zijn talrijk en grotendeels niet van belang voor deze scriptie. Om deze reden zal in dit hoofdstuk het fiscale eenheidsregime slechts beperkt uiteengezet worden. Eerst zullen de voordelen van de fiscale eenheid worden genoemd. Daarnaast is enige kennis over de wettelijke vereisten voor voeging in een fiscale eenheid van belang. De ‘per-elementbenadering’ kan immers slechts toegepast worden op entiteiten die vergelijkbaar zijn met maatschappijen in een fiscale eenheid, maar waarbij het niet mogelijk is om gevoegd te worden in een fiscale eenheid.⁶⁷ Vervolgens zal de invloed van de fiscale eenheid op de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VpB 1969 aan bod komen. Dit hoofdstuk zal afgesloten worden met een korte tussenconclusie.

3.2. De voordelen van een fiscale eenheid

De maatschappijen in een fiscale eenheid worden voor de vennootschapsbelasting behandeld alsof zij één belastingplichtige zijn.⁶⁸ Dit brengt verschillende voordelen met zich mee. Allereerst het administratieve voordeel. De belasting van de gehele fiscale eenheid wordt geheven bij de moedermaatschappij. Zij doet voor de gehele fiscale eenheid aangifte, waardoor slechts één aangifte vennootschapsbelasting hoeft te worden ingediend. De mogelijkheden met betrekking tot verliesverrekening zijn een volgend voordeel van de fiscale eenheid. Afgezien van specifieke bepalingen met betrekking tot voorvoegingswinsten en -verliezen, kan een gevoegde maatschappij zijn verlies verrekenen met winsten van andere gevoegde maatschappijen in de fiscale eenheid. Een derde voordeel zijn de mogelijkheden tot reorganisatie. Binnen de fiscale eenheid zijn verschuivingen tussen de gevoegde maatschappijen niet zichtbaar. Hierdoor hoeven onzakelijke transacties niet te worden gecorrigeerd en hoeft er niet te worden afgerekend over boekwinsten. Als laatste kan de behandeling als ware de maatschappijen één belastingplichtige zijn voordelen met zich meebrengen voor specifieke bepalingen binnen de vennootschapsbelasting.

3.3. De wettelijke vereisten van voeging in fiscale eenheid

Bij de toepassing van de ‘per-elementbenadering’ te worden bepaald of de voordelen die Nederlandse entiteiten kunnen verkrijgen door voeging in een fiscale eenheid ook van toepassing moeten zijn op buitenlandse entiteiten die niet gevoegd kunnen worden in een fiscale eenheid. Enkel wanneer een buitenlandse entiteit voldoende vergelijkbaar is met een entiteit die gevoegd kan worden in een fiscale eenheid, kan de ‘per-elementbenadering’ toegepast worden. Bij grensoverschrijdende situaties moet dus voldaan zijn aan zekere vereisten van voeging in een fiscale eenheid om eventueel ook aanspraak te kunnen maken op de voordelen. Om die reden zullen de vereisten van voeging in een fiscale eenheid verder worden uitgewerkt.

Het bezitsvereiste vormt de kern van het fiscale eenheidsregime. In de fiscale eenheid wordt de belasting van de verschillende maatschappijen geheven alsof er één belastingplichtige is.⁶⁹ Pas als

⁶⁷ HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16, C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 36 en 37.

⁶⁸ Art. 15, lid 1 en lid 2, Wet VpB 1969.

⁶⁹ Art. 15, lid 1 en lid 2, Wet VpB 1969.

sprake is van een grote mate van verbondenheid is dit in lijn met de economische realiteit.⁷⁰ De vereiste mate van verbondenheid is in de vorm van het bezitsvereiste opgenomen in de wettelijke bepaling. Geëist wordt dat de moedermaatschappij de gehele juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95% van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van de betrokken dochtermaatschappij(en) en dit bezit ten minste 95% van de statutaire stemrechten vertegenwoordigd en in alle gevallen recht geeft op ten minste 95% van de winst en ten minste 95% van het vermogen.⁷¹ In het Besluit FE 2003 zijn voor enkele specifieke situaties regelingen opgenomen, zo is er een bepaling voor aandelen met bijzondere rechten⁷² en voor het geval waarbij het tijdstip van de juridische levering van het belang afwijkt van dat van de economische levering⁷³.

Een tweede vereiste voor voeging in een fiscale eenheid is dat de fiscale eenheid slechts tot stand komt als de betrokken maatschappijen hier gezamenlijk om verzoeken.⁷⁴ Uit het bepaalde volgt dat voeging in een fiscale eenheid geen verplichting is, aangezien de belastingplichtigen hiertoe moeten verzoeken. Het verzoek moet worden gedaan bij de inspecteur van de moedermaatschappij. De inspecteur beslist vervolgens bij voor bezwaar vatbare beschikking.⁷⁵

Voor voeging in een fiscale eenheid zijn aan de rechtsvorm van de moedermaatschappij⁷⁶ en dochtermaatschappij(en)⁷⁷ vereisten verbonden. Naast de genoemde rechtsvormen kunnen de moedermaatschappij en dochtermaatschappij(en) ook naar buitenlands recht opgerichte lichamen zijn welke naar aard en inrichting vergelijkbaar zijn met een naar Nederlands recht opgerichte naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Om te bepalen of een lichaam naar aard en inrichting vergelijkbaar is met de Nederlandse rechtsvormen dienen verschillende kenmerken van het lichaam te worden getoetst.⁷⁸

Naast de hiervoor genoemde eisen kent art. 15 Wet VpB 1969 additionele vereisten voor voeging in fiscale eenheid. De boekjaren van de betrokken maatschappijen dienen gelijk te zijn.⁷⁹ Voor het bepalen van de winst van de te voegen maatschappijen moeten dezelfde bepalingen van toepassing zijn.⁸⁰ De maatschappijen moeten feitelijk in Nederland zijn gevestigd.⁸¹ Met betrekking tot het laatste vereiste is een afwijkende situatie mogelijk. Als een maatschappij niet in Nederland is gevestigd, maar hier wel een onderneming drijft met behulp van een vaste inrichting, kan deze ook worden gevoegd in een fiscale eenheid voor zover het heffingsrecht over de winst uit die onderneming aan Nederland toekomt.⁸²

3.4. De invloed van een fiscale eenheid op art. 10a Wet VpB 1969

Als voldaan is aan de in de vorige paragraaf opgenomen vereisten van voeging in fiscale eenheid zullen de betrokken maatschappijen samen een fiscale eenheid vormen. In het gezamenlijke verzoek van de betrokken maatschappijen dient te worden aangegeven op welk tijdstip de fiscale eenheid tot

⁷⁰ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 15 Wet VpB 1969, aant. 2.2 (online, laatst bijgewerkt op 23 mei 2019).

⁷¹ Art. 15, lid 1 en lid 2 Wet VpB 1969.

⁷² Art. 2 Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 december 2002, Stb. 2002, 646.

⁷³ Art. 4 Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 december 2002, Stb. 2002, 646.

⁷⁴ Art. 15, lid 1 en lid 2, Wet VpB 1969.

⁷⁵ Art. 15, lid 12, Wet VpB 1969.

⁷⁶ Art. 15, lid 4, onderdeel d, Wet VpB 1969.

⁷⁷ Art. 15, lid 4, onderdeel e, Wet VpB 1969.

⁷⁸ Art. 3 Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 december 2002, Stb. 2002, 646.

⁷⁹ Art. 15, lid 3, onderdeel a, Wet VpB 1969.

⁸⁰ Art. 15, lid 3, onderdeel b, Wet VpB 1969.

⁸¹ Art. 15, lid 3, onderdeel c, Wet VpB 1969.

⁸² Art. 15, lid 8, Wet VpB 1969.

stand komt.⁸³ Vanaf het tijdstip dat de fiscale eenheid tot stand is gekomen worden de gevoegde maatschappijen voor de vennootschapsbelasting belast alsof er één belastingplichtige is. De belastingheffing van de fiscale eenheid vindt plaats bij de moedermaatschappij door de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij(en) toe te rekenen aan de moedermaatschappij.⁸⁴

Toerekenen van de werkzaamheden en het vermogen van alle betrokken maatschappijen aan de moedermaatschappij heeft tot gevolg dat voor de heffing van de vennootschapsbelasting sprake is van één resultatenrekening en één balans. Alle activa en passiva van de fiscale eenheid samen komen hierop tot uitdrukking. Onderlinge vorderingen en schulden, alsmede onderlinge aandeelhoudersrelaties tussen de gevoegde maatschappijen bestaan niet voor de heffing van de vennootschapsbelasting.⁸⁵ Zoals in paragraaf 2.3.1 is behandeld vindt de renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VpB 1969 slechts toepassing als sprake is van een schuld en een daarmee verband houdende 'besmette' rechtshandeling. Van onderlinge vermogensrelaties binnen een fiscale eenheid is geen sprake, waardoor mogelijk de werking van de renteaftrekbeperking wordt beïnvloed.

Er zijn twee situaties te onderscheiden waardoor de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 mogelijk wordt beïnvloed. De eerste is de situatie waarbij een onderlinge vordering en schuld tussen twee maatschappijen door aanwezigheid van de fiscale eenheid niet tot uiting komt. Daarnaast is een mogelijke situatie dat een besmette rechtshandeling van de ene gevoegde maatschappij in of aan een andere gevoegde maatschappij door aanwezigheid van een fiscale eenheid niet zichtbaar is.

De situatie waarbij een onderlinge vordering en schuld niet tot uiting komt heeft in beginsel mogelijk effect op de toepasbaarheid van de renteaftrekbeperking. Als de schuld verband houdt met een 'besmette' rechtshandeling zou dit immers, bij afwezigheid van de fiscale eenheid, een situatie zijn die onder de hoofdregel van art. 10a Wet VpB 1969 valt.⁸⁶ Een fiscale eenheid is slechts mogelijk met feitelijk in Nederland gevestigde lichamen of in Nederland gevestigde vaste inrichtingen van buitenlandse lichamen.⁸⁷ Door dit feit zal een dergelijk geval vaak voldoen aan de compenserende heffingstoets.⁸⁸ De heffing over de rente opbrengsten vindt immers in Nederland plaats, waardoor dit een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing betreft. Enkel wanneer de maatschappij aan wie de rente-inkomsten toekomen nog te verrekenen verliezen heeft of wanneer de inspecteur aannemelijk maakt dat de lening is aangegaan met het oog op het verrekenen van huidige of verwachte toekomstige verliezen, dan wel dat aan de lening of de daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen is in een zuiver binnenlandse situatie niet voldaan aan de compenserende heffingstoets.⁸⁹ In dat geval heeft voeging in een fiscale eenheid, waardoor de onderlinge schuldverhouding niet meer zichtbaar is, wel effect op de toepasbaarheid van de renteaftrekbeperking. Het voorgaande leidt ertoe dat de situatie waarbij een onderlinge vordering en schuld niet tot uiting komt door aanwezigheid van een fiscale eenheid slechts in uitzonderingsgevallen invloed heeft op de toepasbaarheid van de renteaftrekbeperking.

