

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie

Een verliesoverdrachtsregeling in de Wet Vpb 1969

Een analyse naar de samenloop tussen een verliesoverdrachtsregeling en de
bestaande deelnemingsvrijstelling en liquidatieverliesregeling

Naam student: Lesly Harinck

Studentnummer: 328247

Begeleider: drs. M.J.A.M. (Michael) van Gijlswijk

Tweede beoordelaar: prof. dr. P. Kavelaars

Datum definitieve versie: 13 juli 2020

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

Lijst van gebruikte afkortingen	5
Hoofdstuk 1: Inleiding	6
1.1 Introductie	6
1.2 Onderzoeksvraag	9
1.3 Opzet.....	10
1.4 Afbakening	10
Hoofdstuk 2: De group relief-regeling in het Verenigd Koninkrijk	12
2.1 Inleiding.....	12
2.2 Hoofdpijnen van de group relief-regeling	12
2.3 De overdragende vennootschap.....	14
2.3.1 Overdraagbare verliezen.....	14
2.3.2 In het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen	17
2.3.3 Vennootschappen met een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk	17
2.3.4 Dual residents	18
2.3.5 In het buitenland gevestigde vennootschappen zonder vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk	19
2.4 De claimende vennootschap.....	21
2.4.1 Groepsvereisten.....	21
2.4.2 Consortiumvereisten.....	24
2.4.3 Verrekening van geclaimd verlies	27
2.4.4 Restricties verrekening van geclaimd verlies in consortiumverband	29
2.5 Toetsing group relief-regeling aan EU-jurisprudentie	30
2.5.1 Toetsingskader Hof van Justitie van de Europese Unie	31
2.5.2 Vestigingsplaatsvereisten	32
2.5.2.1 Zaak ICI	33
2.5.2.2 Zaak X AB & Y AB.....	33
2.5.2.3 Zaak Papillon	34

2.5.2.4 Zaak Philips Electronics	34
2.5.2.5 Zaak Felixstowe	35
2.5.2.6 Zaken SCA, X AG en MSA.....	36
2.5.2.7 Toetsing group relief-regeling.....	37
2.5.3 Grensoverschrijdende verliesverrekening	41
2.5.3.1 Zaak Marks & Spencer	41
2.5.3.2 Zaak Oy AA (winstoverdracht)	42
2.5.3.3 Zaak X-Holding	42
2.5.3.4 Zaak Holmen	43
2.5.3.5 Toetsing group relief-regeling.....	44
2.5.4 Per elementbenadering	46
2.5.4.1 Groupe Steria SCA.....	46
2.5.4.2 Finanzamt Linz	47
2.5.4.3 X BV & X NV.....	48
2.5.4.4 Toetsing group relief-regeling.....	50
2.6 Deelconclusie	50
Hoofdstuk 3: Een verliesoverdrachtsregeling in de Wet Vpb 1969	52
3.1 Vervangen huidige fiscale eenheid door verliesoverdrachtsregeling.....	52
3.2 Uit te sluiten elementen van de Britse group relief-regeling	53
3.3 Deelconclusie	54
Hoofdstuk 4: Samenloop verliesoverdrachtsregeling met bestaande regelingen in de Wet Vpb 1969	56
4.1 Samenloop verliesoverdracht met de deelnemingsvrijstelling	56
4.1.1 Ratio en werking van de deelnemingsvrijstelling	57
4.1.2 Moedermaatschappij draagt verlies over aan dochtermaatschappij.....	59
4.1.2.1 Fiscale gevolgen zonder verliesoverdracht.....	60
4.1.2.2 Fiscale gevolgen met verliesoverdracht.....	61
4.1.2.3 Kwalificatie voordelen door verliesoverdracht.....	62

4.1.2.4 Toetsing aan ne-bis-in-idembeginsel	64
4.1.3 Dochtermaatschappij draagt verlies over aan moedermaatschappij.....	65
4.1.4 Verliesoverdracht tussen zustermaatschappijen.....	66
4.1.5 Samenloop in relatie tot de ratio van de deelnemingsvrijstelling	67
4.2 Samenloop verliesoverdracht met de liquidatieverliesregeling	67
4.2.1 Ratio en werking van de liquidatieverliesregeling	68
4.2.2 Verliezen van dochtermaatschappij zijn gelijk aan het liquidatieverlies	71
4.2.2.1 Liquidatieverlies zonder mogelijkheid tot verliesoverdracht	71
4.2.2.2 Liquidatieverlies met mogelijkheid tot verliesoverdracht	72
4.2.2.2.1 Recht op enigerlei tegemoetkoming ter zake van onverrekend gebleven verliezen	72
4.2.2.2.2 Visie Staatssecretaris van Financiën	73
4.2.2.2.3 Rechtbank Den Haag 31 oktober 2019	73
4.2.2.3 Toetsing aan ratio liquidatieverliesregeling.....	75
4.2.3 Verliezen van dochtermaatschappij zijn kleiner dan het liquidatieverlies	76
4.2.4 Verliezen van dochtermaatschappij zijn groter dan het liquidatieverlies	77
4.2.5 Liquidatie van een tussenhoudstermaatschappij	79
4.2.6 Geclaimde verliezen voorafgaand aan liquidatie.....	80
4.2.7 Samenloop in relatie tot de ratio van de liquidatieverliesregeling	82
4.2.8 Benodigde aanpassingen	83
4.2.8.1 Overgedragen verliezen voorafgaand aan liquidatie.....	84
4.2.8.2 Geclaimde verliezen voorafgaand aan liquidatie.....	85
4.2.8.3 Meerdere aandeelhouders in de ontbonden vennootschap.....	87
4.3 Deelconclusie	88
Hoofdstuk 5: Samenvatting en conclusie.....	90
Literatuuroverzicht	94

Lijst van gebruikte afkortingen

Art.	Artikel
BIM	Business Income Manual
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CTA 2009	Corporation Tax Act 2009
CTA 2010	Corporation Tax Act 2010
CTM	Company Taxation Manual
EER	Europese Economische Ruimte
EU	Europese Unie
EG-verdrag	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
HR	Hoge Raad
Mln.	Miljoen
Rb.	Rechtbank
R.o.	Rechtsoverweging
Staatssecretaris	Staatssecretaris van Financiën
TCGA 1992	Taxation of Chargeable Gains Act 1992
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet Vpb 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Introductie

Sinds 1 januari 1970 kent Nederland de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: “Wet Vpb 1969”). Onder de Wet Vpb 1969 heft Nederland een winstbelasting van zowel in Nederland gevestigde lichamen als bepaalde niet in Nederland gevestigde lichamen. Deze lichamen (binnenlandse belastingplichtigen en buitenlandse belastingplichtigen) zijn genoemd in artikel 2 en 3 van de Wet Vpb 1969. Doorgaans vormen de lichamen zelfstandige rechtssubjecten met rechtspersoonlijkheid waardoor zij zelfstandig bezittingen en verplichtingen kunnen hebben en rechtshandelingen kunnen verrichten.¹ In beginsel betreft de Wet Vpb 1969 belastingplichtige lichamen afzonderlijk in de heffing. De fiscale eenheidsregeling van artikel 15 tot en met 15aj Wet Vpb 1969 vormt hierop een uitzondering. Belastingplichtigen die onderdeel van hetzelfde concern uitmaken, kunnen op verzoek en onder voorwaarden een fiscale eenheid vormen waardoor zij gezamenlijk als één belastingplichtige in de heffing worden betrokken voor de Wet Vpb 1969. Bij de vorming van een fiscale eenheid gaan bij fictie de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij(en) deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. Alsdan vindt belastingheffing plaats over het geconsolideerde resultaat bij de moedermaatschappij.

De fiscale eenheidsregeling in de Wet Vpb 1969 vindt zijn oorsprong in het Besluit op de Winstbelasting 1940. De regeling werd ingevoerd met de gedachte dat belastingplichtigen die activiteiten middels meerdere lichamen uitoefenen op het gebied van verliesverrekening geen fiscaal nadeel dienen te ondervinden ten opzichte van belastingplichtigen die hun activiteiten middels één lichaam uitoefenen.² Indien zich binnen een concern zowel winstgevende als verlieslijdende lichamen bevinden, zouden de winstgevende lichamen zonder de mogelijkheid om een fiscale eenheid te vormen naar hun totale winst worden belast zonder dat de verliezen van de overige lichamen tot een verlaging leiden van de door het concern in totaal verschuldigde belasting. Indien daarentegen alle activiteiten binnen één lichaam zouden zijn uitgeoefend, zouden de verlieslatende activiteiten wel tot een verlaging van de belastbare winst van dat lichaam leiden.

De fiscale eenheidsregeling in de Wet Vpb 1969 gaat verder dan alleen het onderling kunnen verrekenen van winsten en verliezen binnen het concern. Door gehele consolidatie van de

¹ Zie artikel 1 en artikel 3, Boek 2 van het Burgerlijk wetboek.

² Zie kamerstukken II 1999-2000, 26 854, nr. 3, p. 2

werkzaamheden en het vermogen van het concern, zijn onderlinge transacties fiscaal niet meer zichtbaar en leiden deze in beginsel niet meer tot een fiscaal resultaat.

In de afgelopen jaren is de fiscale eenheidsregeling steeds meer onder druk komen te staan door verschillende arresten in het EU-recht. Op 22 februari 2018 heeft de hoogste Europese rechter, het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU), geoordeeld dat de fiscale eenheidsregeling op onderdelen strijdig is met het EU-recht.³ In deze zaak stond de vraag centraal of een in Nederland gevestigde belanghebbende in aanmerking kon komen voor bepaalde voordelen van de fiscale eenheidsregeling, ondanks dat de belanghebbende geen fiscale eenheid kon vormen met haar elders in de EU-gevestigde dochtervennootschap. Dit wordt in de literatuur ook wel de ‘per-elementbenadering’ genoemd.⁴ Het vormen van een fiscale eenheid had wel mogelijk geweest indien de dochtervennootschap in Nederland was gevestigd. In zijn uitspraak beantwoordde het HvJ EU de vraag bevestigend.

De mogelijkheid voor belanghebbenden om zich te kunnen beroepen op specifieke voordelen van de fiscale eenheid, zonder daadwerkelijk een fiscale eenheid te kunnen vormen, zou mogelijk leiden tot verregaande uitholling van de belastinggrondslag in Nederland. Als reactie op de uitspraak van het HvJ EU zijn spoedreparatiemaatregelen getroffen om de mogelijke budgettaire gevolgen van het arrest voor toekomstige situaties tegen te gaan.⁵ Tevens kondigde de Staatssecretaris van Financiën (hierna: staatssecretaris) in de brief van 22 februari 2018⁶ aan dat de spoedreparatiemaatregelen zullen worden opgevolgd door een nieuwe toekomstbestendige concernregeling. De staatssecretaris spreekt daarbij zelfs over het einde van de unieke consolidatiegedachte van de fiscale eenheid. Tijdens de parlementaire behandeling herhaalt het kabinet dat de spoedreparatiemaatregelen op korte termijn dienen te worden opgevolgd door een (nieuwe) concernregeling die in lijn is met het EU-recht, omdat ondanks de spoedreparatiemaatregelen de onzekerheid blijft bestaan dat de fiscale eenheidsregeling op overige elementen in strijd is met het EU-recht.⁷ Daarbij spreekt het kabinet de wens uit om de mogelijkheid tot verrekening van winsten en verliezen binnen het concern te behouden.⁸

³ HvJ EU 22 februari 2018, zaak C-398/16 (X bv); HvJ EU 22 februari 2018, zaak C-399/16 (X nv)

⁴ Zie bijvoorbeeld E.J.W. Heithuis, *De per-elementbenadering in de fiscale eenheid en de spoedreparatie*, FED 2018/44 of D.M. Weber, *De per element benadering onder het fiscale-eenheidsregime nader bezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak*, WFR 2015/696.

⁵ Wet spoedreparatie fiscale eenheid, 4 juni 2018, 2017-2018 dossier 34959 nr. 2

⁶ Brief Staatssecretaris van Financiën, 22 februari 2018, 2018-0000023737

⁷ Kamerstukken II 2017-2018, 34 959, nr. 3, p. 5.

⁸ Kamerstukken II 2018-2019, 34 959, nr. 7, p. 21.

Op 17 juni 2019 is een keuzedocument met verschillende oplossingen voor een nieuwe groepsregeling ter consultatie aan het bedrijfsleven voorgelegd.⁹ Het streven is om medio 2020 een conceptwetsvoorstel gereed te hebben voor een nieuwe groepsregeling die in 2022 zal gaan gelden.

In het keuzedocument is een viertal oplossingsrichtingen geschetst ter opvolging van de spoedreparatiemaatregelen. Een van de opties is het implementeren van een verlies- of winstoverdrachtsregeling.¹⁰ Daarmee wordt de mogelijkheid tot verrekening van winsten en verliezen binnen het concern behouden. Een groepsregeling waarbij uitsluitend winsten en verliezen van vennootschappen binnen een concern kunnen worden verrekend, is volgens het Ministerie van Financiën verenigbaar met het EU-recht.¹¹ Tevens lijkt een dergelijke regeling robuust en juridisch bestendig vormgegeven te kunnen worden.

Een dergelijke regeling kan op verschillende manieren vormgegeven worden. De essentie is dat ieder lichaam dat tot een concern behoort zelfstandig de fiscale winst bepaalt. Afhankelijk van de gekozen vormgeving kan een lichaam zijn winst respectievelijk verlies overdragen aan een ander tot het concern behorend lichaam met een verlies respectievelijk winst. Ook kan gedacht worden aan een vorm waarbij de fiscale resultaten van de individuele lichamen gesaldeerd in aanmerking worden genomen bij één aan te wijzen lichaam van het concern.

In de literatuur pleiten meerdere auteurs voor een vorm waarin verliezen overdraagbaar zijn binnen een concern¹², ook wel verliesoverdrachtsregeling of ‘group relief-regeling’ genoemd. Binnen Europa hanteren meerdere landen, zoals Cyprus, Ierland, Litouwen, Malta en het Verenigd Koninkrijk een dergelijke groepsregeling.¹³ Indien Nederland een vorm van een verliesoverdrachtsregeling zal implementeren in de bestaande Wet VPB, ontstaan tal van vraagstukken over hoe een dergelijke regeling in samenhang met de overige bepalingen van de Wet VPB vormgegeven zou kunnen worden. In een nadere beschouwing voor alternatieve groepsregelingen benoemt Elswier het belang van een grondige analyse van een winst- of verliesoverdrachtsregeling alvorens een gedegen

⁹ Keuzedocument nieuwe groepsregeling, *Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting*, <https://www.internetconsultatie.nl/groepsregeling>.

¹⁰ De overige drie opties betreffen het continueren van de huidige fiscale eenheidsregeling met een eventuele uitbreiding van de spoedreparatiemaatregelen, het volledig afschaffen van de fiscale eenheidsregeling of grensoverschrijdende fiscale eenheidsregeling met objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten.

¹¹ Keuzedocument nieuwe groepsregeling, *Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting*, <https://www.internetconsultatie.nl/groepsregeling>, p. 6.

¹² Zie bijvoorbeeld F.M.A.M. van Merrienboer, *Onzakelijke leningen in concernverband: Een pleidooi voor een nieuwe concernfaciliteit in de Wet VPB 1969*, WFR 2012/739 en E.J.W. Heithuis, *Maak van de achterstand een voorsprong*, V-N 2018/11.0

¹³ R. Offermans, *Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht*, TFO 2016/146.2

keuze te kunnen maken.¹⁴ Inhoudelijk wijst Van de Streek in zijn position paper ten behoeve van de startbijeenkomst van 14 februari 2019 op de noodzaak van een correctiemechanisme ingeval een concernvennootschap failliet gaat.¹⁵

Dit onderzoek richt zich op de samenhang tussen een verliesoverdrachtsregeling en diverse bestaande bepalingen in de Wet Vpb 1969.

1.2 Onderzoeksvraag

Op basis van zowel het keuzedocument als de literatuur, lijkt een verliesoverdrachtsregeling een reële optie te zijn ter vervanging van de huidige fiscale eenheidsregeling in de Wet Vpb 1969. De vraag rijst hoe een verliesoverdrachtsregeling passend vormgegeven kan worden binnen de Wet Vpb 1969 en in hoeverre overige bepalingen binnen de Wet Vpb 1969 aanpassing behoeven indien een verliesoverdrachtsregeling wordt geïmplementeerd. In 2015 pleitte Heithuis al voor een regeling naar Brits model.¹⁶ Daarom ga ik voor het onderzoek uit van een verliesoverdrachtsregeling zoals de bestaande group relief-regeling van het Verenigd Koninkrijk. De onderzoeksvraag luidt:

Indien Nederland een verliesoverdrachtsregeling in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 implementeert die vergelijkbaar is met de group relief-regeling in het Verenigd Koninkrijk, in hoeverre dient dan de deelnemingsvrijstelling inclusief de liquidatieverliesregeling te worden aangepast? Of in hoeverre dient de overgenomen verliesoverdrachtsregeling te worden aangepast?

De beantwoording van de onderzoeksvraag gebeurt aan de hand van de volgende deelvragen:

- Hoe werkt de group relief-regeling van het Verenigd Koninkrijk?
- Hoe ziet de Nederlandse Wet Vpb 1969 eruit als de bestaande fiscale eenheidsregeling wordt vervangen door de group relief-regeling uit het Verenigd Koninkrijk, met uitzondering van elementen van de group relief-regeling die niet verenigbaar zijn met de systematiek van de Wet Vpb 1969?
- Wat zijn de gevolgen van een dergelijke verliesoverdrachtsregeling in combinatie met de bestaande deelnemingsvrijstelling en liquidatieverliesregeling?
- In hoeverre dient de bestaande deelnemingsvrijstelling inclusief liquidatieverliesregeling of de verliesoverdrachtsregeling aangepast te worden?

¹⁴ F.J. Elswier, *Een toekomstbestendige concernregeling voor de vennootschapsbelasting*, TFO 2019/164.1, p. 11

¹⁵ Position Paper J.L. van de Streek t.b.v. startbijeenkomst 'Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting' op 14 februari 2019, p. 4.

¹⁶ E.J.W. Heithuis, *Het einde van de fiscale eenheid Vpb in zicht?*, WFR 2015/1136

1.3 Opzet

In hoofdstuk 2 schets ik de group relief-regeling zoals deze is vormgegeven in het Verenigd Koninkrijk. Allereerst breng ik de regeling op hoofdlijnen in kaart, gevolgd door een nadere uiteenzetting van welke verliezen overgedragen kunnen worden en onder welke voorwaarden dit mogelijk is. Omdat het Nederlandse kabinet tot doel heeft om een groepsregeling te implementeren die in lijn is met het EU-recht, zal ik vervolgens toetsen of de group relief-regeling in lijn is met de huidige stand van de EU-jurisprudentie.

In hoofdstuk 3 beschrijf ik hoe de Nederlandse Wet Vpb 1969 eruitziet indien de group relief-regeling van het Verenigd Koninkrijk een op een wordt overgenomen in de Wet Vpb 1969 ter vervanging van de huidige fiscale eenheidsregeling. Omdat de naar de winst geheven belasting van vennootschappen in het Verenigd Koninkrijk andere grondslagen kent, zullen de elementen van de group relief-regeling die niet verenigbaar zijn met de grondslagen van Wet Vpb 1969, uitgesloten worden.

In hoofdstuk 4 werk ik aan de hand van verschillende scenario's uit hoe de overgenomen verliesoverdrachtsregeling zal uitwerken in combinatie met de bestaande deelnemingsvrijstelling en liquidatieverliesregeling in de Wet Vpb 1969. Op basis van de bevindingen zal onderzocht worden in hoeverre de verliesoverdrachtsregeling of de deelnemingsvrijstelling inclusief liquidatieverliesregeling aanpassing behoeven.

In hoofdstuk 5 sluit ik af met een samenvatting en conclusie.

1.4 Afbakening

Het onderzoek is gericht op de verrekening van verliezen binnen concerns middels een groepsregeling. Overige aspecten van een groepsregeling zoals eventuele reorganisatiefaciliteiten, welke toegangsvereisten zouden moeten gelden of hoe de aansprakelijkheid geregeld dient te worden, behandel ik niet. Daarnaast strekt het onderzoek zich niet tot de vraag of en in hoeverre het fiscaal negeren van onderlinge transacties binnen het concern behouden zouden moeten worden bij de nieuw vorm te geven groepsregeling.

De group relief-regeling in het Verenigd Koninkrijk hangt nauw samen met de overige wetgeving in het Verenigd Koninkrijk inzake de belasting naar de winst van vennootschappen. Voor het in kaart brengen van de werking van de group relief-regeling beperk ik mij tot de essentiële kenmerken daarvan die nodig zijn voor een goed begrip van de regeling.

Bij het onderzoeken van de gevolgen van een nieuw te implementeren groepsregeling op bestaande regelingen, beperk ik mij tot de gevolgen voor de deelnemingsvrijstelling en de liquidatieverliesregeling.

Indien gesproken wordt over financiering middels vreemd vermogen, wordt ervan uitgegaan dat er vanuit fiscaal oogpunt sprake is van een geldlening. Er wordt geabstraheerd van situaties waarin leningen feitelijk fungeren als kapitaal.¹⁷

Bij het uitwerken van verschillende scenario's waarin de verliesoverdrachtsregeling wordt toegepast, beperk ik mij vanwege de omvang van het onderzoek tot structuren waarbij de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Derhalve behandel ik geen situaties waarin de deelnemingsverrekening van toepassing is.

¹⁷ Hierbij wordt bedoeld op de schijnlening, bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening.

Hoofdstuk 2: De group relief-regeling in het Verenigd Koninkrijk

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de eerste deelvraag centraal: *Hoe werkt de group relief-regeling van het Verenigd Koninkrijk?* Ter beantwoording van deze deelvraag start ik in paragraaf 2.2 met een beschrijving van de hoofdlijnen van de Britse group relief-regeling, welke het mogelijk maakt om binnen concernverband verliezen van de ene vennootschap over te dragen aan een andere vennootschap. In paragraaf 2.3 staat de overdragende vennootschap centraal. Voor de overdragende vennootschap gelden specifieke regels voor de overdraagbaarheid van bepaalde verliezen. Hierbij wordt onderscheid gemaakt naar verschillende soorten verliezen. Na de regels omtrent de overdraagbaarheid van bepaalde verliezen behandel ik welke vennootschappen kwalificeren als overdragende vennootschap en in hoeverre zij verliezen over kunnen dragen. In paragraaf 2.4 staat de vennootschap centraal die een overgedragen verlies van een andere vennootschap binnen het concern verrekent met haar eigen winst, hierna aangeduid als de claimende vennootschap. Bij het claimen van een verlies wordt getoetst of en in hoeverre de claimende en de overdragende vennootschap deel uitmaken van hetzelfde concern. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen concernrelaties in groepsverband en concernrelaties in consortiumverband. Allereerst behandel ik wanneer sprake is van een groep of consortium. Vervolgens behandel ik in hoeverre overgedragen verliezen door de claimende vennootschap verrekend kunnen worden en op welke manier dit mogelijk is. Na inzicht te hebben verkregen in de group relief-regeling zal ik deze regeling in paragraaf 2.5 toetsen aan de huidige stand van de EU-jurisprudentie met betrekking tot groepsregelingen in de winstbelasting. Nederland wil immers een toekomstbestendige groepsregeling introduceren die in lijn is met het EU-recht. Ik sluit het hoofdstuk af met een deelconclusie in paragraaf 2.6.

2.2 Hoofdlijnen van de group relief-regeling

Het Verenigd Koninkrijk heft een winstbelasting van vennootschappen¹⁸ waarvan de basis is vastgelegd in drie verschillende wetten. Deze drie wetten, gezamenlijk de Corporation Tax Acts genoemd, zijn de Corporation Tax Act 2009 (hierna: CTA 2009), de Corporation Tax Act 2010 (hierna: CTA 2010) en de Taxation of Chargeable Gains Act 1992 (hierna: TCGA 1992). Vennootschappen zijn zelfstandig belastingplichtig voor de Corporation Tax Acts. Derhalve wordt de belastbare winst per vennootschap vastgesteld. Indien meerdere vennootschappen een concern vormen, kan onder

¹⁸ In de ACT 2010 worden belastingplichtigen aangeduid met het begrip 'company'. Volgens artikel 1121, ACT 2010 wordt onder 'company' verstaan: "any body corporate or unincorporated association" maar met uitzondering van "a partnership, a co-ownership scheme, a local authority or a local authority association".

voorwaarden gebruik gemaakt worden van de group relief-regeling. De group relief-regeling is uitgewerkt in part 5 en part 5A van de CTA 2010 en heeft tot doel dat verliezen van een vennootschap verrekend kunnen worden met winsten van een andere vennootschap binnen hetzelfde concern. De gedachte achter deze regeling is dat bij concernvorming meerdere vennootschappen tezamen als een economische eenheid gezien worden waarbij de economische eenheid in zijn geheel belastbare winst genereert. Dat verschillende vennootschappen binnen het concern verschillende activiteiten uitvoeren doet aan deze economische eenheidsgedachte niet af. De Britse overheid maakt hierbij de vergelijking met een natuurlijke persoon die meerdere bronnen van inkomen heeft waarvan de verschillende inkomens geaggregeerd in de heffing worden betrokken.¹⁹ Indien een vennootschap als onderdeel van een concern een verlies lijdt, dient dit verlies daarom verrekend te kunnen worden met winsten van andere vennootschappen binnen het concern zodat het concern naar haar totale winst belast wordt. Het concern wordt in tegenstelling tot de huidige Nederlandse fiscale eenheid niet als één belastingplichtige beschouwd voor fiscale doeleinden. De group relief-regeling voorziet alleen in het kunnen verrekenen van winsten en verliezen binnen het concern.

De kern van de group relief-regeling blijkt uit artikel 97 lid 1 van de CTA 2010. Deze houdt in dat een vennootschap afstand kan doen van haar geleden verlies zodat een andere vennootschap binnen hetzelfde concern dit verlies onder voorwaarden kan claimen en verrekenen met haar eigen winst. Wanneer sprake is van een overdraagbaar verlies en welke vennootschappen kwalificeren als overdragende vennootschap is uitgewerkt in Chapter 2 en Chapter 3, Part 5 van de CTA 2010. In paragraaf 2.3 van dit onderzoek ga ik hier nader op in. Wanneer een vennootschap een verlies heeft afgestaan ten behoeve van verliesoverdracht, kan de claimende vennootschap dit verlies geheel of gedeeltelijk claimen en verrekenen met haar eigen belastbare winst. Hiertoe dient de claimende vennootschap gedurende een bepaalde periode onderdeel te hebben uitgemaakt van hetzelfde concern. De regels om te beoordelen of sprake is van een concern, alsmede de bepalingen omtrent het kunnen claimen en verrekenen van afgestane verliezen zijn neergelegd in Chapter 4, Part 5 van de CTA 2010. Deze behandel ik verder in paragraaf 2.4 van dit onderzoek.

De group relief-regeling biedt ook de mogelijkheid tot overdracht van verliezen uit voorgaande boekjaren die voorwaarts verrekenbaar zijn. De voorwaarden hiervoor zijn vastgelegd in Part 5A, CTA 2010.

¹⁹ Zie CTM80105

2.3 De overdragende vennootschap

Indien een vennootschap verlies lijdt, kan dit verlies onder voorwaarden afgestaan worden voor verliesoverdracht. Er gelden voorwaarden voor de overdraagbaarheid van bepaalde verliezen alsmede voor de vennootschap die een verlies wil overdragen. Hierna worden in paragraaf 2.3.1 allereerst de voorwaarden voor de overdraagbaarheid van bepaalde verliezen behandeld. In de daaropvolgende paragrafen ga ik nader in op de vennootschappen die in aanmerking komen voor het overdragen van een verlies. Een overdragende vennootschap kan zowel in het Verenigd Koninkrijk als buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigd zijn. In paragraaf 2.3.2 behandel ik de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap. Vervolgens behandel ik in paragraaf 2.3.3 tot en met 2.3.5 de vennootschappen die buiten het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd. In beginsel geldt dat alleen verliezen overgedragen kunnen worden die toerekenbaar zijn aan belaste activiteiten in het Verenigd Koninkrijk. Daarom komen allereerst de vennootschappen met een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk aan bod, gevolgd door vennootschappen die zowel in het Verenigd Koninkrijk als buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigd zijn, de zogeheten ‘dual residents’. Afsluitend behandel ik in paragraaf 2.3.5 de uitzonderingssituatie waarbij een vennootschap een verlies kan overdragen dat niet toerekenbaar is aan belaste activiteiten in het Verenigd Koninkrijk.

2.3.1 Overdraagbare verliezen

In beginsel geldt dat de in een boekjaar geleden verliezen in aanmerking komen voor verliesoverdracht. Voor het vaststellen van een overdraagbaar verlies is het fiscale resultaat leidend, rekening houdend met eventuele beperkingen in de aftrekbaarheid van kosten. De wijze waarop het fiscale resultaat ten behoeve van de heffing van winstbelasting in het Verenigd Koninkrijk wordt vastgesteld, wijkt af van het systeem dat wij in Nederland voor de Wet VPB 1969 kennen. De basis voor de vaststelling van het fiscale resultaat is neergelegd in de CTA 2009. Het fiscale resultaat wordt per bron van inkomen vastgesteld. De verschillende bronnen van inkomen zijn gedefinieerd in Part 3 tot en met Part 10 van de CTA 2009. Doordat het fiscale resultaat per bron van inkomen wordt vastgesteld, is het mogelijk dat bij de ene bron van inkomen sprake is van fiscale winst, terwijl bij de andere bron van inkomen sprake is van een fiscaal verlies in hetzelfde boekjaar. Deze wijze van resultaatbepaling is eveneens leidend voor de group relief-regeling. Ten behoeve van verliesoverdracht wordt onderscheid gemaakt naar verliezen die voortkomen uit verschillende bronnen van inkomen en aftrekbare kosten die niet direct toerekenbaar zijn aan een bron van inkomen. De volgende verliezen en kosten komen in aanmerking voor verliesoverdracht²⁰:

²⁰ In art. 99 lid 1 CTA 2010 wordt gesproken over “trading losses, excess capital allowances, non-trading deficits on loan relationships, qualifying charitable donations, qualifying expenditure on grassroots sport, UK property business losses, management expenses and non-trading losses on intangible fixed assets”.

- i. Een handelsverlies;
- ii. Een verlies uit special lease van machines en installaties door een overschot aan afschrijvingskosten;
- iii. Een verlies uit niet-handelsgerelateerde leningen;
- iv. Aftrekbare donaties;
- v. Aftrekbare kosten voor vrije tijdssport;
- vi. Een verlies uit de exploitatie van onroerend goed;
- vii. Aftrekbare managementkosten;
- viii. Een niet-handelsgerelateerd verlies uit immateriële activa.

De verliezen i tot en met iii zijn volledig overdraagbaar voor de overdragende vennootschap. Het is niet verplicht om deze verliezen eerst te verrekenen met winsten uit andere bronnen van inkomen.²¹ Hieronder volgt ter verduidelijking een voorbeeld.²²

Vennootschap D is onderdeel van een concern en heeft in een boekjaar de volgende resultaten:

Bij: Handelswinsten	£ 3,000
Bij: Inkomen uit special leasing	£ 1,000
Af: afschrijvingskosten met betrekking tot special leasing	-/- £ 1,500
Totale resultaat	£ 2,500

De resultaten van D bestaan uit een handelswinst van £ 3,000 en een verlies uit special leasing-activiteiten van £ 500 (inkomen uit special leasing verminderd met de daartoe behorende afschrijvingskosten). Ondanks dat D in totaal een winst heeft van £ 2,500 uit al haar activiteiten, kan het verlies uit special leasing overdragen worden. Na overdracht van het verlies van £ 500 uit special leasing resteert bij D een belastbaar resultaat van £ 3,000.

Voor de overdraagbaarheid van verliezen en kosten genoemd onder iv tot en met viii geldt een restrictie. Deze zijn slechts overdraagbaar indien en voor zover deze een bepaalde drempel overschrijden. Het uitgangspunt hierbij is dat de verliezen en kosten allereerst zoveel mogelijk door de vennootschap zelf verrekenend dienen te worden met winsten uit andere bronnen van inkomen in het betreffende boekjaar. Voor zover de verliezen en kosten niet verrekenbaar zijn met winsten uit andere bronnen, zijn de verliezen en kosten overdraagbaar binnen het concern. De drempel is daarom gesteld op de som van de totale winst van de overdragende vennootschap zonder rekening

²¹ Art. 99 lid 2 CTA 2010

²² Het voorbeeld is ontleend aan CTM80440 en bestaat uit een verkorte weergave ervan.

te houden met de verliezen en kosten die genoemd zijn onder i tot en met viii en met voorwaartse of achterwaartse verrekenbare verliezen uit andere boekjaren. Onder de totale winst worden ook de aan deze vennootschap toegerekende belastbare winsten van Controlled Foreign Companies begrepen.²³ Voor zover de kosten en verliezen genoemd onder iv tot en met viii de hiervoor beschreven winst overschrijden, zijn deze in een voorgeschreven volgorde overdraagbaar binnen het concern. Zo dienen als eerst aftrekbare donaties overgedragen te worden, gevolgd door aftrekbare kosten voor vrije tijdssport, verliezen uit de exploitatie van onroerend goed, aftrekbare managementkosten en niet-handelsgerelateerde verliezen op immateriële vaste activa. Ter verduidelijking van de overdraagbaarheid van kosten of een verlies als genoemd onder iv tot en met viii volgt hieronder een voorbeeld.²⁴

Vennootschap V is onderdeel van een concern en heeft in een boekjaar de volgende resultaten:

Bij: Winsten uit niet-handelsgerelateerde leningen	£ 3,000
Bij: Inkomen uit de exploitatie van onroerend goed	£ 800
Af: Managementkosten in hetzelfde boekjaar	-/- £ 5,000
Af: Managementkosten uit voorgaande boekjaren (voorwaarts verrekenbaar)	-/- £ 500
Totale resultaat	-/- £ 1,700

De managementkosten van £ 5,000 die in het betreffende boekjaar zijn gemaakt zijn door V slechts overdraagbaar voor zover deze de winstdrempel van dat boekjaar overtreffen. De winstdrempel bedraagt £ 3,800 en bestaat uit de winst uit niet-handelsgerelateerde leningen van £ 3,000 en het inkomen uit de exploitatie van onroerend goed van £ 800. Er wordt geen rekening gehouden met de aftrekbare managementkosten die in hetzelfde boekjaar gemaakt zijn of met de nog verrekenbare managementkosten uit voorgaande boekjaren. Derhalve kunnen de in hetzelfde boekjaar gemaakt managementkosten voor een bedrag van £ 1,200 overgedragen worden (£ 5,000 -/- £ 3,000 -/- £ 800).

Sinds 1 april 2017 is het voor vennootschappen ook mogelijk om verrekenbare verliezen uit voorgaande boekjaren over te dragen. Deze verliezen dienen volgens de regels voor voorwaartse verliesverrekening (carry forward) nog verrekenbaar te zijn.²⁵ In het algemeen geldt dat verliezen uit

²³ Wanneer sprake is van toerekenbare winsten van een Controlled Foreign Company aan een vennootschap die belastingplichtig is in het Verenigd Koninkrijk, is nader bepaald in Part 9A van de Taxation (International and Other Provisions) Act 2010.

²⁴ Het voorbeeld is ontleend aan CTM80450 en bestaat uit een verkorte weergave ervan.

²⁵ De regels voor voorwaartse verrekening van verliezen zijn uitgewerkt in Part 4 van de CTA 2010 inzake verliesverrekening. Tevens gelden specifieke regels omtrent voorwaartse verliesverrekening in gevallen van een belangenwijziging in de vennootschap. Deze zijn neergelegd in Part 14 van de CTA 2010 inzake

voorgaande boekjaren eerst zoveel mogelijk door de vennootschap zelf verrekend dienen te worden alvorens deze afgestaan kunnen worden ten behoeve van verliesoverdracht.²⁶

2.3.2 In het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen

Vennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd, kunnen de hiervoor beschreven verliezen afstaan voor zover de verliezen voortkomen uit activiteiten die in het Verenigd Koninkrijk belast zijn. Indien een vennootschap een vaste inrichting buiten het Verenigd Koninkrijk heeft, zijn de aan die vaste inrichting toerekenbare verliezen niet overdraagbaar in het kader van de group relief-regeling. Ook verliezen, of gedeelten daarvan, die door een ander dan de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap aftrekbaar zijn voor een naar de winst geheven belasting, zijn niet overdraagbaar voor group relief. Indien de aftrekbaarheid in het andere land afhankelijk is van de aftrekbaarheid in het Verenigd Koninkrijk, is het betreffende verlies niet overdraagbaar als de vennootschap voor de doeleinden van de buitenlandse belasting gevestigd is in dat land.

2.3.3 Vennootschappen met een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk

Onder voorwaarden kunnen ook buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen verliezen afstaan ten behoeve van verliesoverdracht. Dit is in beginsel slechts mogelijk voor verliezen die toerekenbaar zijn aan een vaste inrichting die tot belastingplicht in het Verenigd Koninkrijk leidt.²⁷ Een dergelijk verlies is overdraagbaar indien aan drie voorwaarden wordt voldaan. De eerste voorwaarde is dat de activiteiten waaraan het verlies toerekenbaar is, daadwerkelijk tot belastbare winst zouden leiden in het Verenigd Koninkrijk in de situatie dat de activiteiten winstgevend zouden zijn. De tweede voorwaarde is dat het verlies niet toerekenbaar mag zijn aan een activiteit die op basis van een regeling ter voorkoming van dubbele belasting is vrijgesteld van winstbelasting in het Verenigd Koninkrijk. De derde voorwaarde is dat er geen mogelijkheid mag zijn tot verrekening van de betreffende verliezen of een gedeelte daarvan in een ander land dan het Verenigd Koninkrijk. Indien deze mogelijkheid wel bestaat, is het betreffende verlies in het geheel niet overdraagbaar.

Tot 1 april 2013 gold het hierboven genoemde derde criterium voor alle niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen. In het arrest Philips Electronics UK Ltd.²⁸ oordeelde het HvJ EU dat dit criterium in strijd is met het EU-recht. Met ingang van 1 april 2013 geldt daarom een

belangenwijzigingen. Omdat deze regels niet rechtstreeks voortkomen uit de regelgeving inzake group relief, volsta ik met deze vermelding naar de betreffende onderdelen van de CTA 2010.