Vervolgens de situatie waarbij een rechtshandeling binnen de fiscale eenheid niet zichtbaar is. Zonder aanwezigheid van de fiscale eenheid zou sprake zijn van een dividenduitkering of kapitaalstorting van één entiteit aan of in de andere entiteit. Door aanwezigheid van de fiscale

⁸³ Art. 15, lid 9, Wet VpB 1969.

⁸⁴ Art. 15, lid 1 en lid 2, Wet VpB 1969.

⁸⁵ Strik, *Cursus belastingrecht Vpb.2.9.1.B.b3.III*, (online, bijgewerkt op 18 februari 2019).

⁸⁶ Art. 10a, lid 1, Wet VpB 1969.

⁸⁷ Art. 15, lid 3 onderdeel c en lid 8, Wet VpB 1969 en paragraaf 3.3.

⁸⁸ Art. 10a, lid 3, onderdeel b, Wet VpB 1969.

⁸⁹ Art. 10a, lid 3, onderdeel b, Wet VpB 1969 en paragraaf 2.3.2.

eenheid is slechts sprake van een verschuiving binnen de fiscale eenheid. Voor de heffing van de vennootschapsbelasting wordt de verschuiving niet gezien. Daarnaast is het mogelijk dat een entiteit zijn belang in een andere entiteit uitbreidt, aangezien een fiscale eenheid al mogelijk is bij een belang van 95%. Zonder fiscale eenheid zou dit een 'besmette' rechtshandeling zijn. Binnen fiscale eenheid wordt gedaan alsof er één belastingplichtige is, waardoor de uitbreiding van het belang niet zichtbaar is. Als de rechtshandeling verband houdt met een schuld zou dit bij afwezigheid van de fiscale eenheid leiden tot een beperking van de renteaftrek op grond van art. 10a Wet VpB 1969, behoudens de tegenbewijsregelingen. Als de rechtshandeling binnen fiscale eenheid plaatsvindt heeft dit tot gevolg dat het artikel geen toepassing vindt. De rechtshandeling wordt immers niet gezien, waardoor geen sprake is van een situatie die onder de hoofdregel van de aftrekbeperking valt.⁹⁰

3.5. Tussenconclusie

Indien entiteiten voldoen aan de vereisten van voeging in een fiscale eenheid kunnen zij op gezamenlijk verzoek een fiscale eenheid aangaan. Voor de heffing van de vennootschapsbelasting worden de in fiscale eenheid gevoegde maatschappijen behandeld alsof er één belastingplichtige is. De werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappijen worden toegerekend aan de moedermaatschappij, waar de belasting wordt geheven. Omdat wordt gedaan alsof er slechts één belastingplichtige is, worden onderlinge vermogensverhoudingen en schuldverhoudingen niet gezien.

De renteaftrekbeperking van art. 10a Wet VpB 1969 vindt pas toepassing bij aanwezigheid van een schuld welke verband houdt met een 'besmette' rechtshandeling. De onderlinge verhoudingen binnen fiscale eenheid worden niet gezien, waardoor voeging in fiscale eenheid mogelijk invloed heeft op de toepasbaarheid van de aftrekbeperking. Hierbij zijn twee situaties mogelijk, ten eerste de situatie waarbij de onderlinge schuldverhouding niet zichtbaar is binnen fiscale eenheid en ten tweede de situatie waarbij de rechtshandeling niet wordt gezien. Bij afwezigheid van een schuld of een 'besmette' rechtshandeling vindt art. 10a Wet VpB 1969 geen toepassing. Voeging in een fiscale eenheid kan als gevolg hebben dat rente kosten niet in aftrek worden beperkt, terwijl dit in afwezigheid van de fiscale eenheid wel het geval zou zijn. De toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 wordt in zekere gevallen dus beperkt door het fiscale eenheidsregime.

⁹⁰ Art. 10a, lid 1, Wet VpB 1969.

4. De ‘per-elementbenadering’ en de Wet spoedreparatie fiscale eenheid

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk tracht ik tot een antwoord te komen op de derde deelvraag, deze luidt: *Welk effect heeft de werking van de ‘per-elementbenadering’ en de toepassing van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid op het toepassingsbereik en de doeltreffendheid van art. 10a Wet VpB 1969?* Om deze vraag te beantwoorden zal ik eerst de achtergrond en de betekenis van de ‘per-elementbenadering’ uitwerken. Vervolgens onderzoek ik de invloed van de ‘per-elementbenadering’ op art. 10a Wet VpB 1969. De wetgever heeft, als reactie op de invloed van de ‘per-elementbenadering’, een wetswijziging doorgevoerd. De invloed van de wetswijziging, de Wet spoedreparatie fiscale eenheid, op art. 10a Wet VpB 1969 zal ik in dit hoofdstuk uiteenzetten. Als laatste zal ik een korte tussenconclusie trekken, waarbij het antwoord op de deelvraag zal worden gegeven.

4.2. De ‘per-elementbenadering’

De Hoge Raad heeft naar aanleiding van twee zaken besloten prejudiciële vragen te stellen.⁹¹ In de beantwoording van prejudiciële vragen heeft het Hof van Justitie in wezen geoordeeld dat de ‘per-elementbenadering’ toegepast dient te worden op voordelen van de fiscale eenheid. Het ‘Telecomarrest’ zal in dit hoofdstuk worden uitgewerkt, dit arrest heeft immers mede geleid tot de toepassing van de ‘per-elementbenadering’ en daarnaast betreft het een situatie die binnen het bereik van art. 10a Wet VpB 1969 valt. Het antwoord van het Hof van Justitie op de prejudiciële vraag zal hierbij ook aan bod komen. Om met succes een beroep te doen op de ‘per-elementbenadering’ met betrekking tot een art. 10a Wet VpB 1969 situatie moet aan verschillende voorwaarden worden voldaan, deze voorwaarden zullen uiteengezet worden. Naast het effect van de ‘per-elementbenadering’ op de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 in de specifieke situatie zoals in het ‘Telecomarrest’ aan de orde was, zal het effect hiervan op het artikel op meer algemene wijze worden uitgewerkt.

4.2.1. Aanleiding en betekenis van de ‘per-elementbenadering’

De aanleiding tot de toepassing van de ‘per-elementbenadering’ vindt zijn grondslag in het Europese recht, in het bijzonder in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VwEU). Op grond van het VwEU geldt voor entiteiten vrijheid van vestiging binnen de EU.⁹² Vrijheid van vestiging houdt in dat onderdanen, daaronder begrepen entiteiten, niet nadelig dienen te worden behandeld ten opzichte van binnenlandse entiteiten indien zij gevestigd zijn in een lidstaat van de EU. Het betreft een non-discriminatiebepaling op basis van vestigingsplaats. Echter, aangezien de vrijheid van vestiging mogelijk tot onwenselijke situaties voor de belastingheffing van lidstaten leidt, zijn in bepaalde gevallen inbreuken hierop toegestaan.⁹³ Om te bepalen of een inbreuk op de fundamentele vrijheden van het VwEU, dus ook op de vrijheid van vestiging, is toegestaan dient de betreffende belastingmaatregel te worden getoetst aan de hand van een beslisschema.⁹⁴

⁹¹ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*) en HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1351.

⁹² Art. 49 en 54, VwEU.

⁹³ *Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht*, art. 49 VwEU, aant. 7 (online, laatst bijgewerkt op 1 april 2016).

⁹⁴ J.A.R. van Eijdsen, B.J. Kiekebeld en D.S. Smit, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief* (FED fiscale brochures), Deventer: Kluwer 2019, p. 6-9.

Het beslisschema bestaat uit de volgende stappen:

1. Is er sprake van grensoverschrijdende economische activiteit binnen de EU? Een belanghebbende kan zich slechts beroepen op de fundamentele vrijheden van het VwEU indien hij hier toegang toe heeft. Toegang tot het VwEU is aanwezig als voldaan is aan deze eerste stap.
2. Is er sprake van belemmering of discriminatie? Hiervan is sprake indien de nationale wetgeving grensoverschrijdende activiteiten nadelig behandelt ten opzichte van een zuiver nationale situatie. Is dit het geval dan beperkt de nationale maatregel de rechten die zijn toegekend onder het VwEU.
3. Is de beperking van de onder het VwEU toegekende rechten door de nationale maatregel gerechtvaardigd? Wanneer een nationale maatregel inbreuk maakt op een fundamentele vrijheidsbepaling van het VwEU, is deze niet direct ongeoorloofd. Indien de maatregel een legitieme doelstelling van algemeen belang dient is de maatregel gerechtvaardigd.
4. Is de beperkende maatregel geschikt? Als de juiste rechtvaardigingsgronden aanwezig zijn dient te worden bepaald of de beperkende maatregel geschikt is om het gewenste doel te bereiken.
5. Is de beperkende maatregel proportioneel? Als de maatregel gerechtvaardigd en geschikt is om het beoogde doel te bereiken dient te worden bepaald of de maatregel proportioneel is gelet op het beoogde doel. Hierbij is van belang of de maatregel niet voorbij gaat aan het belang van het beoogde doel.

De vraag die bij de 'per-elementbenadering' speelt is of het fiscale eenheidsregime een inbreuk maakt op een fundamentele vrijheid van het VwEU, namelijk art. 49 en 54 VwEU, en daarnaast of en wanneer deze inbreuk is gerechtvaardigd. Aangezien de fiscale eenheid slechts mogelijk is met feitelijk in Nederland gevestigde entiteiten of ondernemingen⁹⁵, vormt de fiscale eenheidsregeling een inbreuk op de vrijheid van vestiging. Buitenlandse entiteiten worden immers niet in staat gesteld gebruik te maken van de fiscale eenheidsregeling, waardoor zij nadelig worden behandeld ten opzichte van Nederlandse entiteiten. Vervolgens dient te worden bepaald of de beperkende maatregel, het uitsluiten van buitenlandse entiteiten voor voeging in fiscale eenheid, gerechtvaardigd is. In het arrest 'X-Holding' heeft het Hof van Justitie besloten dat het uitsluiten van buitenlandse entiteiten voor voeging in de fiscale eenheid gerechtvaardigd is.⁹⁶ Het toestaan van voeging van buitenlandse entiteiten zou immers kunnen leiden tot willekeurige toerekening en verrekening van verliezen tussen landen, hetgeen leidt tot een onevenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid tussen lidstaten.⁹⁷ In ditzelfde arrest heeft het Hof van Justitie besloten dat het uitsluiten van buitenlandse entiteiten voor de fiscale eenheidsregeling evenredig is met de nagestreefde doelstellingen⁹⁸, waardoor de regeling proportioneel en geschikt is.