²⁶ Verder gelden voor de overdraagbaarheid van verliezen uit voorgaande boekjaren specifieke restricties voor bepaalde type ondernemingen en bepaalde soorten verliezen. Deze restricties zijn vastgelegd in Part 5A, Chapter 2 van de CTA 2010. Deze restricties zijn voor een goed begrip van de werking van de group relief-regeling niet bepalend. Derhalve volsta ik met een verwijzing naar deze specifieke regels.

²⁷ De situaties die behandeld worden in paragraaf 2.3.5 vormen hierop een uitzondering.

²⁸ HvJ EU 6 september 2012, zaak C-18.11 (Philips Electronics), V-N 2012/21.19

aangepast criterium voor vennootschappen die zijn gevestigd in een land dat partij is bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (hierna: EER). Indien een deel van de aan de vaste inrichting toerekenbare verliezen verrekenbaar zijn in een ander land dan het Verenigd Koninkrijk, leidt dit niet direct tot het niet meer overdraagbaar zijn van het totale verlies van de vaste inrichting. Slechts voor zover het verlies daadwerkelijk verrekend is in een ander land, is het verlies niet meer overdraagbaar ten behoeve van de group relief-regeling. Het deel van het aan de vaste inrichting toerekenbare verlies dat nog niet verrekend is in een ander land is wel overdraagbaar. De mogelijkheid om het verlies in de toekomst ten laste van belastbare winst in een ander land te brengen doet hier niet aan af. Indien een verlies reeds is overgedragen in het kader van de group relief-regeling en dit verlies daarna alsnog wordt verrekend in het andere land, dient het eerder genoten voordeel als gevolg van verliesoverdracht te worden teruggedraaid. Hier is sprake van een van 'claw back-bepaling'.²⁹

2.3.4 Dual residents

Vennootschappen die zowel in het Verenigd Koninkrijk als in een ander land zijn gevestigd, worden dual residents genoemd. Deze situatie doet zich voor wanneer een vennootschap volgens de fiscale wetgeving van het Verenigd Koninkrijk aldaar is gevestigd en tegelijkertijd volgens de fiscale wetgeving van een ander land in dat andere land is gevestigd.³⁰ In beginsel heeft een dual resident evenals vennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd de mogelijkheid om verliezen over te dragen binnen een concern. Hierop geldt echter een uitzondering. Dual residents die worden aangemerkt als investeringsvennootschap, worden uitgesloten van de mogelijkheid tot verliesoverdracht. In de volgende drie situaties wordt geacht sprake te zijn van een investeringsvennootschap:

- i. De vennootschap is geen handelsvennootschap gedurende het boekjaar waarin een verlies tot uitdrukking komt.³¹
- ii. Gedurende het boekjaar waarin een verlies tot uitdrukking komt, voert de vennootschap activiteiten uit waaruit blijkt dat een van de hoofdfuncties van de vennootschap bestaat uit het uitvoeren van een of meer van de volgende activiteiten:

²⁹ CTM80335 geeft een nadere toelichting op wanneer de claw back-bepaling van toepassing is en hoe deze in de praktijk uitwerkt.

³⁰ Art. 109 lid 1 CTA 2010

³¹ In art. 109 lid 3 CTA 2010 wordt gesproken over "trading company", wat volgens art. 185 CTA 2010 inhoudt dat een vennootschap zich geheel of hoofdzakelijk bezighoudt met handel. De invulling van handelsbegrip is overgelaten aan de rechtspraak. Volgens BIM20060 wordt onder "trade" in hoofdlijnen het volgende verstaan: "Broadly, 'trade' can be taken to refer to operations of a commercial kind by which the trader provides to customers for reward some kind of goods or services. The extension of the definition to 'ventures in the nature of trade' allows for the inclusion of isolated or speculative transactions, although not all such transactions will be within the definition."

- a. Het direct of indirect verkrijgen of houden van aandelen, effecten of andersoortige investeringen;
 - b. Het doen van betalingen inzake leningrelaties;
 - c. Het doen van donaties aan goede doelen;
 - d. Het vergaren van kapitaal ten behoeve van de hierboven genoemde activiteiten.
- iii. De vennootschap voert een of meer van de hierboven genoemde activiteiten in dusdanige mate uit dat niet past bij de handelsactiviteiten die het verricht.

2.3.5 In het buitenland gevestigde vennootschappen zonder vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk

In de hiervoor behandelde paragrafen was steeds sprake van een overdraagbaar verlies indien het verlies voortkwam uit activiteiten die belastbaar zijn in het Verenigd Koninkrijk. Hierop geldt een uitzondering welke in deze paragraaf wordt behandeld. Sinds 1 april 2006 is het voor vennootschappen die buiten het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd mogelijk om in bepaalde situaties verliezen over te dragen welke niet toerekenbaar zijn aan activiteiten die belastbaar zijn in het Verenigd Koninkrijk, hierna buitenlandse verliezen genoemd. Het gaat hier om definitieve verliezen van vennootschappen die in de EER zijn gevestigd of aldaar een vaste inrichting hebben waaraan dit verlies toerekenbaar is. De mogelijkheid om buitenlandse verliezen over te dragen vindt zijn oorsprong in het arrest Marks & Spencer³². In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: HvJ EG) dat het weigeren van verliesoverdracht door een niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap in strijd is met het EU-recht in gevallen waarin de betreffende vennootschap alle andere mogelijkheden tot verliesverrekening heeft uitgeput. Derhalve is de group relief-regeling uitgebreid tot situaties waarin een buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap een buitenlands verlies heeft geleden. Vooruitlopend op de in paragraaf 2.4.1 aan de orde komende groepsvereisten die gelden voor het kunnen claimen van verliezen, kan de buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap een buitenlands verlies slechts overdragen indien het belang in deze vennootschap direct of indirect voor ten minste 75% gehouden wordt door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap. Tevens dient te worden voldaan aan een viertal voorwaarden.

De eerste voorwaarde betreft de zogeheten 'equivalentie-voorwaarde'. Voor de overdraagbaarheid van een verlies wordt in beginsel uitgegaan van het verlies zoals deze door het land van vestiging of het land van de vaste inrichting is bepaald. Dit verlies is slechts overdraagbaar voor zover de Britse equivalent hiervan ook overdraagbaar zou zijn. Van een Britse equivalent van het verlies is sprake als

³² HvJ EG 13 december 2005, zaak C-446.03 (Marks & Spencer), BNB 2006/72

het fiscale resultaat naar Britse maatstaven tot een overdraagbaar verlies leidt als behandeld in paragraaf 2.3.1.

De tweede voorwaarde houdt in dat sprake moet zijn van een fiscaal verlies naar de maatstaven van het EER-land waarin de vennootschap is gevestigd of waarin de vaste inrichting zich bevindt. Voor een vennootschap die in de EER is gevestigd geldt dat het verlies niet toerekenbaar mag zijn aan een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk. Als sprake is van een vaste inrichting in een EER-land geldt dat het verlies niet toerekenbaar mag zijn aan activiteiten die op basis van een belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting zijn vrijgesteld in het land van de vaste inrichting.

De derde voorwaarde is dat sprake moet zijn van een 'kwalificerend verlies'. Van een kwalificerend verlies is sprake indien er geen mogelijkheid meer bestaat tot verrekening van dit verlies. Dit houdt in dat het verlies in het land waarin de vennootschap is gevestigd of waar de vaste inrichting zich bevindt niet verrekenbaar is met winsten uit voorgaande boekjaren, het boekjaar waarin het verlies is geleden of toekomstige boekjaren. Van belang is hierbij dat er geen enkele mogelijkheid tot verrekening van het verlies bestaat of zich zal voordoen. Slechts het voortbestaan van de vennootschap of vaste inrichting kan ertoe leiden dat in de toekomst winsten worden gegenereerd waarmee het verlies verrekend kan worden, waardoor niet aan de voorwaarde van een kwalificerend verlies wordt voldaan.

De vierde voorwaarde betreft de voorrangsconditie, welke van toepassing is in situaties waarin de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap een indirect belang heeft in de overdragende vennootschap. Indien het verlies in een ander land dan het Verenigd Koninkrijk verrekenbaar is bij een of meer vennootschappen via welke de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedervenootschap het belang houdt in de overdragende vennootschap, is het verlies niet overdraagbaar ten behoeve van de group relief-regeling. Wanneer sprake is van meerdere vennootschappen in het Verenigd Koninkrijk met een indirect belang van ten minste 75% in de overdragende vennootschap, geldt de voorrangsconditie slechts voor de vennootschappen die tussen de overdragende vennootschap en de dichtstbijzijnde in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap geschakeld zijn. De dichtstbijzijnde vennootschap is die welke middels het minst aantal tussen geschakelde vennootschappen het belang in de overdragende vennootschap houdt.

Er zijn situaties denkbaar waarin een verlies dat niet voldoet aan een of meer van de hiervoor genoemde voorwaarden wordt omgezet in een verlies dat wel aan de vier voorwaarden voldoet. Hiertegen geldt in bepaalde situaties een antimisbruikbepaling. Indien een bestaand verlies middels bepaalde handelingen of transacties is omgezet in een verlies dat aan de voorwaarden voldoet,

waarbij het hoofddoel van deze handelingen of transacties was om een verlies te creëren dat in aanmerking komt voor de group relief-regeling, is het verlies niet overdraagbaar.

2.4 De claimende vennootschap

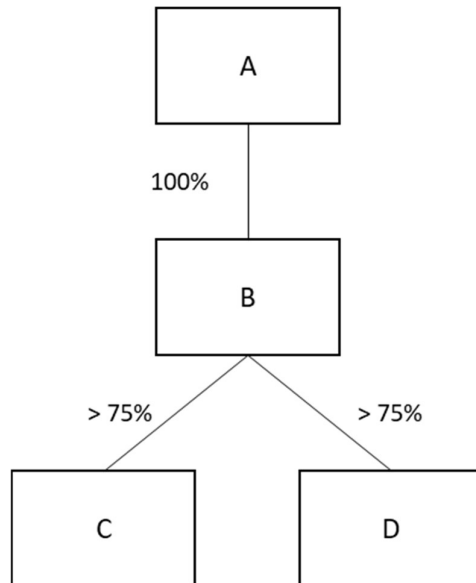
De verliezen die door de overdragende vennootschap zijn afgestaan ten behoeve van group relief, kunnen onder voorwaarden en met goedkeuring van de overdragende vennootschap worden geclaimd door de claimende vennootschap. Om een verlies te kunnen claimen dient de claimende vennootschap onderdeel uit te maken van hetzelfde concern als de overdragende vennootschap. Hiertoe wordt onderscheid gemaakt in concernrelaties in groepsverband en concernrelaties in consortiumverband. Hierna start ik met het in kaart brengen van welke vennootschappen verliezen kunnen claimen van en overdragen aan elkaar binnen het concern. In paragraaf 2.4.1 behandel ik concernrelaties in groepsverband, gevolgd door concernrelaties in consortiumverband in paragraaf 2.4.2. Indien een vennootschap een verlies heeft geclaimd van een andere vennootschap binnen het concern, kan dit verlies in mindering gebracht worden op de belastbare winst van de claimende vennootschap. Het claimen van een verlies is slechts mogelijk voor zover de claimende vennootschap beschikbare winsten heeft waarmee het geclaimde verlies verrekend kan worden. In paragraaf 2.4.3 beschrijf ik de algemeen geldende regels voor in hoeverre een claimende vennootschap afgestane verliezen kan claimen en in hoeverre winsten beschikbaar zijn voor verrekening van geclaimde verliezen. Voor concernrelaties in consortiumverband gelden enkele aanvullende restricties voor het kunnen claimen en verrekenen van overgedragen verliezen. Deze behandel ik in paragraaf 2.4.4.

2.4.1 Groepsvereisten

Indien voldaan wordt aan de concernvereisten in groepsverband (hierna: groepsvereisten) kunnen in beginsel alle in paragraaf 2.3 behandelde verliezen geclaimd worden. Voor het claimen van binnenlandse verliezen die zijn afgedragen door vennootschappen zoals behandeld in paragraaf 2.3.2 tot en met paragraaf 2.3.4 gelden andere groepsvereisten dan voor het claimen van buitenlandse verliezen zoals behandeld in paragraaf 2.3.5.

Voor het claimen van binnenlandse verliezen dienen de overdragende vennootschap en claimende vennootschap beiden onderdeel te zijn van dezelfde groep. Tevens dienen zij ofwel gevestigd te zijn in het Verenigd Koninkrijk ofwel belastingplichtig te zijn voor de Corporation Tax Acts. Twee vennootschappen zijn onderdeel van dezelfde groep als de ene vennootschap direct of indirect een belang heeft van ten minste 75% in het aandelenkapitaal van de andere vennootschap of als een derde vennootschap direct of indirect een belang heeft van ten minste 75% in het aandelenkapitaal van beide vennootschappen. Hieronder volgt ter verduidelijking een voorbeeld waarin meerdere

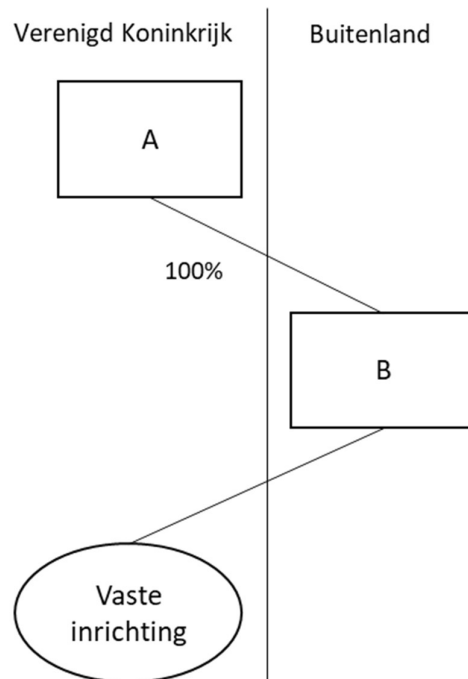
vennootschappen voldoen aan de groepsvereisten. Gemakshalve ga ik er in het voorbeeld van uit dat alle vennootschappen in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd.



Afbeelding 1

A bezit direct 100% van de aandelen in B, waardoor A en B voldoen aan de groepsvereisten. Tevens bezit A indirect ten minste 75% van de aandelen in C, waardoor ook A en C aan de groepsvereisten voldoen. Daarnaast houdt B ten minste 75% van de aandelen in C en D, waardoor ook C en D aan de groepsvereisten voldoen.

Zoals hiervoor benoemd kunnen ook vennootschappen die buiten het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd voldoen aan de groepsvereisten. Hiervoor is van belang dat deze vennootschappen wel belastingplichtig zijn voor de Corporation Tax Acts. Ter verduidelijking volgt hieronder een voorbeeld.



Afbeelding 2

B is in het buitenland gevestigd en heeft een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk waardoor B belastingplichtig is voor de Corporation Tax Acts. A en B voldoen derhalve aan de groepsvereisten.

Voor het claimen van buitenlandse verliezen zoals behandeld in paragraaf 2.3.5 dienen de overdragende vennootschap en de claimende vennootschap eveneens onderdeel te zijn van dezelfde groep. Aan de groepsvereisten voor het claimen van de buitenlandse verliezen wordt voldaan als de claimende vennootschap in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd en direct of indirect een belang heeft van ten minste 75% in het aandelenkapitaal van de overdragende vennootschap. Tevens wordt aan het groepsvereiste voldaan als een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap direct of indirect een belang heeft van ten minste 75% in het aandelenkapitaal van zowel de claimende als de overdragende vennootschap.

Er is sprake van een belang van ten minste 75% in het aandelenkapitaal als de aandeelhouder ten minste 75% van het gewone aandelenkapitaal³³ bezit en uiteindelijk gerechtigde is tot ten minste 75% van de voor uitdeling beschikbare winsten en ten minste 75% van de bezittingen ingeval van liquidatie.

³³ Volgens art. 1119 CTA 2010 wordt onder 'het gewone aandelenkapitaal' verstaan al het geplaatste kapitaal van een onderneming met uitzondering van aandelen die recht geven op een vast percentage dividend dat niet afhankelijk is van de winst.

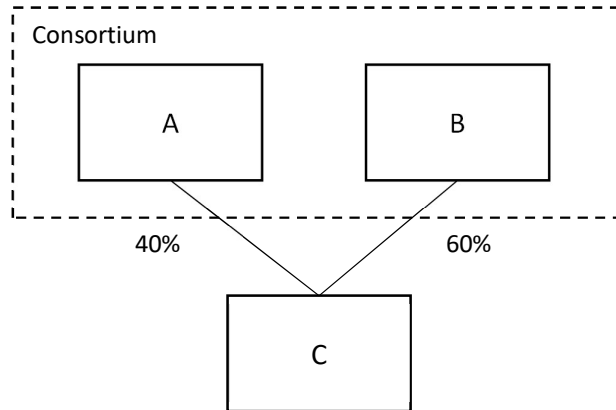
De overdragende en claimende vennootschap worden niet als onderdeel van dezelfde groep geacht indien bepaalde regelingen, al dan niet schriftelijk, zijn getroffen. Van een dergelijke regeling is sprake in de volgende drie situaties³⁴:

- i. Er is een regeling getroffen waarbij een van de vennootschappen op enig moment op kan houden onderdeel te zijn van dezelfde groep en onderdeel kan worden van een andere groep;
- ii. Er is een regeling getroffen waarbij een of meerdere natuurlijke personen de zeggenschap kunnen verkrijgen over een van de vennootschappen maar niet over de andere vennootschap;
- iii. Er is een regeling getroffen waarbij een vennootschap die geen onderdeel van de groep uitmaakt, de activiteiten of een deel daarvan van de overdragende of claimende vennootschap kan voortzetten als opvolger van die vennootschap.

2.4.2 Consortiumvereisten

Het claimen van verliezen van een overdragende vennootschap is eveneens mogelijk als aan de consortiumvereisten wordt voldaan. In consortiumverband is het slechts mogelijk om binnenlandse verliezen te claimen die zijn afgestaan onder de in paragraaf 2.3.2 tot en met 2.3.4 behandelde voorwaarden. Van een consortium is sprake indien twee of meer vennootschappen direct gezamenlijk ten minste 75% en individueel ten minste 5% van het belang in een andere vennootschap bezitten. Tevens geldt dat 75% of meer van het belang in de andere vennootschap niet direct of indirect door een enkele vennootschap gehouden wordt. Hieronder volgt een voorbeeld wanneer sprake is van een consortium.

³⁴ In CTM80170, CTM80175 en CTM80180 is nadere toelichting gegeven wanneer sprake is van de regelingen die in de weg staan aan het voldoen aan de groepsvereisten.