Uit het voorgaande, en het arrest 'X-Holding'⁹⁹, blijkt dat het uitsluiten van buitenlandse entiteiten voor de fiscale eenheidsregeling een toegestane inbreuk op de vrijheid van vestiging is. Om deze reden heeft de Hoge Raad in een tweetal arresten de toepassing van de 'per-elementbenadering' verworpen.¹⁰⁰ Het eerste arrest, BNB 2011/244¹⁰¹, betrof een beperking van verliescompensatie voor houdsterverliezen. De belanghebbende heeft deelnemingen in het buitenland waarin zij nagenoeg het gehele belang bezit, daarnaast heeft zij leningen verstrekt aan haar aandeelhouder. In geding is het al dan niet aanmerken van de verliezen als houdsterverliezen, welke beperkt verrekenbaar waren

⁹⁵ Art. 15, lid 3, onderdeel c en art. 15, lid 8, Wet VpB 1969.

⁹⁶ HvJ EU 25 februari 2010, C-377/08, ECLI:EU:C:2010:89 (*X-Holding*), r.o. 43.

⁹⁷ HvJ EU 25 februari 2010, C-377/08, ECLI:EU:C:2010:89 (*X-Holding*), r.o. 33.

⁹⁸ HvJ EU 25 februari 2010, C-377/08, ECLI:EU:C:2010:89 (*X-Holding*), r.o. 42.

⁹⁹ HvJ EU 25 februari 2010, C-377/08, ECLI:EU:C:2010:89 (*X-Holding*).

¹⁰⁰ HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3537 en HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT5858.

¹⁰¹ HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3537.

door de houdsterverliesregeling. In een zuiver binnenlandse situatie heeft het vormen van een fiscale eenheid met deze deelnemingen tot gevolg dat de verliezen niet als houdsterverliezen aangemerkt worden. Om deze reden meent de belanghebbende dat de beperking van verliesverrekening in strijd is met de vrije verkeersbepalingen van het VwEU. De Hoge Raad beslist dat geen sprake is van strijdigheid met het VwEU en stelt geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, omdat het stellen van prejudiciële vragen 'geen zin heeft'.¹⁰²

Het tweede arrest, BNB 2013/15¹⁰³, betrof een aftrekbeperking van een negatief saldo aan groepsrente op grond van de thincapregeling. Belanghebbende ontvangt en betaalt renten van en aan diverse groepsmaatschappijen waarbij zij per saldo een negatief saldo aan groepsrenten heeft. De aandelenbelangen van de groepsmaatschappijen zijn allen ten minste 95%. Belanghebbende is van mening dat het in aftrek beperken van dit negatieve saldo aan renten in strijd is met de vrijheid van vestiging. In een zuiver Nederlandse situatie zou immers, door vorming van een fiscale eenheid, geen sprake zijn van een aftrekbeperking. De Hoge Raad besluit hierbij dat geen sprake is van strijdigheid met het VwEU en, om dezelfde reden als bij het eerdere arrest, geen prejudiciële vragen te stellen. Vervolgens voegt de Hoge Raad hieraan toe dat het prejudiciële antwoord in 'X-Holding'¹⁰⁴ weinig ruimte biedt voor de toepassing van de 'per-elementbenadering'.¹⁰⁵

Als gevolg van de conclusies in de arresten 'Groupe Steria'¹⁰⁶ en 'Finanzamt Linz'¹⁰⁷ rijst te vraag of de 'per-elementbenadering' op voordelen van de Nederlandse fiscale eenheid toegepast dient te worden. In deze arresten wordt namelijk beslist dat de 'per-elementbenadering' op, in andere landen geldende, fiscale integratieregelingen toegepast dient te worden. De prejudiciële beslissingen in deze twee buitenlandse zaken, betreffende enigszins vergelijkbare regelingen met de fiscale eenheid, zijn voor de Hoge Raad aanleiding geweest om prejudiciële vragen te stellen om te bepalen of zij de 'per-elementbenadering' in de eerdere zaken terecht heeft verworpen.

De eerste prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie was die in de zaak 'Groupe Steria'¹⁰⁸. In deze zaak is de in Frankrijk gevestigde vennootschap Steria het hoofd van een fiscaal geïntegreerde groep, vergelijkbaar met de Nederlandse fiscale eenheid. Steria bezit deelnemingen van meer dan 95% welke in Frankrijk en andere lidstaten zijn gevestigd. Dividenden van de dochterondernemingen zijn aftrekbaar van de winst van Steria. Echter wordt een forfaitair percentage van 5% van de dividenden opgeteld bij de winst van Steria, met uitzondering van de dividenden die afkomstig zijn van deelnemingen die deel uitmaken van de fiscaal geïntegreerde groep. Het Hof van Justitie heeft beslist dat het niet toelaten van de buitenlandse deelnemingen in de fiscaal geïntegreerde groep op grond van het arrest 'X-Holding'¹⁰⁹ gerechtvaardigd is.¹¹⁰ Maar dat deze rechtvaardiging niet op gaat voor de verplichting om een gedeelte van de dividenden op te tellen bij de winst van Steria, terwijl dit niet het geval is bij dividenden verkregen van deelnemingen welke zijn gevoegd in de fiscaal geïntegreerde groep.¹¹¹ Hierbij beslist het Hof van Justitie in wezen dat de 'per-elementbenadering' toegepast dient te worden, aangezien buitenlandse deelnemingen niet van de voordelen van voeging in de fiscaal geïntegreerde groep uitgesloten mogen worden. Met uitzondering van de situatie waarbij het toekennen van deze voordelen aan buitenlandse deelnemingen kan leiden tot misbruik.

¹⁰² HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3537, r.o. 7.19.

¹⁰³ HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT5858.

¹⁰⁴ HvJ EU 25 februari 2010, C-377/08, ECLI:EU:C:2010:89 (*X-Holding*).

¹⁰⁵ HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT5858, r.o. 7.5.

¹⁰⁶ HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:2015:524 (*Groupe Steria*).

¹⁰⁷ HvJ EU 6 oktober 2015, C-66/14, ECLI:EU:C:2015:661 (*Finanzamt Linz*).

¹⁰⁸ HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:2015:524 (*Groupe Steria*).

¹⁰⁹ HvJ EU 25 februari 2010, C-377/08, ECLI:EU:C:2010:89 (*X-Holding*).

¹¹⁰ HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:2015:524 (*Groupe Steria*), r.o. 25 en 26.

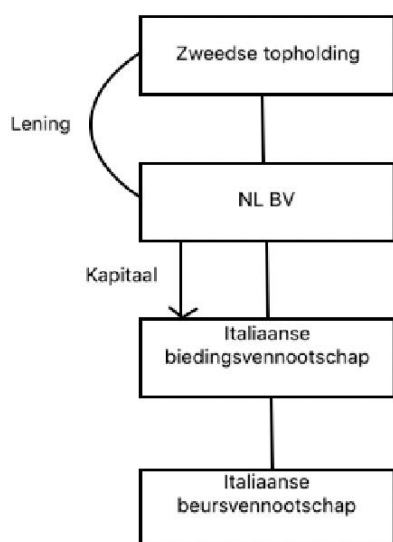
¹¹¹ HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:2015:524 (*Groupe Steria*), r.o. 40.

In de zaak 'Finanzamt Linz'¹¹² heeft het Hof van Justitie een tweede prejudiciële beslissing genomen welke de verwerping van de 'per-elementbending' mogelijk in twijfel trekt. Bij de belastingheffing naar het groepsinkomen in Oostenrijk wordt bij de verwerving van een in Oostenrijk gevestigde, onbeperkt belastingplichtige deelneming aftrek van goodwill toegestaan. De aftrek is echter niet toegestaan bij verwerving van een niet-ingezetene deelneming. De vraag aan het Hof van Justitie was of art. 49 VwEU jo. art. 54 VwEU in de weg staan aan deze wettelijke regeling. Tot de groep zoals in de wettelijke bepaling aan de orde is kunnen zowel Oostenrijkse als buitenlandse deelnemingen behoren, waardoor buitenlandse deelnemingen en Oostenrijkse deelnemingen objectief vergelijkbaar zijn.¹¹³ De afschrijving van de goodwill kan plaatsvinden ongeacht of de deelneming winstgevend of verlieslijdend is. Dit gegeven is voor het Hof van Justitie voldoende om te concluderen dat het uitsluiten van buitenlandse deelnemingen om de goodwill in aftrek te brengen niet gerechtvaardigd kan worden door een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid dan wel de noodzaak de coherentie van het belastingstelsel te waarborgen.¹¹⁴ De inbreuk op de vrijheid van vestiging is volgens het Hof van Justitie dus niet toegestaan.

4.2.2. Het 'Telecomarrest' en de prejudiciële beslissing

Het 'Telecomarrest' betrof de volgende situatie. De belanghebbende, een Nederlandse BV (NL BV), is tussenhoudster van een Zweeds concern. Om de koop van het gedeelte van de aandelen in een Italiaanse beursvennootschap welke nog in handen zijn van derden te financieren wordt in Italië een biedingsvennootschap opgericht. NL BV stort op de aandelen van deze bedieningsvennootschap een bedrag ter grootte van het bedrag dat nodig is om de aandelen in de beursvennootschap te verwerven. NL BV heeft deze kapitaalstorting gefinancierd met een lening van de verbonden Zweedse topholding.¹¹⁵ In geschil was of op de rente kosten de aftrekbeperking van art. 10a Wet VpB 1969 van toepassing is.

Schematische weergave van de situatie van het arrest¹¹⁶:



¹¹² HvJ EU 6 oktober 2015, C-66/14, ECLI:EU:C:2015:661 (*Finanzamt Linz*).

¹¹³ HvJ EU 6 oktober 2015, C-66/14, ECLI:EU:C:2015:661 (*Finanzamt Linz*), r.o. 33.

¹¹⁴ HvJ EU 6 oktober 2015, C-66/14, ECLI:EU:C:2015:661 (*Finanzamt Linz*), r.o. 35, 42 en 46.

¹¹⁵ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*).

¹¹⁶ E.J.W. Heithuis, *de per-elementbending in de fiscale eenheid en de spoedreparatie* (FED fiscale brochures), Deventer: Kluwer 2018.

De uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch, waartegen de belanghebbende in hoger beroep is gegaan bevat de volgende onderdelen. De situatie valt onder de hoofdregel van de aftrekbeperking van art. 10a Wet VpB 1969. Er is immers sprake van een schuld welke verband houdt met een 'besmette rechtshandeling', namelijk een kapitaalstorting.¹¹⁷ Aan de dubbele zakelijkheidstoets¹¹⁸ werd in casus niet voldaan, omdat aan de constructie fiscale beweegredenen ten grondslag liggen.¹¹⁹ Bij de beoordeling of sprake is van een compenserende heffing¹²⁰ is besloten dat hier niet aan is voldaan, aangezien de Zweedse topholding de renteopbrengsten heeft verrekend met verliezen.¹²¹ Daarnaast heeft NL BV, op wie de bewijslast rust, niet aannemelijk kunnen maken dat de Zweedse topholding slechts als 'doorgeefluik' fungeerde voor een Engelse groepsmaatschappij,¹²² waarbij heffing van de Engelse 'corporation tax' plaatsvindt tegen een tarief van 30%.¹²³ Als laatste beslist het Hof dat de veronderstelde belemmering van vrijheid van vestiging door art. 10a Wet VpB 1969 gerechtvaardigd is op basis van antimisbruik overwegingen en dat de rechtvaardigingsgrond proportioneel en geschikt is.¹²⁴

In het beroepschrift in cassatie richt de belanghebbende middelen tegen een vijftal oordelen van het Hof 's-Hertogenbosch. De eerste vier middelen en de beoordeling hiervan zijn voor deze scriptie verder niet van belang. Het vijfde middel behelst een beroep op de vrije verkeersbepalingen en is derhalve wel van belang. De Hoge Raad beslist, net als het Hof, dat de belemmering van de vrijheid van vestiging door art. 10a Wet VpB 1969 op zichzelf gerechtvaardigd, proportioneel en geschikt is.¹²⁵ Echter gaat de Hoge Raad verder door te stellen dat indien de Italiaanse biedingsvennootschap in Nederland zou zijn gevestigd en deze vóór het ontvangen van de kapitaalstorting van NL BV met NL BV een fiscale eenheid zou zijn aangegaan, art. 10a Wet VpB 1969 niet van toepassing zou zijn geweest.¹²⁶ De Hoge Raad stelt dat het uitsluiten van buitenlandse entiteiten voor voeging in fiscale eenheid op grond van het arrest 'X-Holding' niet strijdig is met het EU-recht.¹²⁷ Echter acht de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of de 'per-elementbenadering' voor alle gevolgen van de fiscale eenheid afgewezen moet worden, naar aanleiding van de arresten 'Groupe Steria' en 'Finanzamt Linz', niet buiten redelijke twijfel gegeven kan worden.¹²⁸ Om deze reden besluit de Hoge Raad een vraag voor te leggen aan het Hof van Justitie.

In de prejudiciële vraag die de Hoge Raad aan het Hof van Justitie gesteld heeft vraagt de Hoge Raad of de artikelen 49 en 54 VwEU zo uitgelegd moeten worden dat zij in de weg staan aan de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969, indien een kapitaalstorting in een entiteit in een andere lidstaat niet zichtbaar zou zijn als deze entiteit gevoegd zou zijn in een fiscale eenheid met de entiteit die de kapitaalstorting doet.¹²⁹ De beslissing van het Hof van Justitie op deze vraag luidt bevestigend.¹³⁰ De stappen die het Hof van Justitie heeft doorlopen om tot deze beslissing te komen volgen de stappen van het in de vorige paragraaf opgenomen beslisschema.

¹¹⁷ Art. 10a, lid 1, onderdeel b, Wet VpB 1969.

¹¹⁸ Art. 10a, lid 3, onderdeel a, Wet VpB 1969.

¹¹⁹ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*), r.o. 4.23-4.24.

¹²⁰ Art. 10a, lid 3, onderdeel b, Wet VpB 1969.

¹²¹ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*), r.o. 4.35.4.

¹²² HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*), r.o. 4.30.6.

¹²³ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*), r.o. 4.25.

¹²⁴ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*), r.o. 4.44.

¹²⁵ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*), 2.8.2.2 en 2.8.5.1.

¹²⁶ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*), r.o. 2.8.3.

¹²⁷ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*), r.o. 2.8.4.

¹²⁸ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*), r.o. 2.8.6.

¹²⁹ HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16, C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 9 en 26.

¹³⁰ HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16, C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 51.

Met het feit dat alle betrokken entiteiten gevestigd zijn in lidstaten van de EU en rechtshandelingen plaatsvinden tussen deze entiteiten is voldaan aan de eis dat sprake is van een grensoverschrijdende economische activiteit binnen de EU. Vervolgens wordt getoetst of vergelijkbare situaties op een verschillende manier worden behandeld. Het Hof van Justitie concludeert dat hier sprake van is. Een verschillende behandeling van vergelijkbare situaties is slechts toegestaan indien dit een legitieme doelstelling van algemeen belang dient.¹³¹ Het Hof van Justitie beslist dat de verschillende behandeling niet objectief gerechtvaardigd kan worden.¹³² Dit betekent dat de binnen de EU gevestigde entiteiten met betrekking tot art. 10a Wet VpB 1969 dezelfde voordelen van de fiscale eenheid dienen te verkrijgen als de in Nederland gevestigde entiteiten, mits voldaan is aan de vereisten van voeging in een fiscale eenheid. Uit de beslissing van het Hof van Justitie volgt dat de ‘per-elementbenadering’ van toepassing is op voordelen van de fiscale eenheid met betrekking tot art. 10a Wet VpB 1969.

De prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie bevat, naast het antwoord op de vraag van de Hoge Raad, een meer algemene opmerking. Het Hof van Justitie stelt namelijk dat een beperking van de vrijheid van vestiging slechts gerechtvaardigd kan worden door de strijd tegen misbruik en enkel als het specifieke doel van die beperking het verhinderen van dat misbruik is.¹³³ Deze beslissing leidt ertoe dat bij de voordelen van de fiscale eenheid ‘per element’ moet worden getoetst of het gerechtvaardigd is om buitenlandse entiteiten hiervan uit te sluiten. Dit is de reden dat de ‘per-elementbenadering’ toegepast moet worden op de voordelen van de fiscale eenheid.

4.2.3. Voorwaarden voor beroep op de ‘per-elementbenadering’

Voordat de invloed van de ‘per-elementbenadering’ op art. 10a Wet VpB 1969 uitgewerkt zal worden zal eerst aandacht worden besteed aan de vraag wanneer met succes beroep kan worden gedaan op de ‘per-elementbenadering’ met betrekking tot art. 10a Wet VpB 1969. Deze vraag valt uiteen in twee delen. Allereerst komt de vraag op wanneer in internationale situaties sprake is van art. 10a Wet VpB 1969. Daarnaast is het de vraag wanneer een belanghebbende recht heeft op de toepassing van de ‘per-elementbenadering’. Dit is wanneer sprake is van vergelijkbaarheid met een zuiver binnenlandse situatie waarbij het aangaan van een fiscale eenheid kan leiden tot een voordeel.

Art. 10a Wet VpB 1969 is een in de Nederlandse wetgeving opgenomen renteaftrekbeperking. Om onder de toepassing van deze aftrekbeperking te vallen moet sprake zijn van renteaftrek in Nederland, van de belastbare winst van een Nederlandse entiteit. In internationale situaties is het dus van belang om te beseffen dat de toepassing het artikel slechts mogelijk is als een Nederlandse entiteit rente kosten maakt. De volledige uitwerking van wanneer art. 10a Wet VpB 1969 van toepassing is, is opgenomen in hoofdstuk 2.

Een beroep op de toepassing van de ‘per-elementbenadering’ is slechts mogelijk indien het een situatie betreft waarbij, als het een zuiver binnenlandse situatie zou zijn, de mogelijkheid zou bestaan de voordelen van een fiscale eenheid te verkrijgen. Deze mogelijkheid bestaat enkel wanneer de grensoverschrijdende situatie vergelijkbaar is met een zuiver binnenlandse situatie. Zoals het Hof van Justitie in arrest ‘X-Holding’ noemt, moet de vergelijkbaarheid worden beoordeeld op basis van het nagestreefde doel van de nationale bepaling.¹³⁴ Bij de toepassing van de ‘per-elementbenadering’ op art. 10a Wet VpB 1969 moet de vergelijkbaarheid worden onderzocht aan de hand van het doel van art. 15 Wet VpB 1969.¹³⁵ Een beroep op de ‘per-elementbenadering’ zal dus enkel slagen als de betrokken partijen voldoen aan de vereisten voor voeging in een fiscale eenheid.

¹³¹ HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16, C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 37.

¹³² HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16, C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 42, 45 en 50.

¹³³ HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16, C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 49.

¹³⁴ HvJ EU 25 februari 2010, C-377/08, ECLI:EU:C:2010:89 (X-Holding), r.o. 22.

¹³⁵ HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16, C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 35.

In paragraaf 3.3 zijn de vereisten voor voeging in een fiscale eenheid opgenomen. Aangezien de partijen die zich beroepen op de ‘per-elementbenadering’ niet daadwerkelijk een fiscale eenheid vormen, zijn niet alle vereisten van belang.

Het bezitsvereiste¹³⁶ heeft ten doel om de fiscale transparantie binnen een fiscale eenheid slechts mogelijk te laten zijn wanneer dit in lijn is met de economische realiteit.¹³⁷ Voor een beroep op de ‘per-elementbenadering’ dient dus ook te zijn voldaan aan dit vereiste, aangezien door de toepassing van de ‘per-elementbenadering’ ook voor bepaalde voordelen van de fiscale eenheid fiscale transparantie ontstaat.

Het doel van de eis aan de toegestane rechtsvormen van de dochtermaatschappijen¹³⁸ hangt sterk samen met het bezitsvereiste.¹³⁹ Dit aangezien het bezitsvereiste een eis stelt aan het minimale aandelenbelang wat de moedermaatschappij in de dochtermaatschappijen moet hebben. Aangezien het bezitsvereiste slechts mogelijk is bij de toegestane rechtsvormen van de dochtermaatschappijen zal voor een beroep op de ‘per-elementbenadering’ moeten worden voldaan aan de eis aan de rechtsvorm van de dochtermaatschappijen.

Aan het vereiste dat de betrokken partijen gezamenlijk moeten verzoeken om voeging in fiscale eenheid¹⁴⁰ hoeft niet te worden voldaan voor beroep op de ‘per-elementbenadering’. Dit aangezien de partijen die zich hierop beroepen niet feitelijk een fiscale eenheid vormen.

Het vereiste dat de boekjaren van de te voegen partijen samenvallen¹⁴¹ hoeft ook niet aan worden voldaan wanneer een beroep wordt gedaan op de toepassing van de ‘per-elementbenadering’ met betrekking tot art. 10a Wet VpB 1969. Het doel van dit vereiste is namelijk om consolidatie van de te voegen maatschappijen mogelijk te maken.¹⁴² Consolidatie van entiteiten in verschillende lidstaten is echter niet aan de orde. Dit aangezien het daadwerkelijk aangaan van een fiscale eenheid, waardoor consolidatie plaats vindt, slechts mogelijk is met in Nederland gevestigde entiteiten en ondernemingen.¹⁴³

Het doel van het vereiste dat bij de te voegen maatschappijen dezelfde winstbepalingsregels moeten gelden¹⁴⁴ kan worden afgeleid uit de parlementaire behandeling van de fusiebepalingen in de vennootschapsbelasting, waarop ditzelfde vereiste van kracht is. Het doel hiervan bij de fusiebepalingen is dat dit vereiste misbruik of onwenselijke situaties bij fusie voorkomt.¹⁴⁵ Consolidatie is voor belastingheffing in essentie gelijk aan fusie, waardoor kan worden aangenomen dat dit vereiste bij voeging in fiscale eenheid om dezelfde reden van kracht is. Zoals hiervoor genoemd leidt een beroep op de ‘per-elementbenadering’ echter niet tot consolidatie. Voor een beroep op de ‘per-elementbenadering’ hoeft dus niet aan dit vereiste te worden voldaan.