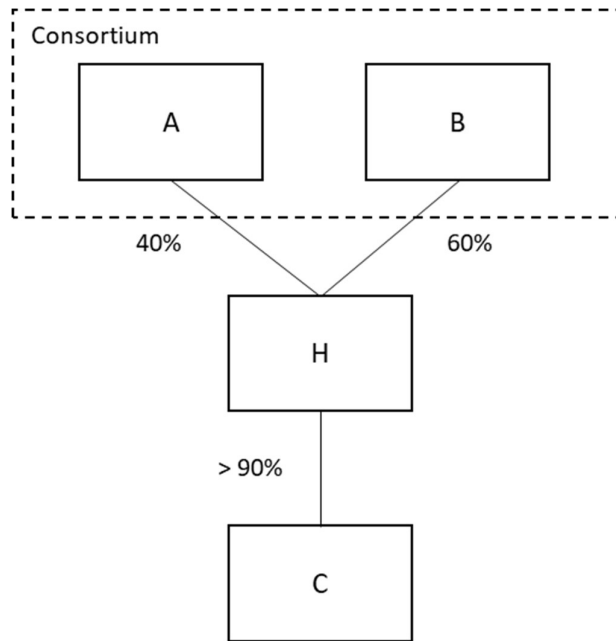
Afbeelding 3

A en B bezitten gezamenlijk ten minste 75% van de aandelen in C. Daarnaast bezitten A en B individueel ten minste 5% van de aandelen in C, maar geen van beiden bezit individueel 75% of meer van de aandelen in C. In dit voorbeeld is C de vennootschap die door het consortium wordt gehouden.

Evenals bij de groepsvereisten voor het claimen van binnenlandse verliezen geldt dat zowel de overdragende als de claimende vennootschap in het Verenigd Koninkrijk gevestigd of belastingplichtig dient te zijn voor de Corporation Tax Acts. Er zijn drie verschillende verhoudingen waarbij in consortiumverband verliezen overgedragen en geclaimd kunnen worden. Hierna ga ik in op welke vennootschappen verliezen kunnen overdragen aan en claimen van elkaar. In hoeverre verliezen overdragen en geclaimd kunnen worden in consortiumverband, komt aan de orde in paragraaf 2.4.4.

De eerste verhouding betreft die tussen een lid van het consortium en de vennootschap die door het consortium wordt gehouden. Beide vennootschappen kunnen verliezen overdragen aan en claimen van elkaar. Hierbij geldt de voorwaarde dat de door het consortium gehouden vennootschap een handelsvennootschap of een holdingvennootschap is. In het voorbeeld zoals weergegeven in *Afbeelding 3* kunnen A en C verliezen overdragen aan en claimen van elkaar. Dit is eveneens mogelijk voor B en C. De vennootschappen A en B kunnen onder de consortiumvereisten geen verliezen overdragen aan of claimen van elkaar.

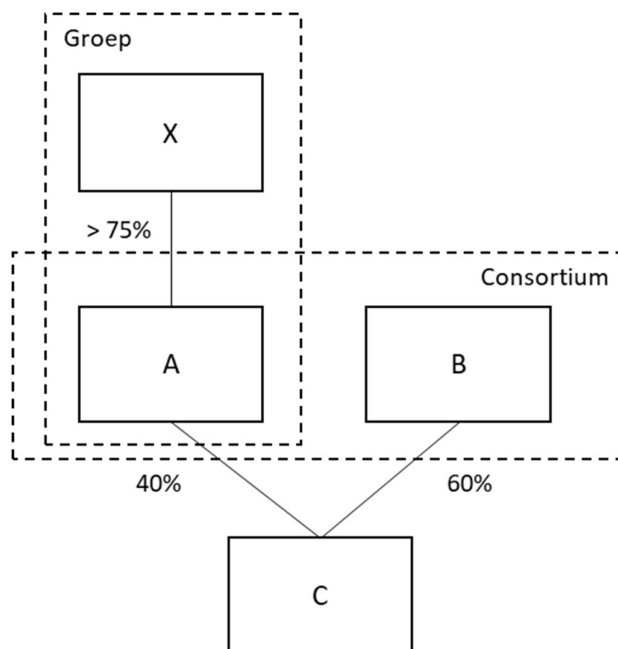
Onder een door het consortium gehouden vennootschap is mede begrepen een handelsvennootschap waarin ten minste 90% van het belang wordt gehouden door de holdingvennootschap die direct door het consortium wordt gehouden. Ter verduidelijking volgt hieronder een voorbeeld.



Afbeelding 4

H is een holdingvennootschap die direct door het consortium wordt gehouden. H bezit ten minste 90% van de aandelen in handelsvennootschap C. Zowel H als C kwalificeren voor de consortiumvereisten als vennootschappen die door het consortium worden gehouden.

De tweede en derde verhouding betreffen die tussen de door het consortium gehouden vennootschap en een vennootschap die geen lid van het consortium is maar deel uitmaakt van dezelfde groep als een van de leden van het consortium. De door het consortium gehouden vennootschap kan zowel verliezen overdragen aan als claimen van die andere vennootschap. Er is sprake van een groep waartoe een van de leden van het consortium behoort indien aan de voorwaarden voldaan wordt zoals beschreven in paragraaf 2.4.1. Hieronder volgt een voorbeeld waarin verliezen in het kader van de tweede en derde verhouding overgedragen en geclaimd kunnen worden.



Afbeelding 5

A is lid van het consortium dat de aandelen in C houdt. Tegelijkertijd vormt A samen met X een groep die voldoet aan de groepsvereisten. De tweede verhouding waarbij verliesoverdracht mogelijk is, betreft de mogelijkheid voor X om verliezen te claimen van C. De derde verhouding betreft de mogelijkheid voor C om verliezen te claimen van X.

Evenals bij de groepsvereisten in paragraaf 2.4.1 geldt voor de consortiumvereisten dat waar gesproken wordt over een direct of indirect belang in een vennootschap, er sprake dient te zijn van een bezit in het gewone aandelenkapitaal van de vennootschap en de uiteindelijke gerechtigdheid tot de uitkeerbare winsten of de bezittingen bij een liquidatie.

2.4.3 Verrekening van geclaimd verlies

De claimende vennootschap kan in een boekjaar waarin voldaan wordt aan de groeps- of consortiumvereisten verliezen claimen van een overdragende vennootschap. Hiertoe dient de overdragende vennootschap in te stemmen met de claim. De geclaimde verliezen kunnen in mindering gebracht worden op de belastbare winst van het betreffende boekjaar. In deze paragraaf behandel ik in hoeverre verliezen geclaimd en verrekend kunnen worden in groeps- en consortiumverband. Voor vennootschappen die op basis van de consortiumvereisten een verlies claimen, gelden aanvullende restricties welke in paragraaf 2.4.4 aan bod komen.

Wanneer een vennootschap een verlies claimt en dit verrekent met haar eigen winst, is het niet verplicht om een vergoeding aan de overdragende entiteit te betalen voor het overgenomen verlies. Wanneer desondanks toch een vergoeding wordt betaald aan de overdragende vennootschap,

wordt deze vergoeding tot maximaal het bedrag van het verlies buiten beschouwing gelaten bij de fiscale winstbepaling van beide vennootschappen.

De verliezen die een vennootschap kan claimen voor een bepaald boekjaar (claimperiode) zijn de door de overdragende vennootschap afgestane verliezen in een boekjaar (overdrachtsperiode) die overlapt met de claimperiode. Indien door het hanteren van ongelijke boekjaren door de betreffende vennootschappen slechts een deel van de overdrachtsperiode overlapt met de claimperiode, is het deel van het verlies dat toerekenbaar is aan de overlappende periode beschikbaar voor verrekening. De toerekening van een verlies aan een deel van de overdrachtsperiode vindt tijdsevenredig plaats in dezelfde verhouding als waarin de overlappende periode zich verhoudt tot de gehele overdrachtsperiode. Wanneer een tijdsevenredige toerekening tot een onredelijke uitkomst leidt, is een alternatieve verdeling toegestaan.³⁵ De mogelijkheden voor een alternatieve verdeling zijn niet relevant voor het verloop van het onderzoek. Derhalve volsta ik slechts met het benoemen ervan.

Het is mogelijk dat gedurende een deel van het boekjaar waarin de claimende vennootschap een verlies wil claimen, niet wordt voldaan aan de groeps- of consortiumvereisten. De periode waarin niet wordt voldaan aan de groeps- of consortiumvereisten maakt geen onderdeel uit van de hiervoor beschreven overlappende periode. Derhalve is voor deze periode geen verrekening van overgedragen verliezen mogelijk.

Het maximaal te claimen verlies is het hoogste bedrag van de verliezen in de overlappende periode en de voor verrekening beschikbare winst in de overlappende periode. De voor verrekening beschikbare winst is het deel van de winst in een claimperiode dat toerekenbaar is aan de overlappende periode. Ook hiervoor geldt een tijdsevenredige toerekening, tenzij dit tot een onredelijke uitkomst leidt.

Voor het vaststellen van de voor verrekening beschikbare winst is het uitgangspunt dat de claimende vennootschap eerst alle aftrekbare verliezen inclusief eigen verliezen uit voorgaande boekjaren ('carry forward'), andere dan de geclaimde verliezen op basis van group relief, verrekent met haar eigen winst. Een uitzondering hierop betreft het verrekenen van een verlies dat is ontstaan na de claimperiode middels achterwaartse verliesverrekening ('carry back'). Voor het vaststellen van de beschikbare winsten voor verrekening van geclaimde verliezen, hoeven eigen verliezen uit latere perioden dus niet eerst te worden verrekend.

³⁵ CTM80260, CTM80265 en CTM80270 geven richtlijnen wanneer sprake kan zijn van een onredelijke uitwerking en richtlijnen waar een alternatieve verdeling aan moeten voldoen.

De mogelijkheid bestaat dat een claimende vennootschap onvoldoende beschikbare winsten heeft om het volledige door de overdragende vennootschap afgestane verlies te claimen. Indien een deel van het afgestane verlies in een overdrachtsperiode niet geclaimd kan worden door de claimende vennootschap, blijft het resterende deel van het verlies beschikbaar voor andere claims. Meerdere vennootschappen die aan de groeps- of consortiumvereisten voldoen kunnen het verlies claimen. Een verlies kan echter slechts eenmaal verrekend worden met een winst. Een vennootschap die een verlies claimt nadat een andere vennootschap al een deel van een verlies heeft geclaimd, kan daarom slechts het deel van het verlies verrekenen dat nog niet bij de andere vennootschap is verrekend.

Tevens kan een claimende vennootschap meerdere afgestane verliezen in een boekjaar claimen. Indien de geclaimde verliezen deels bestaan uit vooruit gewentelde verliezen van een overdragende vennootschap, heeft de verrekening van de verliezen die in de betreffende overdrachtsperiode zijn ontstaan voorrang op de vooruit gewentelde verliezen.

2.4.4 Restricties verrekening van geclaimd verlies in consortiumverband

Voor de verrekening van verliezen in consortiumverband gelden aanvullend op de in paragraaf 2.4.3 behandelde regels enkele restricties. Voor deze restricties wordt onderscheid gemaakt naar de drie verschillende verhoudingen tussen de overdragende en claimende vennootschap zoals beschreven zijn in paragraaf 2.4.2. Allereerst ga ik in op de verhouding waarbij een verlies wordt overgedragen tussen de vennootschap die deel uitmaakt van het consortium en de vennootschap die door het consortium wordt gehouden. Het door een van de vennootschappen afgestane verlies kan door de andere vennootschap slechts geclaimd worden naar rato van het belang dat de vennootschap die onderdeel van het consortium uitmaakt heeft in de vennootschap die door het consortium wordt gehouden. Indien C in het in *Afbeelding 3* gegeven voorbeeld een verlies heeft afgestaan, kan A dit verlies voor 40% claimen. Voor de vaststelling van het belang in de door het consortium gehouden vennootschap wordt uitgegaan van het laagste van de volgende percentages:

- i. Het percentage van het gewone aandelenkapitaal dat de consortiumvennootschap bezit;
- ii. Het percentage van de voor uitdeling beschikbare winst waar de consortiumvennootschap toe is gerechtigd;
- iii. Het percentage van de bezittingen waar de consortiumvennootschap toe is gerechtigd ingeval van liquidatie;
- iv. Het percentage van de stemrechten dat de consortiumvennootschap heeft.

Indien bovenstaande percentages varieerden gedurende de overlappende periode, dient van het gewogen gemiddelde gedurende deze periode te worden uitgegaan.

De tweede verhouding waarin verliezen overgedragen en geclaimd kunnen worden betreft die waarbij een vennootschap die deel uitmaakt van dezelfde groep als een van de vennootschappen van het consortium een verlies kan claimen dat is afgestaan door de vennootschap die door het consortium wordt gehouden. Hierbij geldt voor de claimende vennootschap dezelfde restrictie als hiervoor beschreven waarbij het afgestane verlies slechts geclaimd kan worden naar rato van het belang dat de consortiumvennootschap, die onderdeel uitmaakt van dezelfde groep als de claimende vennootschap, heeft in de door het consortium gehouden vennootschap. In het in *Afbeelding 3* gegeven voorbeeld kan 40% van het door C afgestane verlies geclaimd worden door X.

De derde verhouding waarin verliezen overgedragen en geclaimd kunnen worden betreft die waarbij de vennootschap die door het consortium wordt gehouden een verlies kan claimen dat is afgestaan door een vennootschap die deel uitmaakt van dezelfde groep als een van de vennootschappen van het consortium. Hierbij geldt voor de claimende vennootschap wederom dezelfde restrictie als hiervoor beschreven waarbij het afgestane verlies slechts geclaimd kan worden naar rato van het belang dat de consortiumvennootschap, die onderdeel uitmaakt van dezelfde groep als de overdragende vennootschap, heeft in de door het consortium gehouden vennootschap. In het in *Afbeelding 3* gegeven voorbeeld kan 40% van het door X afgestane verlies geclaimd worden door C.

2.5 Toetsing group relief-regeling aan EU-jurisprudentie

In de hiervoor behandelde paragrafen is een beeld gevormd van de Britse group relief-regeling die de basis zal vormen voor het verdere onderzoek naar een verliesoverdrachtsregeling in de Nederlandse Wet Vpb 1969. Omdat het voornemen van het kabinet is om de huidige fiscale eenheidsregeling te vervangen door een toekomstbestendige groepsregeling die EU-rechtelijk bestendig is, toets ik de Britse group relief-regeling in deze paragraaf aan de jurisprudentie van het HvJ EU. Daarbij ga ik uit van de arresten die tot op heden zijn gewezen door het HvJ EU met betrekking tot groepsregelingen voor belastingen naar de winst. Door de jaren heen zijn tal van arresten gewezen over de verenigbaarheid van nationale groepsregelingen of onderdelen daarvan met het EU-recht. Alvorens in te gaan op deze arresten behandel ik in paragraaf 2.5.1 het rechtskader waarbinnen het HvJ EU de nationale wetgeving van een lidstaat toetst. Tevens ga ik in op het beslisschema op basis waarvan het HvJ EU toetst of de nationale wetgeving van een lidstaat verenigbaar is met het EU-recht. Vervolgens ga ik nader in op de gewezen arresten waarin de verenigbaarheid van groepsregelingen met het EU-recht centraal stond. Deze arresten zijn op basis van de strekking ervan in te delen in drie verschillende onderwerpen. Per onderwerp beschrijf ik kort de arresten die het HvJ EU heeft gewezen, waarna ik de in paragraaf 2.2 tot en met 2.4 beschreven Britse group relief-regeling toets aan deze arresten. In paragraaf 2.5.2 behandel ik de arresten van het HvJ EU waarin aan de orde was of het stellen van bepaalde vestigingsvereisten aan

vennootschappen die betrokken zijn bij de toepassing van een groepsregeling verenigbaar is met het EU-recht. In paragraaf 2.5.3 behandel ik de arresten waarin de toepassing van een groepsregeling door niet-ingezetenen vennootschappen werd geweigerd door een lidstaat om grensoverschrijdende verliesverrekening te voorkomen. Tot slot behandel ik in paragraaf 2.5.4 de arresten waarin de per elementbenadering is ontwikkeld in de rechtspraak.

2.5.1 Toetsingskader Hof van Justitie van de Europese Unie

Op 25 maart 1957 is de Europese Gemeenschap, de voorloper van de Europese Unie tot stand gekomen middels het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG-verdrag). Het EG-verdrag vormt een van de primaire bronnen van het EU-recht waarin lidstaten afspraken hebben vastgelegd teneinde een gemeenschappelijke markt te vormen. Hoewel lidstaten op het gebied van directe belastingen, zoals een winstbelasting van vennootschappen, soeverein zijn in het bepalen van nationale wetgeving, werkt het EU-recht wel door in het nationale recht. Deze doorwerking werd voor het eerst bevestigd door het HvJ EG in het arrest Van Gend & Loos.³⁶ Vanwege deze doorwerking dient nationale wetgeving van lidstaten in overeenstemming te zijn met het EU-recht. Ten behoeve van de gemeenschappelijke markt is in het EG-verdrag een aantal fundamentele vrijheden vastgelegd, welke eveneens zijn opgenomen in de opvolger van het EG-verdrag, het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).³⁷ Een van de vrijheden betreft het recht op vrijheid van vestiging. Alle onderdanen van lidstaten die partij zijn bij het VWEU kunnen zich beroepen op dit recht. Met name dit recht vormde aanleiding tot een reeks arresten waarin het HvJ EU heeft getoetst of nationale wetgeving met betrekking tot directe belastingen verenigbaar zijn met het EU-recht. Het recht op vrijheid van vestiging luidt als volgt:

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

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de

³⁶ HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62 (van Gend & Loos)

³⁷ Het VWEU kent zes vrijheden: het vrije verkeer van burgers van de Unie (art. 21 VWEU), het vrije verkeer van goederen (art. 28 t/m 32 VWEU), het vrije verkeer van personen (Werknemers: art. 45 t/m 48 VWEU en recht van vestiging: art. 49 t/m 55 VWEU), het vrije verkeer van diensten (art. 56 t/m 62 VWEU), het vrije verkeer van kapitaal (art. 63 t/m 66 VWEU) en het vrije verkeer van betalingen (art. 63 t/m 65 VWEU).

zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.”³⁸

Om te beoordelen of nationale wetgeving verenigbaar is met het EU-recht, volgt het HvJ EU een vast beslisschema welke door Smit, Van Eijdsen en Kiekebeld is vertaald in de volgende vragen.³⁹

1. Heeft belanghebbende toegang tot het VWEU?
2. Is er sprake van een beperking van de rechten die zijn toegekend onder het VWEU?
3. Dient de beperkende maatregel een legitieme doelstelling van algemeen belang die deze beperking kan rechtvaardigen?
4. Is de beperkende maatregel geschikt om het beoogde doel te bereiken?
5. Is de beperkende maatregel gelet op het beoogde doel proportioneel?

De vragen dienen in de hierboven gehanteerde volgorde te worden doorlopen. Steeds wanneer het antwoord op een de eerste vier vragen positief luidt, zal de navolgende vraag worden behandeld. Bij een negatief antwoord op de vraag 1 kan de nationale regeling in de onderhavige zaak niet worden getoetst aan het EU-recht. Indien het antwoord op vraag 2 negatief is, is de nationale regeling verenigbaar met het EU-recht. Bij een positief antwoord op de vragen 3 tot en met 5 is de nationale regeling eveneens verenigbaar met het EU-recht. Dit is niet het geval indien vraag 2 positief en een van de navolgende vragen negatief wordt beantwoord.