¹³⁶ Art. 15, lid 1 en lid 2, Wet VpB 1969.

¹³⁷ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 15 Wet VpB 1969, aant. 2.2 (online, laatst bijgewerkt op 8 juli 2019).

¹³⁸ Art. 15, lid 4, onderdeel e, Wet VpB 1969.

¹³⁹ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 15 Wet VpB 1969, aant. 2.8.5 (online, laatst bijgewerkt op 8 juli 2019).

¹⁴⁰ Art. 15, lid 1, lid 2 en lid 12, Wet VpB 1969.

¹⁴¹ Art. 15, lid 3, onderdeel a, Wet VpB 1969.

¹⁴² *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 15 Wet VpB 1969, aant. 2.3 (online, laatst bijgewerkt op 8 juli 2019).

¹⁴³ Art. 15, lid 3, onderdeel c, Wet VpB 1969 en HvJ EU 25 februari 2010, C-377/08, ECLI:EU:C:2010:89 (*X-Holding*), r.o. 43.

¹⁴⁴ Art. 15, lid 3, onderdeel b, Wet VpB 1969.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II 1991/92*, 22 338, 3, p. 15.

Het doel van de eis aan de toegestane rechtsvormen van de moedermaatschappij¹⁴⁶ hangt sterk samen met het vereiste van de winstbepalingsregels.¹⁴⁷ Aangezien niet aan het vereiste van de winstbepalingsregels hoeft te worden voldaan bij een beroep op de ‘per-elementbenadering’ zal ook niet aan de eis aan de rechtsvormen van de moedermaatschappij hoeven te worden voldaan.

De ‘per-elementbenadering’ volgt uit de vestigingsvrijheidsbepalingen¹⁴⁸ van het VwEU. Om een beroep te kunnen doen op een inbreuk van de vrijheid van vestiging moet de belanghebbende toegang hebben tot het VwEU. Er is toegang tot het VwEU als sprake is van grensoverschrijdende, economische activiteit binnen de EU.¹⁴⁹ Hieruit volgt dat de betrokken partijen gevestigd moeten zijn in verschillende lidstaten van de EU om beroep te kunnen doen op de ‘per-elementbenadering’. Bij een beroep op de ‘per-elementbenadering’ hoeft dus niet te worden voldaan aan het vereiste dat de te voegen maatschappijen feitelijk in Nederland gevestigd zijn¹⁵⁰.

Samenvattend, om een beroep te kunnen doen op de ‘per-elementbenadering’ in een art. 10a Wet VpB 1969 situatie dient de belanghebbende een in Nederland gevestigde entiteit te zijn. De entiteit waarmee een rechtshandeling wordt verricht dient in een andere lidstaat van de EU gevestigd te zijn. De deelneming waarmee de rechtshandeling wordt verricht moet een vereiste rechtsvorm bezitten voor voeging in fiscale eenheid en er moet voldaan zijn aan het bezitsvereiste voor voeging in een fiscale eenheid.

4.2.4. Invloed van de ‘per-elementbenadering’ op art. 10a Wet VpB 1969

Uit de prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie volgt dat grensoverschrijdende art. 10a Wet VpB 1969 situaties dienen te worden behandeld als ware de betrokken partijen in een fiscale eenheid gevoegd zouden zijn wanneer is voldaan aan de voorwaarden voor beroep op de ‘per-elementbenadering’ zoals uitgewerkt in de vorige paragraaf. De invloed van een fiscale eenheid op art. 10a Wet VpB 1969 is opgenomen in paragraaf 3.4. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen twee mogelijke invloeden. De eerste is dat door aanwezigheid van een fiscale eenheid een onderlinge schuldverhouding tussen twee maatschappijen niet zichtbaar is. De tweede manier is dat door de fiscale eenheid een onderlinge ‘besmette’ rechtshandeling niet wordt gezien. De ‘per-elementbenadering’ beïnvloedt de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 op dezelfde manier.

Eerst de situatie waarbij een onderlinge schuldverhouding niet wordt gezien. Indien de schuldverhouding verband houdt met een ‘besmette’ rechtshandeling zal deze situatie zonder toepassing van de ‘per-elementbenadering’ onder de hoofdregel van art. 10a Wet VpB 1969 vallen. Echter, aangezien in alle lidstaten, met uitzondering van Hongarije, een winstbelastingtarief van ten minste 10% geldt¹⁵¹, zullen deze situaties vaak voldoen aan de compenserende heffingstoets. De uitzondering hierop is wanneer effectief geen belastingbetaling plaatsvindt door verrekening met verliezen of andersoortige aanspraken, of wanneer de inspecteur aannemelijk maak dat de schuld is aangegaan met het oog op het verrekenen van huidige of verwachte, toekomstige verliezen of dat aan de schuld of de daarmee verband houdende rechtshandeling niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.¹⁵²

¹⁴⁶ Art. 15, lid 4, onderdeel d, Wet VpB 1969.

¹⁴⁷ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, art. 15 Wet VpB 1969, aant. 2.8 (online, laatst bijgewerkt op 8 juli 2019).

¹⁴⁸ Art. 49 en 54 VwEU

¹⁴⁹ J.A.R. van Eijdsen, B.J. Kiekebeld en D.S. Smit, *‘Nederlands belastingrecht in Europees perspectief’* (FED fiscale brochures), Deventer: Kluwer 2019, p. 6-7.

¹⁵⁰ Art. 15, lid 3, onderdeel c, Wet VpB 1969.

¹⁵¹ ‘Table II.1. Statutory corporate income tax rate’, *OECD stats* 10 juli 2017, stats.oecd.org (zoek op statutory corporate income tax rate).

¹⁵² Art. 10a, lid 3, onderdeel b, Wet VpB 1969.

De situaties waarbij niet voldaan is aan de compenserende heffingstoets, zullen door de ‘per-elementbenadering’ niet onder de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 vallen. Dit omdat de onderlinge schuldverhouding niet wordt gezien. Om deze reden zal de rente niet in aftrek worden beperkt. Dit kan in grensoverschrijdende gevallen onwenselijke situaties als gevolg hebben voor de Nederlandse belastingdienst.

Wanneer de rente in grensoverschrijdende situaties niet in aftrek wordt beperkt, is het mogelijk om door middel van een renteconstructie de Nederlandse belastinggrondslag uit te hollen. Deze uitholling, winstdrainage, is precies wat art. 10a Wet VpB 1969 tracht te bestrijden. Wanneer in de andere lidstaat effectief geen belastingbetaling plaatsvindt over de rente opbrengsten, door verrekening met verliezen, leidt de toepassing van de ‘per-elementbenadering’ ertoe dat in Nederland rente kan worden afgetrokken zonder dat hier heffing in het buitenland tegenover staat.

De beslissing van het Hof van Justitie betrof het voorkomen van misbruik door art. 15 Wet VpB 1969 toepassing te laten vinden op grensoverschrijdende situaties, niet het voorkomen van misbruik ten aanzien van een gecombineerde toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 en art. 15 Wet VpB 1969.¹⁵³ Het is de vraag of het Hof van Justitie de juiste vraag heeft beantwoord. De mogelijkheid tot misbruik die ontstaat door een gecombineerde toepassing van art. 15 Wet VpB 1969 en art. 10a Wet VpB 1969 op grensoverschrijdende situaties zou wellicht invloed moeten hebben gehad op de beslissing van het Hof van Justitie.¹⁵⁴

Ten tweede de situatie waarbij een ‘besmette’ rechtshandeling door toepassing van de ‘per-elementbenadering’ niet zichtbaar is. Indien de ‘besmette’ rechtshandeling verband houdt met een lening aan een verbonden lichaam, zal deze situatie zonder toepassing van de ‘per-elementbenadering’ onder de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 vallen, behoudens tegenbewijsregelingen. Echter, wanneer de ‘besmette’ rechtshandeling door toepassing van de ‘per-elementbenadering’ niet zichtbaar is, zal het artikel geen toepassing vinden. Dit leidt tot onwenselijke situaties voor de Nederlandse belastingdienst, aangezien de rente kosten in Nederland niet in aftrek worden beperkt en de renteopbrengsten mogelijk tegen een laag of zelfs nihil winstbelasting tarief in het buitenland worden belast. Er ontstaat dus een mogelijkheid tot winstdrainage.

Wederom kan, bij de situatie dat een rechtshandeling door toepassing van de ‘per-elementbenadering’ niet zichtbaar is, worden afgevraagd worden of het Hof van Justitie de juiste beslissing heeft gemaakt. De beslissing heeft ten gevolg dat er een mogelijke onevenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid ontstaat. Het is hierbij immers mogelijk om door middel van renteconstructies grote delen van de winst van een entiteit over te brengen naar een entiteit in een ander, mogelijk laag belast, land. Een evenwichtige verdeling van heffingsbevoegdheid is één van de rechtvaardigingsgronden om inbreuk op de fundamentele vrijheden van het VwEU te rechtvaardigen.¹⁵⁵ In de beslissing is echter slechts beoordeeld of dit misbruik wordt bestreden door de toepassing van art. 15 Wet VpB 1969, niet door een gecombineerde toepassing van dit artikel en art. 10a Wet VpB 1969.¹⁵⁶ Dit is hierbij niet het geval, aangezien juist art. 10a Wet VpB 1969 deze winstdrainage tracht te bestrijden.

Uit het voorgaande blijkt dat de ‘per-elementbenadering’ het mogelijk maakt om, door middel van renteconstructies binnen concern, de Nederlandse belastbare winst gedeeltelijk uit te hollen. Zoals in hoofdstuk 2 is uitgewerkt is het doel van art. 10a Wet VpB 1969 juist deze winstdrainage te

¹⁵³ HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16, C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 34, 35 en 49.

¹⁵⁴ V-N 2018/11.14.

¹⁵⁵ HvJ EG, 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763 (*Marks & Spencer*), r.o. 45 en 46.

¹⁵⁶ HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16, C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X), r.o. 34, 35 en 49.

bestrijden. De ‘per-elementbenadering’ beperkt het toepassingsbereik van het artikel en leidt daarnaast tot een verminderde doeltreffendheid hiervan. De wetgever heeft als reactie hierop een wetswijziging doorgevoerd, de Wet spoedreparatie fiscale eenheid.