2.5.2 Vestigingsplaatsvereisten

In deze paragraaf staat een zestal arresten van het HvJ EU centraal waarbij aan de orde is of voor de toepassing van een groepsregeling beperkingen gesteld mogen worden op basis van de vestigingsplaats van vennootschappen die bij de groepsregeling betrokken zijn. In deze arresten werden vennootschappen beperkt in de toepassing van een groepsregeling omdat zij zelf of een andere bij de groepsregeling betrokken vennootschap niet in die lidstaat waren gevestigd ondanks dat zij wel belastingplichtig waren in de betreffende lidstaat. Hierna schets ik per arrest kort de regeling die in het geding was, gevolgd door de uitspraak van het HvJ EU. Tot slot maak ik een vergelijking tussen de verschillende regelingen en de Britse group relief-regeling. Omdat enkele arresten betrekking hebben op de destijds geldende Britse group relief-regeling, zal ik de group relief-regeling ten tijde van het arrest vergelijken met de huidige group relief-regeling. Veelal zal blijken dat de uitspraken van het HvJ EU reeds tot een aanpassing van de regeling hebben geleid.

³⁸ Artikel 49, VWEU

³⁹ D.S. Smit, J.A.R. van Eijdsen & B.J. Kiekebeld, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief* (FED Fiscale Brochures), Deventer: Wolters Kluwer 2019, paragraaf 1.3.3.

2.5.2.1 Zaak ICI

Het eerste arrest inzake het stellen van eisen aan de vestigingsplaats van vennootschappen betreft de zaak ICI⁴⁰ waarin de group relief-regeling van het Verenigd Koninkrijk centraal staat. Aan de orde was de situatie waarin een consortium via een holdingvennootschap de aandelen houdt in 23 dochtermaatschappijen. De leden van het consortium, de holdingvennootschap en vier van de dochtermaatschappijen zijn gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. Van de overige dochtermaatschappijen zijn er zes in andere EU-/EER-lidstaten gevestigd en dertien in derde landen. Een van de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtermaatschappijen leed verliezen en wenste de verliezen over te dragen aan een van de consortiumleden. De verliesoverdracht werd geweigerd omdat de holdingvennootschap niet aan de consortiumvereisten voldeed. Ten tijde van het arrest was voor een dergelijke verliesoverdracht vereist dat de activiteiten van de holdingvennootschap hoofdzakelijk bestaan uit het houden van aandelen in vennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd. Aangezien het merendeel van de door de holdingvennootschap gehouden dochtermaatschappijen buiten het Verenigd Koninkrijk was gevestigd, werd niet aan de consortiumvereisten voldaan. Indien de dochtermaatschappijen in het Verenigd Koninkrijk waren gevestigd was verliesoverdracht wel mogelijk geweest. Volgens het HvJ EG vormt het stellen van de eis dat de meeste door de holdingvennootschap gehouden dochtermaatschappijen in het Verenigd Koninkrijk gevestigd dienen te zijn een beperking van de vrijheid van vestiging. Deze beperking kan niet worden gerechtvaardigd door een doelstelling van algemeen belang en is derhalve niet verenigbaar met het EU-recht.

De beperking van de vrijheid van vestiging geldt overigens niet ten aanzien van de dochtermaatschappijen die in derde landen zijn gevestigd omdat de vestiging in derde landen niet onder de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht valt.⁴¹

2.5.2.2 Zaak X AB & Y AB

Het tweede arrest betreft de zaak X AB & Y AB⁴² inzake een Zweedse groepsregeling welke voorkomt dat winstbelasting wordt geheven in het kader van intragroepsoverdrachten. De groepsregeling vindt toepassing bij de overdracht tussen twee in Zweden gevestigde vennootschappen indien de ene vennootschap voor ten minste 90% direct of indirect toebehoort aan de andere vennootschap. Ingeval sprake is van een middellijk belang van de ene vennootschap via twee of meer dochtervennootschappen in de andere vennootschap wordt de toepassing van de groepsregeling geweigerd als de tussenliggende vennootschappen in verschillende lidstaten zijn gevestigd. De

⁴⁰ HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-264.96 (ICI), BNB 1998/420

⁴¹ HvJ EU 6 september 2012, zaak C-18.11 (Philips Electronics), V-N 2012/21.19, r.o. 32 t/m 34

⁴² HvJ EG 18 november 1999, zaak C-200.98 (X AB & Y AB), V-N 1999/58.24

groepsregeling vindt echter wel toepassing indien de tussenliggende vennootschappen in een en dezelfde lidstaat zijn gevestigd waarmee Zweden een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten die een non-discriminatieclausule bevat. Volgens het oordeel van het HvJ EG vormt de eis dat de tussenliggende vennootschappen niet in verschillende lidstaten gevestigd mogen zijn een beperking van de vrijheid van vestiging. De Zweedse regering heeft geen rechtvaardigingsgronden aangedragen voor deze beperking, waardoor de groepsregeling in de onderhavige situatie niet verenigbaar is met het EU-recht.

2.5.2.3 Zaak Papillon

Het derde arrest betreft de zaak Papillon⁴³ inzake een Franse groepsregeling die het mogelijk maakt om de verschuldigde winstbelasting vast te stellen over de som van de fiscale resultaten van de vennootschappen die tot de groep behoren. Als gevolg hiervan is het mogelijk om winsten en verliezen van verschillende vennootschappen met elkaar te verrekenen. Alleen vennootschappen die direct of indirect een belang van ten minste 95% in elkaar houden kunnen onderdeel zijn van de groep waarop de groepsregeling van toepassing is. Tevens dienen de vennootschappen in de groep onderworpen te zijn aan de Franse winstbelasting. De toepassing van de groepsregeling werd echter geweigerd indien een aan de Franse winstbelasting onderworpen vennootschap indirect werd gehouden via een vennootschap die niet onderworpen is aan de Franse winstbelasting. In de onderhavige situatie was de tussenliggende vennootschap gevestigd in een andere lidstaat. Het weigeren van het voordeel van de groepsregeling in een dergelijke situatie vormt volgens het HvJ EU een beperking van de vrijheid van vestiging. Als rechtvaardiging van de beperking droeg de Franse regering aan dat met deze beperking het risico op dubbele verliesverrekening wordt voorkomen. Volgens het HvJ EU betreft een maatregel ter voorkoming van dubbele verliesverrekening een rechtvaardigingsgrond voor een beperking van de vrijheid van vestiging, maar mag deze maatregel niet verder gaan dan noodzakelijk. Volgens het HvJ EU is het voorkomen van dubbele verliesverrekening in situaties zoals die in het geding ook mogelijk met minder vergaande beperkingen van de vrijheid van vestiging. Derhalve was de groepsregeling in de onderhavige situatie niet verenigbaar met het EU-recht.

2.5.2.4 Zaak Philips Electronics

Het vierde arrest betreft de zaak Philips Electronics⁴⁴ inzake de Britse group relief-regeling. Dit arrest is reeds kort genoemd in paragraaf 2.3.3 waarin de buitenlandse overdragende vennootschap met een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk is behandeld. In deze zaak was sprake van een in het

⁴³ HvJ EU 27 november 2008, zaak C-418.07 (Papillon), V-N 2008/59.20

⁴⁴ HvJ EU 6 september 2012, zaak C-18.11 (Philips Electronics), V-N 2012/21.19

Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap die de verliezen wilde claimen van een in Nederland gevestigde vennootschap. De verliezen van de Nederlandse vennootschap waren toerekenbaar aan een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk. Ten tijde van het arrest was voor de overdraagbaarheid van dergelijke verliezen van een buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap vereist dat er geen enkele mogelijkheid bestaat tot verrekening van het verlies of een gedeelte daarvan voor een naar de winst geheven belasting in het buitenland. Het gehele verlies was niet overdraagbaar indien deze mogelijkheid wel bestond, ongeacht of daadwerkelijk verrekening van een deel van het verlies had plaatsgevonden. Derhalve werd in onderhavige situatie de overdracht van het verlies van de vaste inrichting geweigerd. Onder de vrijheid van vestiging is mede begrepen de oprichting van een filiaal in de vorm van een vaste inrichting. Het HvJ oordeelde dat het stellen van de eis dat er geen mogelijkheid tot verrekening van verliezen elders dan in het Verenigd Koninkrijk mag zijn een beperking van de vrijheid van vestiging vormt indien deze eis niet geldt voor ingezeten vennootschappen. Deze beperking kan niet worden gerechtvaardigd met het doel om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te waarborgen of vanwege het risico op dubbele verliesverrekening. De heffingsbevoegdheid van het Verenigd Koninkrijk wordt immers niet geraakt omdat de betreffende verliezen zijn geleden in het Verenigd Koninkrijk. De group relief-regeling was als gevolg van de beperking niet verenigbaar met het EU-recht.

2.5.2.5 Zaak Felixstowe

Het vijfde arrest betreft de zaak Felixstowe⁴⁵ inzake de Britse group relief-regeling. Aan de orde was de situatie waarin een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap verliezen leed en de verliezen wenste over te dragen aan andere in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen. De overdragende vennootschap werd gehouden door een consortium waarvan de leden in een andere lidstaat waren gevestigd. De claimende vennootschappen behoorden tot dezelfde groep als een van de consortiumleden. Zowel de claimende vennootschappen als het lid van het consortium werden indirect voor ten minste 75% gehouden door een in een derde land gevestigde moedervernootschap en maakten derhalve onderdeel uit van dezelfde groep. Het lid van het consortium wordt de schakelvennootschap genoemd. De verliesoverdracht werd geweigerd omdat ten tijde van het arrest de voorwaarde werd gesteld dat de schakelvennootschap gevestigd moet zijn in het Verenigd Koninkrijk of aldaar een vaste inrichting moet hebben. In deze zaak stond de vraag centraal of er sprake was van een beperking van de vrijheid van vestiging indien de gezamenlijke moedervernootschap van de claimende vennootschappen en van de schakelvennootschap in een derde land is gevestigd. Deze moedervernootschap kan immers geen

⁴⁵ HvJ EU 1 april 2014, zaak C-80.12 (Felixstowe)

beroep doen op vrije verkeersbepalingen uit het EU-recht. Toch oordeelde het HvJ EU dat in de onderhavige situatie sprake was van een beperking van de vrijheid van vestiging omdat de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen een fiscaal nadeel ondervinden als gevolg van de vestigingsplaats van de schakelvennootschap. De beperking wordt volgens het HvJ EU niet gerechtvaardigd en is derhalve niet verenigbaar met het EU-recht.

2.5.2.6 Zaken SCA, X AG en MSA

Tot slot behandel ik met betrekking tot het stellen van vestigingsplaatsvereisten aan bij de groepsregeling betrokken vennootschappen de gevoegde zaken SCA, X AG en MSA⁴⁶. Dit arrest is gewezen inzake de Nederlandse fiscale eenheidsregeling. Aan de orde waren de vereisten om onderdeel uit te kunnen maken van de fiscale eenheid.

In de zaken SCA en MSA verzochten de in Nederland gevestigde moedervernootschappen om samen met hun in Nederland gevestigde (achter-)kleindochtermaatschappijen een fiscale eenheid te vormen. Het bezit in de (achter-)kleindochtermaatschappijen werd indirect gehouden via in Duitsland gevestigde dochtermaatschappijen welke niet over een vaste inrichting in Nederland beschikten. Het verzoek om een fiscale eenheid te vormen werd geweigerd omdat de tussenliggende dochtermaatschappijen niet in Nederland waren gevestigd of aldaar over een vaste inrichting beschikten. Indien de tussenliggende dochtermaatschappijen wel in Nederland waren gevestigd of aldaar een vaste inrichting hadden, was het vormen van een fiscale eenheid tussen de moedervernootschappen en (achter-)kleindochtermaatschappijen wel mogelijk.

In de zaak X AG werd verzocht om een fiscale eenheid te vormen tussen twee in Nederland gevestigde vennootschappen waarvan de gezamenlijke moedervernootschap in Duitsland was gevestigd. Ook dit verzoek werd geweigerd omdat de moedervernootschap niet in Nederland was gevestigd of aldaar over een vaste inrichting beschikte. Het vormen van een fiscale eenheid was wel mogelijk indien de moedermaatschappij in Nederland was gevestigd of aldaar een vaste inrichting had.

Het HvJ EU oordeelde in de drie gevoegde zaken dat sprake was van een beperking van de vrijheid van vestiging. Deze beperking kon niet worden gerechtvaardigd, waardoor de fiscale eenheidsregeling in de betreffende situatie niet verenigbaar was met het EU-recht.

⁴⁶ HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39.13 (SCA Group Holding BV); HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40.13 (X AG); HvJ EU 12 juni 2014, zaak C41.13 (MSA International Holdings BV), BNB 2014/216

2.5.2.7 Toetsing group relief-regeling

In de zes hiervoor behandelde arresten was steeds sprake van een verschil in behandeling op basis van de plaats van vestiging van een vennootschap die betrokken is bij de toepassing van een groepsregeling. In al deze zaken is geoordeeld dat de aan de orde zijnde beperkingen van de vrijheid van vestiging ertoe leidden dat de betreffende groepsregeling niet verenigbaar was met het EU-recht. Om te toetsen of de group relief-regeling zoals behandeld in paragraaf 2.2 tot en met 2.4 geen beperkingen oplegt ten aanzien van buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen welke niet verenigbaar zijn met het EU-recht ga ik in deze paragraaf nader in op verschillen in behandeling tussen ingezeten vennootschappen en niet-ingezeten vennootschappen.

Startend bij de overdragende vennootschap die in paragraaf 2.3 centraal staat, valt te constateren dat zowel in het Verenigd Koninkrijk als daarbuiten gevestigde vennootschappen kunnen kwalificeren als overdragende vennootschap. Daarbij geldt in beginsel dat deze vennootschappen slechts verliezen kunnen overdragen die toerekenbaar zijn aan activiteiten die in het Verenigd Koninkrijk zijn belast. Voor vennootschappen die buiten het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd gelden voor de overdraagbaarheid van verliezen drie voorwaarden die behandeld zijn in paragraaf 2.3.3. De derde voorwaarde betreft dat er geen mogelijkheid mag zijn tot verrekening van een deel van de over te dragen verliezen in een ander land dan het Verenigd Koninkrijk. Als gevolg van het arrest Philips Electronics⁴⁷ geldt deze voorwaarde sinds 1 april 2013 alleen nog maar voor vennootschappen die in derde landen zijn gevestigd. Zoals opgemerkt in paragraaf 2.5.2.1, kunnen vennootschappen die in derde landen zijn gevestigd zich niet beroepen op de vrijheid van vestiging. Voor vennootschappen die gevestigd zijn in EER-landen geldt sinds 1 april 2013 een mildere vorm van de hiervoor genoemde voorwaarde. Deze voorwaarde houdt in dat verliezen die door een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk zijn geleden niet overdraagbaar zijn als deze daadwerkelijk verrekend zijn in een ander land dan het Verenigd Koninkrijk. De vraag rijst of deze minder vergaande voorwaarde wel verenigbaar is met het EU-recht. In het arrest Philips Electronics overwoog het HvJ EU dat het stellen van bepaalde voorwaarden voor niet-ingezeten vennootschappen terwijl deze voorwaarden niet gesteld worden voor ingezeten vennootschappen een beperking vormt van de vrijheid van vestiging.⁴⁸ Vervolgens gaat het HvJ EU in op de vraag of een dergelijke beperking kan worden gerechtvaardigd vanwege de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten of vanwege het voorkomen van dubbele verliesverrekening. Hiertoe overweegt het HvJ EU allereerst dat de heffingsbevoegdheid van het Verenigd Koninkrijk geenszins wordt geraakt door de mogelijkheid dat een in het Verenigd

⁴⁷ HvJ EU 6 september 2012, zaak C-18.11 (Philips Electronics), V-N 2012/21.19

⁴⁸ HvJ EU 6 september 2012, zaak C-18.11 (Philips Electronics), V-N 2012/21.19, r.o. 15 en 16

Koninkrijk geleden verlies in een andere lidstaat aftrekbaar is. Derhalve vormt de handhaving van een evenwichtige heffingsbevoegdheid geen rechtvaardigingsgrond voor het stellen van de beperkende voorwaarde.⁴⁹ Vervolgens overweegt het HvJ EU dat het voorkomen van dubbele verliesverrekening geen rechtvaardigingsgrond kan vormen voor een lidstaat waarvan de heffingsbevoegdheid niet wordt aangetast indien een verlies tevens in een ander land aftrekbaar is.⁵⁰

Gezien de overwegingen van het HvJ EU ben ik van mening dat ook de minder vergaande voorwaarde voor buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen een beperking van de vrijheid van vestiging kan vormen welke niet gerechtvaardigd kan worden. Daarmee is de voorwaarde dat de verliezen van een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk niet daadwerkelijk verrekend mogen zijn in het buitenland mogelijk nog steeds niet verenigbaar met het EU-recht. Daarentegen valt naar mijn mening te betwisten of in de eerste plaats sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. Opmerkelijk in de zaak Philips Electronics is namelijk dat de verwijzende rechter in zijn prejudiciële vraag aangeeft dat de aan de orde zijnde voorwaarde niet geldt voor vennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd. Echter, net als in de huidige vorm van de group relief-regeling gold ten tijde van het arrest de in paragraaf 2.3.2 behandelde voorwaarde dat in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen ook geen verliezen kunnen overdragen voor zover de mogelijkheid bestaat tot verrekening van dit verlies in een ander land dan het Verenigd Koninkrijk door een ander dan de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap. Hoewel de voorwaarde voor ingezeten vennootschap iets anders luidt dan voor niet-ingezeten vennootschappen, zou alsnog sprake kunnen zijn van een gelijke behandeling van ingezeten vennootschappen en niet-ingezeten vennootschappen. Voor het vervolg van het onderzoek ga ik ervan uit dat, conform de bedoeling van de wetswijziging na het arrest Philips Electronics, de behandelde voorwaarde in de huidige group relief-regeling verenigbaar is met het EU-recht. Evenwel behoeft dit onderdeel van een verliesoverdrachtsregeling zoals de group relief-regeling in het Verenigd Koninkrijk nader onderzoek naar de verenigbaarheid met het EU-recht.

Een ander onderscheid in de behandeling van de overdragende vennootschap op basis van de plaats van vestiging, betreft de behandeling van dual residents ten opzichte van de behandeling van vennootschappen die slechts in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd. Zoals in paragraaf 2.3.4 behandeld kunnen dual residents in het geheel geen verliezen overdragen indien zij een investeringsvennootschap zijn. Omdat dual residents onderdaan zijn van een EU-lidstaat, namelijk

⁴⁹ HvJ EU 6 september 2012, zaak C-18.11 (Philips Electronics), V-N 2012/21.19, r.o. 25-27

⁵⁰ HvJ EU 6 september 2012, zaak C-18.11 (Philips Electronics), V-N 2012/21.19, r.o. 28-33

het Verenigd Koninkrijk, kunnen zij zich beroepen op het recht van vrije vestiging. De voorwaarde dat zij geen investeringsvennootschap mogen zijn om verliezen over te kunnen dragen, vormt een belemmering om een tweede vestigingsplaats te hebben. Zoals het HvJ EU in het arrest Philips Electronics vaststelde, vormt het stellen van een voorwaarde aan een niet-ingezetenvennootschap terwijl deze voorwaarde niet geldt voor ingezetenvennootschappen een beperking van het recht op vrije vestiging. Van een beperking die niet verenigbaar is met het EU-recht is evenwel geen sprake indien de beperking geldt voor vennootschappen die zich in derde landen hebben gevestigd.⁵¹ Derhalve geldt de beperking van de in het VWEU vastgelegde vrijheid van vestiging voor dual residents mijns inziens slechts indien zij hun vestigingsplaats zowel in het Verenigd Koninkrijk als in een andere EU-lidstaat hebben. Vervolgens is de vraag of een dergelijke beperking gerechtvaardigd kan zijn vanwege het nastreven van een legitieme doelstelling van algemeen belang. Het doel van de gestelde voorwaarde voor dual residents is gelegen in het voorkomen dat verliezen zowel in het Verenigd Koninkrijk als in het andere land van vestiging aftrekbaar kunnen zijn.⁵² Hoewel de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten als rechtvaardigingsmiddel kan dienen, zien we in de zaak Philips Electronics dat een dergelijke doelstelling, evenals de voorkoming van dubbel verliesverrekening niet gerechtvaardigd kan zijn indien de heffingsbevoegdheid van het Verenigd Koninkrijk niet wordt geraakt. In de situatie van dual residents zal de heffingsbevoegdheid van het Verenigd Koninkrijk niet worden geraakt door verliesoverdracht toe te staan. Evenals vennootschappen die alleen hun vestigingsplaats in het Verenigd Koninkrijk hebben, zijn dual residents immers onderworpen aan de voorwaarde dat verliezen slechts overdraagbaar zijn indien deze toerekenbaar zijn aan activiteiten die in het Verenigd Koninkrijk zijn belast. Gezien de aanwezigheid van een beperking van de vrijheid van vestiging en het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond, is de gestelde voorwaarde voor dual residents met een vestigingsplaats in een EU-lidstaat mogelijk niet verenigbaar met het EU-recht. Derhalve behoeft dit onderdeel van een verliesoverdrachtsregeling zoals de group relief-regeling in het Verenigd Koninkrijk nader onderzoek naar de verenigbaarheid met het EU-recht.

Na de hierboven geconstateerde verschillen in behandeling van de overdragende vennootschap op basis van de plaats van vestiging, ga ik vervolgens in op de claimende vennootschap zoals behandeld in paragraaf 2.4. Bij de claimende vennootschap hebben we geconstateerd dat overgedragen verliezen verrekend kunnen worden met in het Verenigd Koninkrijk belastbare winsten. Zowel in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen als buiten het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen kunnen kwalificeren als claimende vennootschap. De claimende vennootschap

⁵¹ HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-264/96 (ICI), BNB 1998/420, r.o. 32-33

⁵² Zie CTM34505

dient ofwel in groepsverband ofwel in consortiumverband onderdeel te zijn van hetzelfde concern als de overdragende vennootschap.

De groepsvereisten zoals behandeld in paragraaf 2.4.1 bevatten geen voorwaarden voor de vestigingsplaats van de claimende vennootschap, anders dan de voorwaarde dat deze vennootschap belastbare winsten dient te hebben om een overgedragen verlies te kunnen claimen. Ook bij vennootschappen die via indirecte belangen tot dezelfde groep horen, worden geen voorwaarden gesteld aan de vestigingsplaats van vennootschappen via welke de indirecte belangen gehouden worden. Dit was anders in de arresten die zijn behandeld in paragraaf 2.5.2.1, 2.5.2.2 en 2.5.2.6. In deze arresten was steeds sprake van vergelijkbare groepsrelaties zoals die welke voldoen aan de groepsvereisten van de Britse group relief-regeling. Echter werden aan de vennootschappen, die bij de groep betrokken zijn, beperkende voorwaarden gesteld op basis van de plaats van vestiging. Deze beperkende voorwaarden waren in de betreffende arresten niet verenigbaar met het EU-recht. Omdat de groepsvereisten van de huidige group relief-regeling dergelijke beperkende voorwaarden niet kent, ontstaat op dit onderdeel geen strijdigheid met het EU-recht.

De consortiumvereisten die in paragraaf 2.4.2 behandeld zijn, bevatten evenals de groepsvereisten geen voorwaarden op basis van de vestigingsplaats van de betrokken vennootschappen. Bij de in paragraaf 2.5.2.1 en 2.5.2.5 beschreven arresten was de destijds geldende group relief-regeling uit het Verenigd Koninkrijk in het geding. Beide arresten hadden betrekking op de toen geldende consortiumvereisten. In het arrest ICI stond de voorwaarde centraal dat de holdingvennootschap die door het consortium wordt gehouden, hoofdzakelijk belangen dient te hebben in vennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd. Deze voorwaarde was niet verenigbaar met het EU-recht. De huidige group relief-regeling bevat een dergelijke voorwaarde niet meer waardoor op dit onderdeel geen strijdigheid meer bestaat met het EU-recht. Het arrest Felixstowe werd gewezen inzake de voorwaarde dat het lid van het consortium, die onderdeel uitmaakte van dezelfde groep als de claimende vennootschap, in het Verenigd Koninkrijk moest zijn gevestigd. Ook deze voorwaarde was niet verenigbaar met het EU-recht. Aangezien de huidige group relief-regeling deze voorwaarde niet meer kent, is op dit onderdeel evenwel geen strijdigheid met het EU-recht.

Concluderend is de Britse group relief-regeling in het kader van de in deze paragraaf behandelde arresten nagenoeg geheel in lijn met het EU-recht. Op twee onderdelen behoeft de regeling nadere aandacht om zeker te stellen dat er geen strijdigheid met het EU-recht bestaat. Het betreft de voorwaarden die sinds het arrest Philips Electronics in een mildere vorm worden gesteld aan overdragende vennootschappen die buiten het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd en de voorwaarden die gelden voor dual residents.

2.5.3 Grensoverschrijdende verliesverrekening

In deze paragraaf behandel ik een viertal arresten van het HvJ EU waarbij grensoverschrijdende toepassing van een groepsregeling door lidstaten werd geweigerd omdat dit zou leiden tot de mogelijkheid om verliezen die in het buitenland zijn geleden te verrekenen met binnenlandse winsten of vice versa. Allereerst schets ik per arrest de situatie die aan de orde was, gevolgd door de uitspraak van het HvJ EU. Tot slot toets ik de Britse group relief-regeling aan de uitspraken van het HvJ EU in de behandelde arresten.

2.5.3.1 *Zaak Marks & Spencer*

Het eerste arrest betreft de zaak Marks & Spencer⁵³ inzake de Britse group relief-regeling. Ten tijde van het arrest waren voor de group relief-regeling slechts de verliezen overdraagbaar van vennootschappen die in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd of van vennootschappen met een vaste inrichting die tot belastingplicht in het Verenigd Koninkrijk leidt. In deze zaak was aan de orde of een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedervernootschap de verliezen van haar in EU-lidstaten gevestigde dochtermaatschappijen kon claimen en verrekenen met haar in het Verenigd Koninkrijk belastbare winst. Dit werd niet toegestaan omdat de verliezen zijn geleden door vennootschappen die in het buitenland zijn gevestigd en de verliezen niet toerekenbaar waren aan een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk. Indien de dochtervennootschappen in het Verenigd Koninkrijk waren gevestigd, waren de verliezen wel overdraagbaar geweest. Als gevolg van dit verschil in behandeling was volgens het HvJ EU sprake van een beperking van de vrijheid van vestiging. Deze beperking werd evenwel gerechtvaardigd vanwege de combinatie van handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten, voorkoming van dubbele verliesverrekening en de voorkoming van belastingontwijking.⁵⁴ Hoewel een dergelijke beperking gerechtvaardigd is vanwege de daarmee beoogde doelstellingen, gaat de beperking verder dan nodig is in de situatie dat alle mogelijkheden tot verrekening van de verliezen zijn uitgeput in de vestigingsstaat van de dochtervennootschap. Indien aangetoond kan worden dat alle mogelijkheden tot verliesverrekening zijn uitgeput, dient verliesoverdracht wel mogelijk te zijn.⁵⁵ Derhalve was de Britse group relief-regeling op dat onderdeel niet proportioneel en daarom niet verenigbaar met het EU-recht.

⁵³ HvJ EG 13 december 2005, zaak C-446.03 (Marks & Spencer), BNB 2006/72

⁵⁴ HvJ EG 13 december 2005, zaak C-446.03 (Marks & Spencer), BNB 2006/72, r.o. 43-51

⁵⁵ HvJ EG 13 december 2005, zaak C-446.03 (Marks & Spencer), BNB 2006/72, r.o. 53-56

2.5.3.2 Zaak Oy AA (winstoverdracht)

Het tweede arrest betreft de zaak Oy AA⁵⁶ inzake een Finse groepsregeling die voorziet in het doen van een financiële intragroepsoverdracht om de fiscale nadelen van concernvorming weg te nemen. De regeling houdt in dat een vennootschap binnen de groep een financiële overdracht kan doen zonder dat dit als kapitaalstorting wordt aangemerkt. De overdracht kan door de overdragende vennootschap als last in mindering worden gebracht op de belastbare winst. Bij de ontvangende vennootschap ontstaat een belastbare winst die gelijk is aan de last bij de overdrager. Middels deze regeling kunnen in feite winsten van de ene vennootschap worden overgedragen aan een andere vennootschap binnen de groep. Dit is slechts mogelijk als zowel de overdragende als de ontvangende vennootschap belastingplichtig is in Finland. In de onderhavige situatie was een winstoverdracht van een in Finland gevestigde vennootschap aan haar in een andere EU-lidstaat gevestigde moedervernootschap niet toegestaan, terwijl een winstoverdracht wel was toegestaan indien de moedervernootschap in Finland was gevestigd. Volgens het HvJ EU is het verschil in behandeling van een in Finland gevestigde vennootschap op basis van de vestigingsplaats van de moedervernootschap een beperking van de vrijheid van vestiging.⁵⁷ Deze beperking wordt volgens het HvJ EU gerechtvaardigd doordat de beperking tot doel heeft om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te waarborgen en om belastingontwijking tegen te gaan.⁵⁸ Tevens acht het HvJ EU de beperking proportioneel omdat iedere uitbreiding van de regeling waardoor het mogelijk wordt om winsten over te kunnen dragen aan een vennootschap in een andere lidstaat ertoe zou leiden dat concerns vrijelijk kunnen kiezen in welke lidstaat hun winst wordt belast.⁵⁹ Derhalve is de Finse groepsregeling op dat onderdeel verenigbaar met het EU-recht.

2.5.3.3 Zaak X-Holding

Het derde arrest betreft de zaak X-Holding⁶⁰ inzake de Nederlandse fiscale eenheidsregeling. In de onderhavige situatie wenste een in Nederland gevestigde moedermaatschappij een fiscale eenheid te vormen met haar in België gevestigde dochtermaatschappij die niet aan vennootschapsbelasting was onderworpen in Nederland. Het verzoek tot vorming van een fiscale eenheid werd geweigerd omdat de dochtermaatschappij niet in Nederland was gevestigd. Indien zij wel in Nederland zou zijn gevestigd was het vormen van een fiscale eenheid wel mogelijk. Volgens het HvJ EU vormt het verschil in behandeling een beperking van de vrijheid van vestiging en dient zich de vraag aan of een

⁵⁶ HvJ EU 18 juli 2007, zaak C-231.05 (Oy AA), V-N 2007/57.13

⁵⁷ HvJ EU 18 juli 2007, zaak C-231.05 (Oy AA), V-N 2007/57.13, r.o. 39

⁵⁸ HvJ EU 18 juli 2007, zaak C-231.05 (Oy AA), V-N 2007/57.13, r.o. 60

⁵⁹ HvJ EU 18 juli 2007, zaak C-231.05 (Oy AA), V-N 2007/57.13, r.o. 64

⁶⁰ HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-264 (X Holding), BNB 2010/166

dergelijke beperking gerechtvaardigd kan worden.⁶¹ Deze beperking kan volgens het HvJ EU worden gerechtvaardigd vanwege de verdeling van de heffingsbevoegdheid van lidstaten.⁶² Net als in de zaak Oy AA oordeelt het HvJ EU dat de beperking proportioneel is om de beoogde doelstelling te bereiken aangezien een grensoverschrijdende uitbreiding van de fiscale eenheid ertoe zou leiden dat een moedervennootschap in Nederland vrijelijk zou kunnen kiezen in welke lidstaat zij de verliezen van de buitenlandse dochtermaatschappij verrekend met belastbare winsten.⁶³ Derhalve is het verschil in behandeling van een ingezeten dochtermaatschappij en een niet-ingezeten dochtermaatschappij verenigbaar met het EU-recht.

2.5.3.4 Zaak Holmen

Het vierde arrest betreft de zaak Holmen⁶⁴ inzake een Zweedse groepsregeling. In dit arrest wordt nader gepreciseerd wanneer sprake is van een definitief verlies dat op grond van het arrest Marks & Spencer verrekenbaar dient te zijn bij de moedermaatschappij. Aan de orde was de situatie waarin een in Zweden gevestigde moedermaatschappij twee in Spanje gevestigde kleindochtermaatschappijen via een eveneens in Spanje gevestigde dochtermaatschappij houdt. De kleindochtermaatschappijen leiden verliezen die de moedermaatschappij vanwege de vereffening van deze kleindochtermaatschappijen wenst te verrekenen met haar in Zweden belastbare winst. Hiertoe werd allereerst de vraag voorgelegd aan het HvJ EU of het weigeren van verrekening van definitieve verliezen zoals bedoeld in het arrest Marks & Spencer verenigbaar is met het EU-recht indien de dochtermaatschappij niet direct door de moedermaatschappij wordt gehouden. Het HvJ EU maakt bij de beantwoording van deze vraag onderscheid in twee verschillende situaties. In de eerste situatie, waarin de dochtermaatschappij en kleindochtermaatschappij in verschillende lidstaten zijn gevestigd, wordt een dergelijke beperking gerechtvaardigd vanwege het risico dat vennootschappen anders vrijelijk kunnen kiezen in welke lidstaat de verliezen verrekend worden en vanwege het gevaar dat de verliezen meerdere malen worden verrekend.⁶⁵ In de tweede situatie, waarin de dochtermaatschappij en kleindochtermaatschappij in dezelfde lidstaat zijn gevestigd, zijn de hiervoor genoemde risico's van dezelfde grootteorde als bij de verliezen in het arrest Marks & Spencer. Derhalve dient de vestigingsstaat van de moedervennootschap in de tweede situatie alsnog verliesverrekening toe te staan als sprake is van een definitief verlies.⁶⁶

⁶¹ HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-264 (X Holding), BNB 2010/166, r.o. 19-25

⁶² HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-264 (X Holding), BNB 2010/166, r.o. 33

⁶³ HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-264 (X Holding), BNB 2010/166, r.o. 41

⁶⁴ HvJ EU 19 juni 2019, zaak C-608.17 (Holmen), V-N 2019/32.10

⁶⁵ HvJ EU 19 juni 2019, zaak C-608.17 (Holmen), V-N 2019/32.10, r.o. 26-29

⁶⁶ HvJ EU 19 juni 2019, zaak C-608.17 (Holmen), V-N 2019/32.10, r.o. 30-32

De volgende vraag die het HvJ EU beantwoord is of in onderhavige situatie sprake is van een definitief verlies zoals bedoeld in het arrest Marks & Spencer. In casu was de niet-ingezeten kleindochtermaatschappij in staat van vereffening en kon zij haar verliezen volgens de fiscale regelgeving van de lidstaat waarin zij was gevestigd niet overgedragen aan een andere vennootschap. Het HvJ EU overweegt hierbij dat een verlies nog niet als definitief aangemerkt kan worden als niet vaststaat of de verliezen vóór afwikkeling van de vereffening nog economisch benut kunnen worden door met name een verkoop van de onderneming aan een derde waarbij de waarde van de verliezen in aanmerking genomen wordt bij de koopprijs. De beperkingen van de mogelijkheid tot verliesverrekening of verliesoverdracht in lidstaat waarin de niet-ingezeten dochtermaatschappij is gevestigd, zijn niet doorslaggevend bij de vaststelling of een verlies een definitief karakter heeft.⁶⁷

2.5.3.5 Toetsing group relief-regeling

In de vier hiervoor behandelde arresten stond de vraag centraal in hoeverre vennootschappen op basis van hun vestigingsplaats beperkt mogen worden om grensoverschrijdende verliesverrekening te voorkomen. In beginsel kunnen dergelijke beperkingen gerechtvaardigd worden met het doel om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te waarborgen. Een dergelijke beperking gaat echter verder dan nodig is indien sprake is van een definitief verlies zoals in de zaak Marks & Spencer. Om te toetsen of de in paragraaf 2.2 tot en met 2.4 behandelde group relief-regeling geen beperkingen oplegt aan niet-ingezeten vennootschappen welke niet verenigbaar zijn met het EU-recht, ga ik in deze paragraaf nader in op de eisen die gesteld worden aan niet-ingezeten vennootschappen.

Ik start wederom met de in paragraaf 2.3 behandelde overdragende vennootschap. In beginsel kan de overdragende vennootschap slechts verliezen overdragen die toerekenbaar zijn aan belaste activiteiten in het Verenigd Koninkrijk. In paragraaf 2.3.5 is een uitzondering op deze hoofdregel behandeld. Niet-ingezeten dochtervennootschappen van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedervernootschap kunnen definitieve verliezen die op het grondgebied van een andere EER-staat zijn geleden alsnog overdragen. Een verlies kan worden overgedragen als wordt voldaan aan vier voorwaarden. De eerste voorwaarde betreft de equivalentie-voorwaarde en stelt dat het buitenlandse verlies slechts overdraagbaar is voor zover naar Britse maatstaven eveneens sprake is van een overdraagbaar verlies. Deze voorwaarde levert geen verschil in behandeling op tussen een ingezeten vennootschap en een niet-ingezeten vennootschap waardoor geen sprake is van een beperking van de vrijheid van vestiging. De tweede voorwaarde houdt in dat naar de maatstaven van

⁶⁷ HvJ EU 19 juni 2019, zaak C-608.17 (Holmen), V-N 2019/32.10, r.o. 36-42

de lidstaat waar het verlies is geleden sprake dient te zijn van een verlies. Hoewel een dergelijke voorwaarde niet geldt voor een ingezeten vennootschap, strookt deze voorwaarde wel met de overwegingen van het HvJ EU waaruit blijkt dat sprake dient te zijn van een verlies waarvan alle mogelijkheden tot verrekening in zijn uitgeput in de lidstaat waarin het verlies is geleden. Immers, als naar de maatstaven van die lidstaat geen sprake is van een verlies kan ook niet worden toegekomen aan de beoordeling of sprake is van een definitief verlies. De derde voorwaarde dat sprake moet zijn van een kwalificerend verlies stelt dat er geen mogelijkheden meer mogen bestaan tot verrekening van het verlies in de lidstaat waarin het verlies is geleden. Deze voorwaarde komt overeen met de voorwaarde die het HvJ EU stelt aan een verlies om te kwalificeren als een definitief verlies. De vierde voorwaarde betreft de voorrangsconditie indien de buitenlandse verliezen zijn geleden door een dochtervennootschap die indirect wordt gehouden door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap. De voorrangsconditie schrijft voor dat definitieve verliezen van een indirect gehouden dochtervennootschap niet overdraagbaar zijn als deze verliezen door een of meer tussenliggende niet-ingezeten vennootschappen verrekend kunnen worden. In de zaak Holmen overwoog het HvJ EU dat bij indirect gehouden dochtermaatschappijen twee situaties onderscheiden dienen te worden. Enerzijds dient een definitief verlies wel in aanmerking genomen te worden als de dochter- en kleindochtermaatschappij in dezelfde lidstaat zijn gevestigd. Anderzijds mag de verrekening van een definitief verlies geweigerd worden indien de dochter- en kleindochtermaatschappijen in verschillende lidstaten zijn gevestigd. Gezien deze overwegingen, dient beoordeeld te worden of het weigeren van verliesoverdracht indien het definitieve verlies verrekenbaar is bij een tussenliggende dochtervennootschap verenigbaar is met het EU-recht. Wanneer de tussenliggende dochtervennootschap in een andere lidstaat is gevestigd dan de kleindochtervennootschap, is het weigeren van verliesoverdracht aan een ingezeten moedervernootschap verenigbaar met het EU-recht. Indien de tussenliggende dochtervennootschap en de kleindochtervennootschap in dezelfde lidstaat zijn gevestigd en de dochtervennootschap de mogelijkheid heeft om het verlies van de kleindochtervennootschap te verrekenen wordt verliesoverdracht aan de ingezeten moedervernootschap geweigerd. Naar mijn mening is dit evenwel verenigbaar met het EU-recht omdat in een dergelijke situatie geen sprake is van een definitief verlies als bedoeld in het arrest Marks & Spencer. De mogelijkheden tot verliesverrekening in de lidstaat waarin de kleindochtermaatschappij is gevestigd zijn immers niet uitgeput.