4.3. De Wet spoedreparatie fiscale eenheid

In de wetswijziging wordt een tweetal leden toegevoegd aan het fiscale eenheidsartikel.¹⁵⁷ De wijziging die invloed heeft op de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 is de toevoeging van het 16^{de} lid. Hierin is opgenomen dat in afwijking van art. 15, lid 1 en 2, Wet VpB 1969, onder andere art. 10a Wet VpB 1969 dient te worden toegepast als ware er geen fiscale eenheid is. In de tweede volzin wordt vervolgens bepaald dat de winst die door het voorgaande ontstaat als winst van de fiscale eenheid wordt behandeld.¹⁵⁸ De wijziging treedt met terugwerkende kracht in werking vanaf 1 januari 2018.¹⁵⁹ Met uitzondering van de gevallen waarbij de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling vóór 25 oktober 2017 al aanwezig waren, mits het totaal aan renten van de fiscale eenheid over die schulden zonder toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 niet meer bedraagt dan 100.000 euro per 12 maanden. In dat geval treedt de wijziging met terugwerkende kracht in werking vanaf 1 januari 2019 tenzij de inspecteur aannemelijk maakt dat geen sprake is van zakelijkheid van de schuld of de daarmee verband houdende rechtshandeling.¹⁶⁰

4.3.1. De invloed van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid op de ‘per-elementbenadering’

De wetswijziging heeft als gevolg dat maatschappijen die gevoegd zijn in een fiscale eenheid hier met betrekking tot art. 10a Wet VpB 1969 geen voordelen meer van kunnen verkrijgen. Om deze reden zullen buitenlandse entiteiten zich ook niet meer kunnen beroepen op de ‘per-elementbenadering’ met betrekking tot art. 10a Wet VpB 1969. De ‘per-elementbenadering’ is immers enkel van toepassing wanneer grensoverschrijdende situaties nadelig worden behandeld ten opzichte van binnenlandse situaties. De dreigende winstdrainage door toepassing van de ‘per-elementbenadering’ is door deze wetswijziging dus verholpen. De wetgever heeft hierbij de keuze gemaakt om niemand meer voordelen te verlenen van de fiscale eenheid met betrekking tot, onder andere, art. 10a Wet VpB 1969.

4.3.2. De invloed van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid op art. 10a Wet VpB 1969

Het toepassingsbereik van art. 10a Wet VpB 1969 wordt door de Wet spoedreparatie groter omdat ook puur binnenlandse gevallen hierdoor geen voordelen meer kunnen verkrijgen van de fiscale eenheid met betrekking tot art. 10a Wet VpB 1969. De vraag die hierbij opkomt is of het in lijn is met het doel van art. 10a Wet VpB 1969 om deze voordelen niet meer toe te kennen aan maatschappijen in een fiscale eenheid. De voordelen die vóór de wetswijziging mogelijk waren zijn behandeld in paragraaf 3.4. In deze paragraaf zal daarom slechts worden behandeld of het niet meer kunnen verkrijgen van deze voordelen in lijn met het doel van de bepaling is.

Allereerst de situatie waarbij een onderlinge schuldverhouding voor de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 door de Wet spoedreparatie fiscale eenheid binnen fiscale eenheid wordt gezien. Hierbij zal sprake zijn van een art. 10a Wet VpB 1969 situatie indien niet aan de compenserende heffingstoets of de dubbele zakelijkheidstoets wordt voldaan. Sinds de wetswijziging dienen de tegenbewijsregelingen te worden getoetst als ware er geen fiscale eenheid is.¹⁶¹

¹⁵⁷ Art. 15, Wet VpB 1969.

¹⁵⁸ Art. 15, lid 16, Wet VpB 1969.

¹⁵⁹ *Kamerstukken I* 2018/19, 34 959, A, p. 3.

¹⁶⁰ *Kamerstukken I* 2018/19, 34 959, A, p. 2-3.

¹⁶¹ Art. 15, lid 16, Wet VpB 1969.

Voor de dubbele zakelijkheidstoets¹⁶² moet de belanghebbende aannemelijk maken dat aan de lening binnen fiscale eenheid niet in overwegende mate fiscale overwegingen ten grondslag liggen. Een lening binnen fiscale eenheid nooit leidt tot belastingbesparing, aangezien de maatschappijen in een fiscale eenheid voor de belastingheffing worden behandeld als ware zij één belastingplichtige zijn. Echter moet voor de toetsing worden gedaan alsof er geen fiscale eenheid aanwezig is. De mogelijkheid bestaat dat hierdoor een lening binnen fiscale eenheid wordt gezien als onzakelijk, terwijl de lening in werkelijkheid nooit tot een fiscaal voordeel kan leiden.¹⁶³

De situatie dat een interne lening als onzakelijk wordt gezien gaat naar mijn mening het doel van de bepaling voorbij. Het doel van art. 10a Wet VpB 1969 is immers het bestrijden van onzakelijke winstdrainage. In de parlementaire behandeling wordt gesteld dat deze situatie het gevolg is van de gelijke behandeling van binnenlandse- en grensoverschrijdende situaties. Wanneer in binnenlandse situaties een andere toets toegepast wordt, leidt dit mogelijk tot een inbreuk op de vrijheid van vestiging.¹⁶⁴ Naar mijn mening maakt de wetgever hier een juiste observatie. De mogelijke situatie waarbij een interne lening als onzakelijk wordt aangemerkt voor de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 is in mijn optiek dan ook niet te vermijden.

Aan de compenserende heffingstoets¹⁶⁵ wordt in een zuiver binnenlandse situatie niet voldaan bij aanwezigheid van fiscale eenheidsverliezen of voorvoegingsverliezen bij de maatschappij die de rente opbrengsten ontvangt.¹⁶⁶ De rente kosten worden in dat geval, door toepassing van art. 10a Wet VpB 1969, bij de andere maatschappij in aftrek beperkt. Zowel de aanwezigheid van fiscale eenheidsverliezen als voorvoegingsverliezen leidt in deze situatie tot dubbele belastingheffing binnen de fiscale eenheid. De rente opbrengsten worden mogelijk wel verrekend met verliezen, maar als dit niet het geval was geweest zouden deze verliezen later nog verrekenbaar zijn geweest. Aangezien de rente kosten in aftrek worden beperkt vindt dus dubbele belastingheffing plaats. De vraag is of dit in lijn is met het doel van de bepaling. Om dit te bepalen moet onderscheid worden gemaakt tussen de aanwezigheid van enerzijds voorvoegingsverliezen en anderzijds fiscale eenheidsverliezen.

Eerst het geval waarbij bij de maatschappij die de rente opbrengsten ontvangt voorvoegingsverliezen aanwezig zijn, waardoor de rente kosten van de andere maatschappij door art. 10a Wet VpB 1969 in aftrek worden beperkt. Zonder rekening te houden met de Wet spoedreparatie fiscale eenheid geldt ten aanzien van de verrekening van voorvoegingsverliezen dat de winst van de gehele fiscale eenheid gesplitst wordt over de verschillende maatschappijen, en wel voor zover de winst aan deze maatschappijen toe te rekenen is.¹⁶⁷ Het zelfstandige resultaat van de maatschappijen wat volgt uit de splitsing van de fiscale eenheidswinst is verrekenbaar met de voorvoegingsverliezen van de betreffende maatschappijen. De rente opbrengsten op een art. 10a Wet VpB 1969 lening behoren bij de ontvangende maatschappij echter niet tot haar zelfstandige resultaat.¹⁶⁸ De samenloop van art. 15ah, lid 3, Wet VpB 1969 betreffende de winstsplitsing binnen fiscale eenheid voor verrekening van voorvoegingsverliezen en art. 15, lid 16 juncto art. 10a, lid 3, onderdeel b, Wet VpB 1969 betreffende de compenserende heffingstoets leidt ertoe dat de rente kosten in aftrek worden beperkt, terwijl de rente opbrengsten niet verrekenbaar zijn met voorvoegingsverliezen.

¹⁶² Art. 10a, lid 3, onderdeel a, Wet VpB 1969.

¹⁶³ *Kamerstukken II 2018/19, 34 959, 7, p. 27-28.*

¹⁶⁴ *Kamerstukken II 2018/19, 34 959, 7, p. 27.*

¹⁶⁵ Art. 10a, lid 3, onderdeel b, Wet VpB 1969.

¹⁶⁶ *Kamerstukken II 2018/19, 34 959, 7, p. 27.*

¹⁶⁷ Art. 15ae, lid 1 en art. 15ah, Wet VpB 1969.

¹⁶⁸ Art. 15ah, lid 3, Wet VpB 1969.

Naar mijn mening de situatie waarbij rente kosten in aftrek worden beperkt, terwijl de rente opbrengsten niet verrekenbaar zijn met voorvoegingsverliezen niet in lijn met het doel van art. 10a Wet VpB 1969. Het doel van de compenserende heffingstoets is immers om enkel situaties waarbij, door verrekening van verliezen, effectief niet voldoende belastingbetaling plaats vindt onder de toepassing van het artikel te laten vallen.

Het is niet af te leiden uit de parlementaire behandeling of, door toepassing van het 10a-besluit¹⁶⁹, rente aftrek wordt toegestaan indien en voor zover de rente opbrengsten niet worden verrekend met voorvoegingsverliezen.¹⁷⁰ Indien het 10a-besluit hierop van toepassing is zullen de rente kosten nooit in aftrek worden beperkt. Dit is in lijn met het doel van art. 10a Wet VpB 1969, meer specifiek met de compenserende heffingstoets. De rente opbrengsten kunnen immers nooit verrekend worden met voorvoegingsverliezen door toepassing van art. 15ah, lid 3, Wet VpB 1969.

Vervolgens het geval waarbij door aanwezigheid van fiscale eenheidsverliezen niet wordt voldaan aan de compenserende heffingstoets. Zoals genoemd wordt art. 10a Wet VpB 1969 toegepast als ware er geen fiscale eenheid is.¹⁷¹ Voor de verrekening van verliezen wordt de fiscale eenheid echter behandeld als één belastingplichtige.¹⁷² Dit verschil in behandeling heeft als gevolg dat de rente kosten van een interne lening mogelijk in aftrek worden beperkt, terwijl deze interne lening op niveau van de fiscale eenheid geen fiscale gevolgen zou hebben.

In de parlementaire behandeling wordt genoemd dat alleen al de aanwezigheid van fiscale eenheidsverliezen als gevolg heeft dat niet is voldaan aan de compenserende heffingstoets.¹⁷³ Dit terwijl in afwezigheid van een fiscale eenheid door de compenserende heffingstoets de rente kosten slechts in aftrek worden beperkt indien de rente opbrengsten worden verrekend met verliezen.¹⁷⁴ Van den Heuvel en Hofman¹⁷⁵ menen dat het in aftrek beperken van de rente door enkel de aanwezigheid van fiscale eenheidsverliezen ongerijmd is met doel en strekking van art. 10a Wet VpB 1969. Zij voegen hier vervolgens aan toe dat fiscale eenheidsverliezen irrelevant zijn voor de belastingheffing ten aanzien van een interne lening. Mijns inziens zal de wetgever ten aanzien van de voorgaande situatie met een oplossing moeten komen om dit in overeenstemming met het doel van art. 10a Wet VpB 1969 te laten zijn. Rente kosten in aftrek beperken, terwijl de renteconstructie nooit belastingbesparing ten doel kan hebben, is immers niet in overeenstemming met het doel van art. 10a Wet VpB 1969.