Ten aanzien van de overdragende vennootschap ben ik van mening dat de vier gestelde voorwaarden voor de overdraagbaarheid van een buitenlands verlies verenigbaar zijn met het EU-recht.

In paragraaf 2.4 is de claimende vennootschap behandeld inclusief de concernverhoudingen waarbinnen verliesoverdracht mogelijk is. Voor definitieve verliezen die zijn geleden op het grondgebied van een EER-lidstaat geldt dat verliesoverdracht alleen mogelijk is wanneer aan de groepsvereisten van paragraaf 2.4.1 wordt voldaan. In consortiumverband zoals beschreven in paragraaf 2.4.2 is overdracht van een verlies alleen mogelijk indien het verlies toerekenbaar is aan activiteiten die in het Verenigd Koninkrijk belastbaar zijn. In zoverre wordt een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedervernootschap met betrekking tot haar niet-ingezeten dochtervernootschap verschillend behandeld ten opzichte van een moedervernootschap met een ingezeten dochtervernootschap. Dit verschil in behandeling kan volgens de zaak Marks & Spencer worden gerechtvaardigd voor zover bij de dochtervernootschap geen sprake is van een definitief verlies. De vraag rijst in hoeverre het Verenigd Koninkrijk in consortiumverband overdracht van definitieve buitenlandse verliezen dient toe te staan. Naar mijn mening valt niet in te zien waarom de uitspraak van het HvJ EU niet van toepassing is op verliesoverdrachten in consortiumverband. Derhalve is het weigeren van de overdracht van definitieve buitenlandse verliezen in consortiumverband mogelijk niet verenigbaar met het EU-recht.

Op basis van de in deze paragraaf behandelde arresten kom ik tot de conclusie dat de voorwaarden voor verliesoverdracht in groepsverband in lijn zijn met het EU-recht maar dat de voorwaarden voor verliesoverdracht in consortiumverband nadere aandacht behoeven.

2.5.4 Per elementbenadering

Tot slot behandel ik in deze paragraaf drie arresten van het HvJ EU waarin de zogenoemde per elementbenadering is ontwikkeld in het kader van groepsregelingen. In deze arresten werd de grensoverschrijdende toepassing van een groepsregeling geweigerd door lidstaten. Hoewel uit paragraaf 2.5.3 bleek dat een dergelijke weigering gerechtvaardigd kan zijn om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te waarborgen, staat in deze arresten de vraag centraal of belanghebbenden in grensoverschrijdende situaties toch beroep kunnen doen op bepaalde voordelen van een groepsregeling. Hierna schets ik per arrest kort de situatie die aan de orde was, gevolgd door de uitspraak van het HvJ EU. Vervolgens toets ik de Britse group relief-regeling aan deze uitspraken van het HvJ EU.

2.5.4.1 *Groupe Steria SCA*

Het eerste arrest betreft de zaak *Groupe Steria SCA*⁶⁸ inzake de Franse groepsregeling in samenhang met een regeling voor ontvangen dividenden van deelnemingen. Indien een in Frankrijk gevestigde vennootschap dividend ontvangt van een deelneming is dit dividend aftrekbaar van de belastbare

⁶⁸ HvJ EU 2 september 2015, zaak C-386.14 (*Groupe Steria*), BNB 2015/223

winst in Frankrijk en vindt tegelijkertijd een heropname in de belastbare winst plaats van kosten en lasten in verband met de deelneming. De kosten en lasten in verband met de deelneming worden forfaitair gesteld op 5% van de totale opbrengst uit de deelneming. Wanneer een moeder- en dochtervennootschap samen een groep vormen voor de Franse groepsregeling, worden dividenduitkeringen evenals de heropname van de kosten en lasten geneutraliseerd. De neutralisatie heeft tot gevolg dat dividenduitkeringen volledig buiten de belastbare winst blijft zonder dat heropname van de forfaitaire kosten en lasten plaatsvindt. Dividenduitkeringen van deelnemingen waarop de groepsregeling van toepassing is worden derhalve voordeliger behandeld dan dividenduitkeringen van deelnemingen waarop de groepsregeling niet van toepassing is. In het arrest was situatie aan de orde waarin een in Frankrijk gevestigde moedervernootschap deelnemingen had in het buitenland waarmee zij geen groep kon vormen voor de groepsregeling omdat deze deelnemingen niet belastingplichtig waren in Frankrijk. De moedervernootschap stelde zich op het standpunt dat zij nadeliger wordt behandeld ten aanzien van ontvangen dividenden uit buitenlandse deelnemingen in vergelijking met dividenden uit binnenlandse deelnemingen. Derhalve lag de vraag aan het HvJ EU voor of een dergelijk verschil in behandeling verenigbaar is met het EU-recht. Het HvJ EU overweegt ten eerste dat een dergelijk verschil in behandeling een beperking van de vrijheid van vestiging vormt.⁶⁹ Vervolgens overweegt het HvJ EU dat het uitsluiten van buitenlandse deelnemingen van de toepassing van een groepsregeling die winst- en verliesverrekening mogelijk maakt gerechtvaardigd wordt door het handhaven van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten.⁷⁰ Toch kan het verschil in de behandeling van dividenduitkeringen niet worden gerechtvaardigd vanwege de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten. De behandeling van inkomende dividenden vormt slechts een nationale aangelegenheid waarmee de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten niet in het geding komt. Het HvJ EU oordeelt daarom dat het verschil in behandeling met betrekking tot de afkomst van dividenduitkeringen niet verenigbaar is met het EU-recht.

2.5.4.2 Finanzamt Linz

Het tweede arrest betreft de zaak Finanzamt Linz⁷¹ inzake een Oostenrijkse groepsregeling die het mogelijk maakt om de winsten en verliezen van vennootschappen die tot de groep behoren samen te voegen en het saldo te belasten. Tevens biedt de groepsregeling de mogelijkheid om bij de verwerving van een deelneming door een van de groepsvennootschappen de goodwill op deze deelneming fiscaal af te schrijven. De mogelijkheid tot afschrijving zorgt voor een lager belastbaar

⁶⁹ HvJ EU 2 september 2015, zaak C-386.14 (Groupe Steria), BNB 2015/223, r.o. 19-21

⁷⁰ HvJ EU 2 september 2015, zaak C-386.14 (Groupe Steria), BNB 2015/223, r.o. 26

⁷¹ HvJ EU 6 oktober 2015, zaak C-66.14 (Finanzamt Linz)

resultaat van de groep en vormt derhalve een fiscaal voordeel. De afschrijving op goodwill is alleen mogelijk bij deelnemingen in ingezeten vennootschappen. In het arrest was de situatie aan de orde waarin een Oostenrijkse vennootschap deel uitmaakt van een groep waarop de groepsregeling van toepassing is. Deze vennootschap verwierf een deelneming in een niet-ingezeten vennootschap en wenste de goodwill op deze deelneming af te schrijven. De afschrijving werd geweigerd omdat de vennootschap waarin de deelneming werd gehouden niet in Oostenrijk was gevestigd. Aan het HvJ EU lag de vraag voor of een dergelijke regeling verenigbaar is met het EU-recht. Ten eerste overweegt het HvJ EU dat sprake is van een belemmering in de vrijheid van vestiging omdat een moedermaatschappij die een deelneming verwerft in een niet-ingezeten vennootschap nadelig wordt behandeld ten opzichte van een moedermaatschappij die deelneming in een ingezeten vennootschap verwerft.⁷² Dat een niet-ingezeten vennootschap wordt uitgesloten van de groepsregeling waarmee winsten en verliezen gesaldeerd worden belast, kan worden gerechtvaardigd vanwege het handhaven van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten. Dit geldt echter niet voor het weigeren van afschrijvingen op de goodwill van een deelneming in een niet-ingezeten vennootschap. Derhalve is de Oostenrijkse groepsregeling op dit onderdeel niet verenigbaar met het EU-recht.

2.5.4.3 X BV & X NV

Tot slot behandel ik het arrest betreffende de gevoegde zaken X BV en X NV⁷³ waarin de Nederlandse fiscale eenheid in combinatie met andere regelingen in de Wet Vpb 1969 centraal stond. Zoals benoemd in paragraaf 1.1 vormde dit arrest de aanleiding voor Nederland om de fiscale eenheidsregeling te vervangen door een toekomstbestendige groepsregeling. De zaak X BV betrof een Nederlandse vennootschap die een lening had aangetrokken bij haar in Zweden gevestigde moedermaatschappij om vervolgens een kapitaalstorting te doen in een nieuw opgerichte Italiaanse vennootschap die tot doel had om aandelen te verwerven in een andere Italiaanse vennootschap. De rente die de Nederlandse BV aan haar moedermaatschappij betaalde op de lening, was op grond van de antiwinstdrainageregeling van artikel 10a Wet VPB 1969 niet aftrekbaar. Deze regeling houdt met zoveel woorden in dat de rente ter zake van een schuld aan een verbonden persoon of lichaam niet aftrekbaar is indien de schuld verband houdt met bepaalde rechtshandelingen. Eén van deze rechtshandelingen betreft de kapitaalstorting in een verbonden lichaam zoals aan de orde in onderhavige situatie. Indien de Nederlandse BV een fiscale eenheid had kunnen vormen met haar Italiaanse dochtervennootschap, was de kapitaalstorting vanwege de fiscale consolidatie niet

⁷² HvJ EU 6 oktober 2015, zaak C-66/14 (Finanzamt Linz), r.o. 28-29

⁷³ HvJ EU 22 februari 2018, zaak C-398/16 (X bv), V-N 2018/32.10; HvJ EU 22 februari 2018, zaak C-399/16 (X nv), V-N 2018/32.10

zichtbaar en zou de rente bij de Nederlandse BV wel aftrekbaar zijn geweest. Het vormen van een fiscale eenheid was echter niet mogelijk omdat de dochtervennootschap niet in Nederland is gevestigd en niet beschikt over een vaste inrichting in Nederland. Hierdoor worden voor de renteaftrekbeperking van artikel 10a Wet VPB 1969 vennootschappen met een niet-ingezeten dochtervennootschap verschillend behandeld ten opzichte van vennootschappen met een ingezeten dochtervennootschap. Een dergelijk verschil in behandeling vormt een belemmering voor de vrijheid van vestiging. Hoewel in de zaak X-Holding nog werd geoordeeld dat het uitsluiten van niet-ingezeten vennootschappen voor het vormen van een fiscale eenheid kan worden gerechtvaardigd om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten te handhaven, bestaat voor het onderhavige verschil in behandeling geen rechtvaardigingsgrond. Het voordeel van de renteaftrek betreft geen voordeel dat direct volgt uit de fiscale eenheidsregeling. Tevens hangt het voordeel niet af van waar de belasting over de rente-inkomsten wordt geheven. Hierdoor kan de belemmering niet gerechtvaardigd worden vanwege de handhaving van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten. Evenmin kan de belemmering volgens het HvJ EU worden gerechtvaardigd om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te verzekeren of om belastingontwijking en fraude te bestrijden. Het HvJ EU oordeelt dat de fiscale eenheidsregeling in combinatie met de aan de orde zijnde renteaftrekbeperking niet verenigbaar is met het EU-recht.

De zaak X NV betrof een Nederlandse vennootschap met een indirect gehouden dochtermaatschappij in het Verenigd Koninkrijk. Als gevolg van schommelingen in de wisselkoers leed de vennootschap valutaverliezen die zij in mindering wilden brengen op de belastbare winst. Dit is op grond van de deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet VPB niet mogelijk omdat hierin wordt bepaald dat alle voordelen, evenals negatieve voordelen, uit hoofde van een deelneming buiten aanmerking blijven bij het bepalen van de winst. De deelnemingsvrijstelling is derhalve ook van toepassing op negatieve valutaresultaten. Echter, indien een fiscale eenheid met de Engelse dochtermaatschappij gevormd kon worden, zouden de valutaresultaten vanwege de fiscale consolidatie wel in mindering gebracht kunnen worden op het belastbare resultaat. In deze zaak overweegt het HvJ EU dat de situatie niet objectief vergelijkbaar is met de situatie waarin de dochtervennootschap in Nederland zou zijn gevestigd. In beginsel kan immers geen koersverlies worden geleden op een ingezeten dochtervennootschap. Tevens leidt de onderhavige casus niet op voorhand tot een nadelige of voordelige behandeling. In geval van koerswinsten worden deze winsten eveneens niet in aanmerking genomen bij het bepalen van de belastbare winst. Een lidstaat behoeft op grond van de vrijheid van vestiging dergelijke situaties niet asymmetrisch te behandelen door koerswinsten vrij te stellen en koersverliezen aftrekbaar van de winst te laten zijn. Derhalve is

de fiscale eenheidsregeling in combinatie met de deelnemingsvrijstelling in onderhavige situatie verenigbaar met het EU-recht.

2.5.4.4 Toetsing group relief-regeling

In de drie hiervoor behandelde arresten stond de vraag centraal of niet-ingezeten vennootschappen middels uitsluiting van de toepassing van een groepsregeling specifieke voordelen mogen worden onthouden, anders dan grensoverschrijdende verrekening van winsten en verliezen. Uit de arresten blijkt dat wanneer sprake is van objectief vergelijkbare situaties met ingezeten vennootschappen een verschil in behandeling niet verenigbaar is met het EU-recht. Om te toetsen in hoeverre de Britse group relief-regeling als behandeld in paragraaf 2.2 tot en met 2.4 in het kader van deze arresten verenigbaar is met het EU-recht, dient onderzocht te worden of de regeling naast de mogelijkheid tot verliesoverdracht ook andere voordelen biedt. Indien deze voordelen niet toekomen aan vennootschappen die niet in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd, is mogelijk sprake van strijdigheid met het EU-recht.

In de zaken *Groupe Steria SCA* en *X BV* leiden de onderhavige groepsregelingen tot bepaalde voordelen vanwege het fiscaal negeren van bepaalde handelingen door middel van fiscale neutralisatie of consolidatie. Dergelijke voordelen van een groepsregeling kent de Britse group relief-regeling niet. Vennootschappen die onderworpen zijn aan de *Corporation Tax Acts* bepalen zelfstandig hun belastbare resultaat. Indien voldaan wordt aan de groeps- of consortiumvereisten kunnen zij bepaalde verliezen overdragen aan andere vennootschappen binnen hetzelfde concern. De group relief-regeling brengt niet met zich mee dat bepaalde transacties binnen het concern fiscaal geneutraliseerd of buiten beschouwing gelaten worden. Derhalve kunnen zich geen vergelijkbare strijdigheden met de vrijheid van vestiging voordoen als in de zaken *Groupe Steria SCA* en *X BV*.

In de zaak *Finanzamt Linz* was sprake van een specifiek voordeel dat rechtstreeks voortkwam uit de in Oostenrijk geldende groepsregeling. Anders dan de mogelijkheid om verliezen binnen het concern over te dragen bevat de group relief-regeling geen specifieke voordelen die alleen toekomen aan vennootschappen die kwalificeren voor de toepassing van de group relief-regeling.

De Britse group relief-regeling zoals behandeld in paragraaf 2.2 tot en met 2.4 bevat derhalve geen onderdelen die niet verenigbaar zijn met het EU-recht als gevolg van de per elementbenadering.

2.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond de eerste deelvraag centraal: *Hoe werkt de group relief-regeling van het Verenigd Koninkrijk?* Hiertoe heb ik allereerst op hoofdlijnen de group relief-regeling beschreven,

welke het mogelijk maakt om verliezen binnen een concern van de ene vennootschap aan de ander vennootschap over te dragen. Vervolgens ben ik nader ingegaan op de voorwaarden voor verliesoverdracht waarbij ik achtereenvolgens de overdragende vennootschap en de claimende vennootschap heb behandeld. Zowel in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen als elders gevestigde vennootschappen kunnen kwalificeren als overdragende vennootschap. Verliezen die een overdragende vennootschap wenst over te dragen, dienen in beginsel afkomstig te zijn uit activiteiten die belast zijn in het Verenigd Koninkrijk. Uitzondering hierop betreffen definitieve verliezen van vennootschappen die in een EER-land zijn gevestigd of aldaar een vaste inrichting hebben. Ook de claimende vennootschap kan in het Verenigd Koninkrijk of elders gevestigd zijn. De claimende vennootschap kan verliezen claimen van overdragende vennootschappen die onderdeel uitmaken van hetzelfde concern. Of een vennootschap onderdeel uitmaakt van hetzelfde concern kan getoetst worden in groepsverband of in consortiumverband. In groepsverband dient sprake te zijn van directe of indirecte aandeelhoudersrelaties van ten minste 75% en in consortiumverband kwalificeren bepaalde aandeelhouders vanaf 5%. Een claimende vennootschap kan een verlies claimen van een overdragende vennootschap tot maximaal het bedrag van de beschikbare winsten waarmee het geclaimde verlies verrekend kan worden.

Omdat Nederland op zoek is naar een nieuwe groepsregeling die in lijn is met het EU-recht heb ik de Britse group relief-regeling tevens getoetst aan de jurisprudentie van het HvJ EU die tot op heden is gewezen in het kader van groepsregelingen. Hierbij is geconcludeerd dat de group relief-regeling op vrijwel alle onderdelen in lijn is met het EU-recht. Op enkele onderdelen is nadere aandacht nodig om vast te stellen of deze verenigbaar zijn met het EU-recht.