In grensoverschrijdende situaties kan het niet zien van een lening aan een verbonden entiteit winstdrainage als gevolg hebben. Een interne lening binnen de fiscale eenheid is voor de belastingheffing volstrekt irrelevant. Beide situaties worden door de Wet spoedreparatie fiscale eenheid voor art. 10a Wet VpB 1969 echter op gelijke wijze behandeld. De reden van de wetgever is dat deze gelijke behandeling, zoals ook bij de dubbele zakelijkheidstoets, in elk geval in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging.¹⁷⁶ Het gevolg van de gelijke behandeling is dat er situaties binnen de fiscale eenheid ontstaan die, naar mijn mening, niet in lijn zijn met het doel van art. 10a Wet VpB 1969. In mijn optiek is het bij de compenserende heffingstoets, in tegenstelling tot bij de dubbele heffingstoets, mogelijk dat de wetgever oplossingen biedt waardoor de situaties weer in lijn zijn met het doel van art. 10a Wet VpB 1969.

¹⁶⁹ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, Stcrt. 2013, 8768, onderdeel 4.3.1.

¹⁷⁰ Van den Heuvel & Hofman, WFR 2019/117.

¹⁷¹ Art. 15, lid 16, Wet VpB 1969.

¹⁷² Art. 15, lid 1 en lid 2, juncto art. 20 Wet VpB 1969.

¹⁷³ *Kamerstukken I* 2018/19, 34 959, C, p. 13.

¹⁷⁴ Art. 10a, lid 3, onderdeel b, Wet VpB 1969.

¹⁷⁵ Van den Heuvel & Hofman, WFR 2019/117.

¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 34 959, 7, p. 29.

Een mogelijke oplossing is om de toetsing van de tegenbewijsregelingen van art. 10a Wet VpB 1969 op fiscale eenheidsniveau plaats te laten vinden. Dit kan worden behaald door het zestiende lid van art. 15 Wet VpB 1969 zo aan te passen dat deze niet van toepassing is op de tegenbewijsregelingen. Omdat hierbij mogelijk sprake is van een inbreuk op de vrijheid van vestiging, waardoor de wetgever dit in eerste instantie niet heeft gedaan, is het niet waarschijnlijk dat de wetgever deze oplossing zal toepassen.

Een andere optie is in mijn optiek de aanpassing van de dubbele zakelijkheidstoets dan wel de compenserende heffingstoets in art. 10a Wet VpB 1969. Met name de aanpassing van de compenserende heffingstoets met betrekking tot verliezen binnen een fiscale eenheid is naar mijn mening een geschikte oplossing. Mijns inziens zal dit namelijk niet leiden tot een ongeoorloofde strijdigheid met de vrijheid van vestiging.

Dan nu de situatie waarbij een 'besmette' rechtshandeling binnen fiscale eenheid voor de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 zichtbaar wordt door de Wet spoedreparatie fiscale eenheid. Bij afwezigheid van een fiscale eenheid zouden deze rechtshandelingen ook zichtbaar zijn. In mijn optiek is deze situatie in lijn met het doel van art. 10a Wet VpB 1969. Voorheen kregen maatschappijen in een fiscale eenheid enkel een 'voorkeursbehandeling' ten opzichte van niet gevoegde entiteiten.

4.4. Tussenconclusie

De prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie heeft ten gevolg dat de 'per-elementbenadering' toegepast dient te worden op voordelen van de fiscale eenheid. Dit is ook het geval bij de voordelen van de fiscale eenheid met betrekking tot art. 10a Wet VpB 1969. Het toekennen van de voordelen van de fiscale eenheid met betrekking tot art. 10a Wet VpB 1969 heeft mogelijk verschillende, voor de Nederlandse belastingdienst onwenselijke, gevolgen. Zo ontstaat door de 'per-elementbenadering' de mogelijkheid tot winstdrainage, dit is de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag. Met art. 10a Wet VpB 1969 tracht de wetgever deze winstdrainage juist te bestrijden. Door de 'per-elementbenadering' wordt de doeltreffendheid en het toepassingsbereik van dit artikel dus beperkt.

Als reactie op de prejudiciële beslissing heeft de wetgever een wetswijziging doorgevoerd, de zogenoemde Wet spoedreparatie fiscale eenheid. Met deze wetswijziging wordt voor de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 als het ware door de fiscale eenheid heen gekeken. Het gevolg hiervan is dat de 'per-elementbenadering' geen toepassing meer kan vinden op art. 10a Wet VpB 1969, aangezien binnenlandse gevallen nu hetzelfde worden behandeld als grensoverschrijdende gevallen. Daarnaast heeft deze wetswijziging als gevolg dat ook binnenlandse situaties geen voordeel meer kunnen verkrijgen van voeging in fiscale eenheid met betrekking tot art. 10a Wet VpB 1969. Uit de parlementaire behandeling van deze wetswijziging kan worden afgeleid dat dit voor art. 10a Wet VpB 1969 situaties binnen een fiscale eenheid onwenselijke gevolgen heeft. Dit is het geval bij een interne lening binnen de fiscale eenheid. Deze situatie kan nooit belastingbesparing ten doel hebben, aangezien een interne lening binnen de fiscale eenheid volstrekt irrelevant is voor de belastingheffing. Toch moet in deze situatie de dubbele zakelijkheid en compenserende heffing worden getoetst alsof er geen fiscale eenheid aanwezig is. Hierdoor is het mogelijk dat niet aan deze tegenbewijsregelingen wordt voldaan, terwijl hier op fiscale eenheidsniveau wel aan zou worden voldaan.

De door de Wet spoedreparatie fiscale eenheid gecreëerde art. 10a Wet VpB 1969 situaties binnen fiscale eenheid, welke naar mijn mening als onwenselijk kunnen worden aangemerkt, zijn allemaal het gevolg van aanwezigheid van verliezen binnen fiscale eenheid. Mijns inziens dient de wetgever

hiertoe een oplossing te bieden, zodat de doeltreffendheid van art. 10a Wet VpB 1969 voor alle situaties wordt hersteld.

In mijn optiek biedt het aanpassen van het zestiende lid van art. 15 Wet VpB 1969, dan wel het aanpassen van de tegenbewijsregelingen van art. 10a Wet VpB 1969, met betrekking tot aanwezigheid van verliezen binnen fiscale eenheid mogelijk een algemene oplossing. Aangezien de aanpassing van art. 15, lid 16, Wet VpB 1969 mogelijk leidt tot een inbreuk op de vrijheid van vestiging, is de aanpassing van art. 10a Wet VpB 1969 naar mijn mening een meer geschikte optie.

De specifieke situatie waarbij niet wordt voldaan aan de compenserende heffingstoets door de aanwezigheid van voorvoegingsverliezen kan in mijn optiek op vrij eenvoudige wijze worden opgelost. Door hier onderdeel 4.3.1 van het 10a-besluit toepassing op te laten vinden, zal in deze situatie immers nooit sprake zijn van de, naar mijn mening onterechte, beperking van de renteaftrek. Door de toepassing van art. 15ah lid 3 Wet VpB 1969 kunnen voorvoegingsverliezen nooit verrekend worden met rente opbrengsten van de 10a-lening. Door toepassing van het 10a-besluit worden de rente kosten bij de andere maatschappij niet in aftrek beperkt.

5. Conclusie

5.1. Eindconclusie

Met de beantwoording van prejudiciële vragen van de Hoge Raad heeft het Hof van Justitie in wezen besloten dat transacties tussen in de EU gevestigde entiteiten, onder voorwaarden, de voordelen van de Nederlandse fiscale eenheid ex. art. 15 Wet VpB 1969 met betrekking tot onder andere de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 dienen te verkrijgen. Dit wordt de ‘per-elementbenadering’ genoemd. Als reactie hierop heeft de Nederlandse wetgever een wetwijziging doorgevoerd, de Wet spoedreparatie fiscale eenheid. Door deze wetwijziging wordt onder andere art. 10a Wet VpB 1969 toegepast als ware er geen fiscale eenheid aanwezig is. Zowel binnenlandse als grensoverschrijdende situaties kunnen door de wijziging geen voordelen meer verkrijgen van de fiscale eenheid met betrekking tot art. 10a Wet VpB 1969.

Art. 10a Wet VpB 1969 is antimisbruik wetgeving, opgenomen in de Wet VpB 1969. Met dit artikel tracht de wetgever de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag door middel van onzakelijke renteconstructies binnen concern tegen te gaan door een aftrekbeperking. De uitholling wordt ook wel winstdrainage genoemd, waardoor het artikel de naam ‘antiwinstdrainageregeling’ heeft gekregen. Voeging in een fiscale eenheid heeft verschillende voordelen met betrekking tot de toepassing van de antiwinstdrainageregeling. Om de beslissing van de wetgever om de wetwijziging door te voeren te begrijpen is het de vraag hoe de beslissing van het Hof van Justitie de doeltreffendheid en reikwijdte van de antiwinstdrainageregeling beïnvloed. Daarnaast is het de vraag hoe de wetwijziging zich verhoudt tot de doeltreffendheid en reikwijdte van deze regeling. In deze scriptie stond de volgende probleemstelling dan ook centraal:

Hoe wordt de doeltreffendheid van art. 10a Wet VpB 1969 beïnvloed door de toepassing van de ‘Wet spoedreparatie fiscale eenheid’?

Om tot een antwoord op deze vraag te komen is allereerst het doel en de strekking van art. 10a Wet VpB 1969 uiteengezet. Uit de achtergrond en totstandkoming hiervan kan het doel en de strekking van het oorspronkelijke artikel worden afgeleid. De wetgever heeft het artikel ingevoerd om op grond van een wettelijke bepaling winstdrainage door interne verhangingen en kasronddjes te bestrijden. Winstdrainage is de onzakelijke uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag middels kunstmatige renteconstructies. Door wijzigingen in het artikel bestrijdt het huidige artikel daarnaast ook winstdrainage door externe acquisities. Art. 10a Wet VpB 1969 is een renteaftrekbeperking voor rente kosten van onzakelijke schuldverhoudingen met verbonden entiteiten, indien de schuldverhouding verband houdt met een ‘besmette’ rechtshandeling. Aangezien zakelijk handelen niet onder de toepassing van het artikel dient te vallen, wordt de rente niet in aftrek beperkt indien voldaan is aan een van de tegenbewijsregelingen.

Vervolgens is de werking van de Nederlandse fiscale eenheid in de Wet VpB 1969 uitgewerkt, voor zover dit van belang is voor de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969. Het fiscale eenheidsregime is opgenomen in art. 15 Wet VpB 1969 en verder. Voeging in een fiscale eenheid heeft als gevolg dat de gevoegde entiteiten worden behandeld als ware zij één belastingplichtige. Onderlinge rechtshandelingen en schuldverhoudingen binnen de fiscale eenheid worden hierdoor niet gezien. De toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 vereist een lening en een daarmee verband houdende rechtshandeling, waardoor met betrekking tot dit artikel voordelen kunnen worden verkregen door het aangaan van een fiscale eenheid.

In het laatste hoofdstuk is eerst de invloed van de ‘per-elementbenadering’ op de doeltreffendheid van art. 10a Wet VpB 1969 onderzocht. Het Hof van Justitie heeft in de beantwoording van de

prejudiciële vragen getoetst of het niet toekennen van de voordelen van de fiscale eenheid aan in andere lidstaten gevestigde entiteiten gerechtvaardigd is. Hierbij wordt echter slechts getoetst of het niet toekennen van deze voordelen misbruik voorkomt ten aanzien van art. 15 Wet VpB 1969 en wordt geen rekening gehouden met het voorkomen van misbruik door een gecombineerde toepassing van art. 15 Wet VpB 1969 en art. 10a Wet VpB 1969. De prejudiciële beslissing heeft ten gevolg dat de ‘per-elementbenadering’ toegepast dient te worden op voordelen van de fiscale eenheid. In andere lidstaten gevestigde entiteiten dienen hierdoor dezelfde voordelen te verkrijgen als maatschappijen die gevoegd zijn in een fiscale eenheid voor, onder andere, de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969. Door toepassing van de ‘per-elementbenadering’ op art. 10a Wet VpB 1969 worden de schuldverhoudingen en rechtshandelingen met in andere lidstaten gevestigde, verbonden entiteiten mogelijk niet gezien. Het niet zichtbaar zijn van een lening dan wel een ‘besmette’ rechtshandeling met een verbonden entiteit kan leiden tot een verminderde doeltreffendheid van art. 10a Wet VpB 1969. Het is hierdoor dus mogelijk om gedeeltelijk de Nederlandse belastinggrondslag uit te hollen. Dat de wetgever dit onwenselijk acht, kan worden afgeleid uit haar reactie om hiertoe een wetswijziging, de Wet spoedreparatie fiscale eenheid, door te voeren.

De invloed van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid op de doeltreffendheid van art. 10a Wet VpB 1969 is als laatste onderzocht. De wetswijziging is de reactie van de wetgever op de ‘per-elementbenadering’. Met de wetswijziging wordt in art. 15 Wet VpB 1969 een lid toegevoegd waardoor voor de toepassing van, onder andere, art. 10a Wet VpB 1969 als het ware door de fiscale eenheid heen wordt gekeken. Zowel binnenlandse fiscale eenheden, als grensoverschrijdende concerns kunnen door de wetswijziging geen voordelen meer verkrijgen van de fiscale eenheid respectievelijk de ‘per-elementbenadering’ met betrekking tot art. 10a Wet VpB 1969. Het met de wetswijziging beoogde doel van de wetgever dat de ‘per-elementbenadering’ geen toepassing meer vindt op art. 10a Wet VpB 1969 is hiermee bevredigd. Echter leidt de wetswijziging bij art. 10a Wet VpB 1969 situaties binnen fiscale eenheid tot enkele gevolgen welke in mijn optiek niet in lijn zijn met het doel van deze regeling. Binnen de fiscale eenheid kunnen schuldverhoudingen nooit tot belastingbesparing leiden, waardoor zakelijkheid een gegeven is. Ook rechtshandelingen tussen verschillende maatschappijen in de fiscale eenheid zijn fiscaal volstrekt irrelevant. Toch leidt de toepassing van de wetswijziging tot situaties waarbij art. 10a Wet VpB 1969 toepassing vindt ten aanzien van transacties binnen fiscale eenheid. Geacht wordt dat bij aanwezigheid van fiscale eenheidsverliezen of voorvoegingsverliezen nooit is voldaan aan de compenserende heffingstoets, terwijl het al dan niet aanwezig zijn van een lening binnen fiscale eenheid in geen enkele situatie leidt tot een voordeel ten aanzien van de verrekening van verliezen. Mijns inziens dient de wetgever hiertoe een oplossing te bieden, zodat de doeltreffendheid van art. 10a Wet VpB 1969 voor alle situaties wordt hersteld.

5.2. Discussie en aanbevelingen

Vanwege de strikte afbakening van deze scriptie, is enkel besproken hoe de ‘per-elementbenadering’ en de Wet spoedreparatie fiscale eenheid de toepassing van art. 10a Wet VpB 1969 beïnvloeden. De toepassing van beide heeft echter op tal van andere bepalingen invloed.¹⁷⁷ In deze scriptie is duidelijk geworden dat de doeltreffendheid van art. 10a Wet VpB 1969 wordt aangetast en dat naar mijn mening de wetgever oplossingen moet bieden om de doeltreffendheid te herstellen. De mogelijkheid bestaat dat ook de doeltreffendheid van andere bepalingen wordt aangetast. Hiermee verdient het effect van de ‘per-elementbenadering’ en de Wet spoedreparatie fiscale eenheid op de andere artikelen wellicht verder onderzoek.

¹⁷⁷ F.J. Elswier, *‘De fiscale eenheid bij grensoverschrijdende situaties’*, Thema fiscaal, Deventer: Kluwer 2019.

De fiscale eenheid in de Wet VpB 1969 leidt tot de behandeling van meerdere maatschappijen als ware zij één belastingplichtige zijn¹⁷⁸, hieruit volgen verschillende voordelen. Ook zijn enkele nadelen verbonden aan de fiscale eenheid. Enkele van deze nadelen zijn het eenmaal gebruik kunnen maken van de tariefopstap van 20% in de vennootschapsbelasting¹⁷⁹, voor elke gevoegde maatschappij moet nog steeds een afzonderlijke jaarrekening worden vastgesteld en ingediend¹⁸⁰ en voor de verrekening van voorvoegingsverliezen dient winstsplitsing plaats te vinden, waardoor dit leidt tot extra administratieve werkzaamheden^{181, 182}. Door de toepassing van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid dienen ook bepaalde antimisbruikmaatregelen toegepast te worden als ware er geen fiscale eenheid is.¹⁸³ De vraag die als gevolg hiervan kan worden gesteld is of het fiscale eenheidsregime aan verandering toe is, omdat de nadelen van een fiscale eenheid mogelijk groter zijn dan de voordelen hiervan. Wellicht kan de oplossing worden gevonden in onderzoek naar mogelijke alternatieven voor het fiscale eenheidsregime.

¹⁷⁸ Art. 15, lid 1 en lid 2, Wet VpB 1969.

¹⁷⁹ Art. 15, lid 1 en lid 2 juncto. Art. 22 Wet VpB 1969.

¹⁸⁰ Art. 8 Besluit fiscale eenheid 2003.

¹⁸¹ Art. 15ah Wet VpB 1969.

¹⁸² F.J. Elswelier, *'De fiscale eenheid bij grensoverschrijdende situaties'*, Thema fiscaal, Deventer: Kluwer 2019.

¹⁸³ Art. 15, lid 16, Wet VpB 1969.

Literatuurlijst

Besluiten van de Staatssecretaris van Financiën

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 17 december 2002, Stb. 2002, 646.

Besluit Staatssecretaris van Financiën van 25 maart 2013, Stcrt. 2013, 8768

Jurisprudentie

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

HvJ EG, 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763 (*Marks & Spencer*).

Het Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 25 februari 2010, C-377/08, ECLI:EU:C:2010:89 (*X-Holding*).

HvJ EU 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:2015:524 (*Groupe Steria*).

HvJ EU 6 oktober 2015, C-66/14, ECLI:EU:C:2015:661 (*Finanzamt Linz*).

HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16, C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (X).

De Hoge Raad

HR 26 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:ZC4024.

HR 7 juni 1989, ECLI:NL:HR1989:ZC4049.

HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8423.

HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:BH8568.

HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5281

HR 10 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5286.

HR 20 september 1995, ECLI:NL:PHR:1995:AA1682.

HR 27 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA1668.

HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN3537.

HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT5858.

HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:224.

HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1460 (*Mauritiusarrest*).

HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1350 (*Telecomarrest*).

HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1351.

HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2016:640 (*Credit Suisse*).

HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1968.

Literatuur

Algemene Rekenkamer 2005

Algemene Rekenkamer (2005), *Bureau Europees en Rijksbreed Doelmatigheidsonderzoek*.

Van Eijdsen, Kiekebeld & Smit 2019

J.A.R. van Eijdsen, B.J. Kiekebeld en D.S. Smit, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief* (FED fiscale brochures), Deventer: Kluwer 2019.

Elsweier 2019

F.J. Elswieier, *'De fiscale eenheid bij grensoverschrijdende situaties'*, Thema fiscaal, Deventer: Kluwer 2019.

Heithuis 2018

E.J.W. Heithuis, *De per-elementbenadering in de fiscale eenheid en de spoedreparatie* (FED fiscale brochures), Deventer: Kluwer 2018, afl. 5.

Van den Heuvel & Hofman, WFR 2019/117

P.W.H. van den Heuvel, A.W. Hofman, *'Spoedreparatie fiscale eenheid en interne 10a-leningen'*, *WFR* 2019/117, afl. 7290.

Meijer 2001

D.G.A. Meijer, *Winstdrainage* (FED fiscale brochures), Deventer: Kluwer 2001.

Organisation for Economic Cooperation and Development Statistics

'Table II.1. Statutory corporate income tax rate', *OECD stats* 10 juli 2017, stats.oecd.org (zoek op statutory corporate income tax rate).

Van Strien 2007

J. van Strien, *Renteaftrekbepalingen in de Vennootschapsbelasting (fiscale monografieën, nr. 119)*, Deventer: Kluwer 2007.

Strik 2019

S.A.J.W. Strik, *Cursus belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Deventer: Kluwer 2019.

Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, Deventer: Kluwer (online).

Vakstudie Vennootschapsbelasting

Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer (online).

Parlementaire stukken

De Eerste Kamer der Staten-Generaal

Kamerstukken I 2006/07, 30572, C.

Kamerstukken I 2006/07, 30572, F.

Kamerstukken I 2018/19, 34959, A.

Kamerstukken I 2018/19, 34959, C.

De Tweede Kamer der Staten-Generaal

Kamerstukken II 1991/92, 22338, 3.

Kamerstukken II 1995/96, 24696, 3.

Kamerstukken II 1995/96, 24696, 5.

Kamerstukken II 2005/06, 30571, 3.

Kamerstukken II 2005/06, 30572, 8.

Kamerstukken II 2018/19, 34959, 7.