Hoofdstuk 3: Een verliesoverdrachtsregeling in de Wet Vpb 1969

In dit hoofdstuk behandel ik de tweede deelvraag: *Hoe ziet de Nederlandse Wet Vpb 1969 eruit als de bestaande fiscale eenheidsregeling wordt vervangen door de group relief-regeling uit het Verenigd Koninkrijk, met uitzondering van elementen van de group relief-regeling die niet verenigbaar zijn met de systematiek van de Wet Vpb 1969?* In het vorige hoofdstuk heb ik in kaart gebracht hoe de group relief-regeling in het Verenigd Koninkrijk werkt. Alvorens te kunnen onderzoeken welke effecten een dergelijke regeling in de Wet Vpb 1969 zal hebben, schets ik in paragraaf 3.1 eerst een beeld van de veronderstelde wijzigingen in de Wet Vpb 1969 indien de fiscale eenheidsregeling vervangen wordt door de group relief-regeling uit het Verenigd Koninkrijk. Vervolgens beschrijf ik in paragraaf 3.2 de elementen van de Britse group relief-regeling die niet verenigbaar zijn met de Wet Vpb 1969 vanwege de afwijkende grondslagen van het belastingstelsel in het Verenigd Koninkrijk ten opzichte van de Wet Vpb 1969. Deze elementen worden buiten beschouwing gelaten bij de veronderstelde implementatie van een verliesoverdrachtsregeling in de Wet Vpb 1969.

3.1 Vervangen huidige fiscale eenheid door verliesoverdrachtsregeling

De bestaande fiscale eenheidsregeling is neergelegd in de artikelen 15 tot en met 15aj Wet Vpb 1969. Daarnaast bevatten andere artikelen in de Wet Vpb 1969 specifieke bepalingen voor situaties met betrekking tot fiscale eenheden. Bij de vervanging van de fiscale eenheidsregeling door een nieuwe verliesoverdrachtsregeling veronderstel ik in de eerste plaats dat de artikelen 15 tot en met 15aj Wet Vpb 1969 geschrapt worden. Als gevolg daarvan is het voor belastingplichtige lichamen niet meer mogelijk om een fiscale eenheid te vormen. Ieder lichaam is derhalve op basis van artikel 2 en 3 Wet Vpb 1969 zelfstandig belastingplichtig. Tevens veronderstel ik dat de verwijzingen naar de fiscale eenheidsregeling in de overige bepalingen geschrapt worden. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de uitzondering van de vestigingsplaatsfictie in artikel 2 lid 4 Wet Vpb 1969, waarbij de vestigingsplaatsfictie niet geldt ten aanzien van de fiscale eenheidsregeling. Bij de afwezigheid van een fiscale eenheidsregeling is een dergelijke uitzondering niet meer van belang. Andere voorbeelden zijn de in artikel 8 lid 4 Wet Vpb 1969 neergelegde uitzondering van de kwijscheldingswinstvrijstelling bij belastingplichtigen die deel hebben uitgemaakt van een fiscale eenheid maar in de afgelopen zes jaar zijn ontvoegd uit de fiscale eenheid of de toepassing van de

deelnemingsvrijstelling conform artikel 13 lid 18 Wet Vpb 1969 bij tussenmaatschappijen van een fiscale eenheid als ware zij geen onderdeel uitmaken van de fiscale eenheid.⁷⁴

Voor het verdere onderzoek naar de effecten van een nieuwe verliesoverdrachtsregeling, abstraheer ik van overgangsrecht dat eventueel noodzakelijk is om de uitwerking van huidige bepalingen te waarborgen ten aanzien van situaties waarin belastingplichtigen in het verleden gebruik hebben gemaakt van de fiscale eenheidsregeling. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is de hiervoor genoemde uitzondering van artikel 8 lid 4 Wet Vpb 1969.

Ter vervanging van de fiscale eenheidsregeling veronderstel ik een nieuwe verliesoverdrachtsregeling die gelijklopend is aan de group relief-regeling in het Verenigd Koninkrijk. Hiertoe dienen de bepalingen omtrent de group relief-regeling uit het Verenigd Koninkrijk te worden overgenomen in de Wet Vpb 1969. Van belang is hierbij dat de systematiek van de nieuwe verliesoverdrachtsregeling gelijk is aan die van de group relief-regeling in het Verenigd Koninkrijk. Indien in de group relief-regeling wordt gesproken over het Verenigd Koninkrijk als vestigingsplaats of als staat van belastingplicht, dient dit in de verliesoverdrachtsregeling in de Wet Vpb 1969 te worden aangepast naar Nederland. Daar waar in de group relief-regeling wordt verwezen naar andere bepalingen in de wetgeving die van belang zijn voor de toepassing van group relief, veronderstel ik dat dergelijke verwijzingen naar vergelijkbare bepalingen in de Nederlandse wetgeving worden gemaakt. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld de regels inzake de vaststelling van de subjectieve belastingplicht van vennootschappen of regels inzake de voorwaartse en achterwaartse verliesverrekening. Indien vergelijkbare bepalingen ontbreken in de Nederlandse wetgeving, veronderstel ik dat deze bepalingen onderdeel gaan uitmaken van de implementatie van een nieuwe verliesoverdrachtsregeling in de Wet Vpb 1969.

In de volgende paragraaf behandel ik enkele uitzonderingen die ik maak op de in deze paragraaf beschreven implementatie van een verliesoverdrachtsregeling.

3.2 Uit te sluiten elementen van de Britse group relief-regeling

In de vorige paragraaf heb ik een beeld geschetst van hoe de nieuwe verliesoverdrachtsregeling in de Wet Vpb 1969 er ten behoeve van dit onderzoek uitziet, gebaseerd op de group relief-regeling uit het Verenigd Koninkrijk. Op deze benadering stel ik enkele uitzonderingen vast, waarbij ik veronderstel dat bepaalde onderdelen van de group relief-regeling niet worden overgenomen in de

⁷⁴ Andere bepalingen die samenhangen met de fiscale eenheidsregeling zijn art. 7 lid 4, art. 10a lid 4 lid d en lid 7, art. 13ba lid 10, art. 13d lid 8 lid 9 en lid 10, art. 15c lid 2, art. 20b lid 4, art. 24 lid 2, art. 26, art. 28c lid 4 lid c Wet Vpb 1969.

Wet Vpb 1969. De reden hiervan is dat deze onderdelen gebaseerd zijn op grondslagen in de Corporation Tax Acts van het Verenigd Koninkrijk die de Nederlandse Wet Vpb 1969 niet kent.

De onderdelen die ik uitsluit, betreffen de onderdelen waarin onderscheid gemaakt wordt verschillende soorten verliezen zoals beschreven in paragraaf 2.3.1. Zoals eerder opgemerkt, vind het onderscheid in verschillende soorten verliezen zijn oorsprong in de definitie van de belastbare inkomens van vennootschappen in de CTA 2009. Deze wijze van winstbepaling wijkt af van het winstbegrip voor de Wet Vpb 1969. De basis voor het winstbegrip van de Wet Vpb 1969 vormt de totaalwinstbepaling in artikel 3.8 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001).⁷⁵ Het totaalwinstbegrip luidt als volgt: “Winst uit een onderneming (winst) is het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming.” Tevens worden belastingplichtige lichamen op grond van artikel 2 lid 5 Wet Vpb 1969, geacht met hun gehele vermogen een onderneming te drijven⁷⁶. Hierdoor is voor de Wet VPB 1969 slechts sprake van een totaalbedrag aan belastbare winst of verlies in enig boekjaar waarbij geen onderscheid wordt gemaakt naar verschillende bronnen van inkomen.

De uitsluiting van elementen waarin onderscheid wordt gemaakt naar verschillende bronnen van inkomen heeft voor de verliesoverdrachtsregeling in de Wet VPB 1969 onder meer tot gevolg dat er pas sprake kan zijn van een overdraagbaar verlies indien een belastingplichtige volgens het totaalwinstbegrip een verlies heeft in enig boekjaar. Tevens zal geen sprake zijn van een bepaalde volgorde waarin verliezen uit verschillende bronnen overdraagbaar zijn. Eveneens heeft de uitsluiting tot gevolg dat de ‘equivalentie-voorwaarde’ voor de overdraagbaarheid van een verlies van een vennootschap die in de EER is gevestigd of aldaar een vaste inrichting heeft anders zal luiden. Voor dergelijke buitenlandse verliezen bestaat immers geen equivalent in de vorm van een verlies uit een bepaalde bron van inkomen. Derhalve veronderstel ik dat de equivalentievoorwaarde zal inhouden dat een buitenlands verlies overdraagbaar is voor zover naar Nederlandse fiscale maatstaven eveneens sprake is van een verlies.

3.3 Deelconclusie

In dit hoofdstuk heb ik de tweede deelvraag behandeld: *Hoe ziet de Nederlandse Wet Vpb 1969 eruit als de bestaande fiscale eenheidsregeling wordt vervangen door de group relief-regeling uit het Verenigd Koninkrijk, met uitzondering van elementen van de group relief-regeling die niet*

⁷⁵ Via de schakelbepaling in art. 8 lid 1 Wet Vpb 1969, wordt de winst belastingplichtige lichamen op dezelfde wijze vastgesteld als de winst van ondernemers (natuurlijke personen) welke belastingplichtig zijn volgens de Wet IB 2001.

⁷⁶ Uitzonderd van deze bepaling zijn de in art. 2 lid 1, onderdelen e, f en g Wet Vpb 1969 genoemde lichamen die slechts belastingplichtig zijn voor zover zij een onderneming drijven.

verenigbaar zijn met de systematiek van de Wet Vpb 1969? Hiertoe heb ik een beeld geschetst van de Wet Vpb 1969 waarbij de huidige fiscale eenheidsregeling volledig wordt geschrapt inclusief de bepalingen waarin wordt verwezen naar de fiscale eenheidsregeling. Ter vervanging hiervan ben ik uitgegaan van het een op een overnemen van de Britse group relief-regeling met uitzondering van enkele onderdelen die niet verenigbaar zijn met het Nederlandse belastingstelsel. Slechts de onderdelen waarin onderscheid wordt gemaakt naar verschillende soorten verliezen heb ik daarbij uitgesloten.

Hoofdstuk 4: Samenloop verliesoverdrachtsregeling met bestaande regelingen in de Wet Vpb 1969

In dit hoofdstuk behandel ik de derde en vierde deelvraag: *“Wat zijn de gevolgen van een dergelijke verliesoverdrachtsregeling op de bestaande deelnemingsvrijstelling en liquidatieverliesregeling?”* en *“In hoeverre dient de bestaande deelnemingsvrijstelling inclusief liquidatieverliesregeling of de verliesoverdrachtsregeling aangepast te worden?”* De in het vorige hoofdstuk veronderstelde verliesoverdrachtsregeling in de Wet VPB 1969 vormt de basis voor het onderzoek naar de effecten van een dergelijke regeling op bestaande bepalingen in de Wet VPB 1969. Van de bestaande bepalingen in de Wet Vpb 1969 worden in dit onderzoek de deelnemingsvrijstelling en de liquidatieverliesregeling behandeld.

In paragraaf 4.1 start ik met de samenloop van de verliesoverdrachtsregeling met de bestaande deelnemingsvrijstelling. Allereerst ga ik in op de ratio van de deelnemingsvrijstelling, gevolgd door de werking ervan. Op basis van enkele scenario's zal ik uitwerken wat de gevolgen zijn van de toepassing van de verliesoverdrachtsregeling in samenhang met de deelnemingsvrijstelling. Vervolgens toets ik in hoeverre de samenloop tussen deze regelingen in lijn zijn met de ratio van de deelnemingsvrijstelling. Voor zover de samenloop leidt tot situaties die niet in lijn zijn met de ratio van de deelnemingsvrijstelling zal ik ingaan op welke onderdelen de deelnemingsvrijstelling of de verliesoverdrachtsregeling aanpassing behoeven.

In paragraaf 4.2 staat de samenloop van de verliesoverdrachtsregeling met de bestaande liquidatieverliesregeling centraal. Ook van de liquidatieverliesregeling behandel ik allereerst de ratio en de werking. Vervolgens werk ik aan de hand van een aantal scenario's uit wat de gevolgen van de toepassing van de verliesoverdrachtsregeling in samenhang met de liquidatieverliesregeling zijn. Daarna toets ik in hoeverre de samenloop tussen deze regelingen in lijn zijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling. Voor zover de samenloop niet in lijn is met de ratio van de liquidatieverliesregeling onderzoek ik op welke onderdelen de liquidatieverliesregeling of de verliesoverdrachtsregeling aanpassing behoeven.

In paragraaf 4.3 sluit ik af met een deelconclusie.

4.1 Samenloop verliesoverdracht met de deelnemingsvrijstelling

In deze paragraaf staat de samenloop tussen de in hoofdstuk 3 veronderstelde verliesoverdrachtsregeling met de bestaande deelnemingsvrijstelling in de Wet Vpb 1969 centraal. Om deze samenloop te onderzoeken start ik in paragraaf 4.1.1 met een uiteenzetting van de ratio en de werking van de deelnemingsvrijstelling. Vervolgens onderzoek ik op basis van verschillende

scenario's de gevolgen van de toepassing van de verliesoverdrachtsregeling in combinatie met de deelnemingsvrijstelling. Er zijn tal van scenario's denkbaar waarin verliezen van de ene concernvennootschap aan de andere concernvennootschap overgedragen kunnen worden. Indien geabstraheerd wordt van allerlei indirect gehouden aandelenbelangen, zijn in de kern drie soorten situaties denkbaar waarin verliesoverdracht kan plaatsvinden. Het gaat om de volgende situaties, welke ik in paragraaf 4.1.2 tot en met 4.1.4 behandel:

- i. Een moedermaatschappij draagt een verlies over aan haar dochtermaatschappij;
- ii. Een dochtermaatschappij draagt een verlies over aan haar moedermaatschappij;
- iii. Een moedermaatschappij heeft twee dochtermaatschappijen waarbij de ene dochtermaatschappij een verlies overdraagt aan de andere dochtermaatschappij.

Conform de afbakening van het onderzoek ga ik ervan uit dat op de concernverhoudingen in de bovengenoemde situaties de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. De gevonden effecten zal ik vervolgens in paragraaf 4.1.5 toetsen aan de ratio van de deelnemingsvrijstelling.

4.1.1 Ratio en werking van de deelnemingsvrijstelling

De belastbare winst van belastingplichtige lichamen wordt in beginsel bepaald op basis van het totaalwinstbegrip.⁷⁷ Zoals reeds aan de orde kwam in paragraaf 3.2 wordt onder het totaalwinstbegrip verstaan *“het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming”*. De deelnemingsvrijstelling vormt hierop een uitzondering en stelt bepaalde voordelen vrij voor de heffing van vennootschapsbelasting. De deelnemingsvrijstelling is vormgegeven in artikel 13 tot en met 13k van de Wet Vpb 1969 en is gebaseerd op de ne-bis-in-idem-gedachte. Deze gedachte houdt in dat winsten in de vennootschappelijke keten niet meerdere keren worden belast.⁷⁸ Zonder deelnemingsvrijstelling zouden winsten ingeval van concernvorming meerdere keren belast worden. Immers, indien een belastingplichtige moedermaatschappij een belang houdt in een dochtermaatschappij die eveneens belastingplichtig is voor een naar de winst geheven belasting, zullen door de dochtermaatschappij behaalde winsten eerst bij de dochtermaatschappij belast zijn. Wanneer de dochtermaatschappij overgaat tot winstuitkering aan de moedermaatschappij, zal de ontvangen winstuitkering bij de moedermaatschappij een verkregen voordeel uit een onderneming vormen en daarmee in beginsel

⁷⁷ Zie voor binnenlands belastingplichtigen de schakelbepaling van art. 8 lid 1 Wet Vpb 1969 naar art. 3.8 Wet IB 2001. Zie voor buitenlands belastingplichtigen art. 18 lid 1 Wet Vpb 1969.

⁷⁸ Dr. F.P.J. Snel vat de strekking van de deelnemingsvrijstelling als volgt samen: “er is consensus dat de deelnemingsvrijstelling beoogt dat binnen de vennootschappelijke keten winst niet tweemaal in de heffing wordt betrokken, met – in internationaal verband – inachtneming van kapitaalimportneutraliteit”. Zie F.P.J. Snel, *De ratio van de deelnemingsvrijstelling, de evenwichtsgedachte en het veroorzakingsbeginsel en schadevergoedingen*, NTFR-A 2014/24, p. 2.

tot belastbare winst leiden. Zodoende wordt over dezelfde winst tweemaal belasting geheven, eenmaal bij de dochtermaatschappij en eenmaal bij de moedermaatschappij. Dit wordt economische dubbele belastingheffing genoemd. Op basis van het ne-bis-in-idembeginsel beoogt de deelnemingsvrijstelling economische dubbele belastingheffing te voorkomen. De kern van de deelnemingsvrijstelling blijkt uit artikel 13 lid 1 Wet Vpb 1969 en luidt dat bij het bepalen van de winst de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of vervreemding van die deelneming, buiten aanmerking blijven. Als gevolg van deze bepaling wordt de winstuitkering die de moedermaatschappij in het hiervoor genoemde voorbeeld ontvangt, vrijgesteld door de deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling stelt tevens waardeveranderingen van een deelneming vrij voor zover deze tot uitdrukking komen in de winst van de moedermaatschappij omdat waardeveranderingen doorgaans de winsten en verliezen afspiegelen van het lichaam waarin wordt deelgenomen. Dergelijke waardeveranderingen kunnen tot uitdrukking komen bij de vervreemding van een deelneming of gedurende de periode waarin de deelneming wordt gehouden, afhankelijk van de gehanteerde waarderingmethode.

Door alle voordelen uit hoofde van een deelneming inclusief waardeveranderingen van de deelneming vrij te stellen heeft de wetgever bij de invoering van de deelnemingsvrijstelling beoogt een sluitend systeem vorm te geven waarbij zowel winsten als verliezen slechts eenmaal in aanmerking worden genomen voor de heffing van vennootschapsbelasting.⁷⁹ Derhalve is ook voorzien in de situatie waarin verliezen van een dochtermaatschappij niet meer door haar in aanmerking genomen kunnen worden ingeval van liquidatie van de dochtermaatschappij. Voor deze situatie bestaat de liquidatieverliesregeling, welke uitvoeriger aan bod komt in paragraaf 4.2.

Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling dient sprake te zijn van een kwalificerende deelneming. Hiervan is sprake indien een belastingplichtige ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal bezit van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.⁸⁰ Zoals reeds genoemd, blijven alle voordelen uit hoofde van een deelneming buiten aanmerking bij de fiscale winstbepaling. Het begrip 'voordelen' betreft een algebraïsch begrip waardoor zowel positieve als negatieve voordelen uit hoofde van een deelneming buiten aanmerking blijven bij de bepaling van de winst. Zowel bij winstuitdelingen door de vennootschap

⁷⁹ Zie Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, p. 14

⁸⁰ Zie artikel 13 lid 2 Wet Vpb 1969. Er kan eveneens sprake zijn van een deelneming indien een belang wordt gehouden in een fonds voor gemene rekening, een coöperatie, een vereniging of een open commanditaire vennootschap. Omdat de veronderstelde verliesoverdrachtsregeling uit hoofdstuk 3 slechts toegepast kan worden door vennootschappen waarvan het kapitaal in aandelen is verdeeld, beperk ik mij tot deelnemingen in aandelenvennootschappen. Tevens abstraheer ik vanwege de strekking van het onderzoek van beleggingsdeelnemingen die niet kwalificeren voor de deelnemingsvrijstelling.

waarin wordt deelgenomen als bij vermogenswinsten of –verliezen ter zake van de deelneming is sprake van een voordeel uit hoofde van een deelneming.

Dat een voordeel ‘uit hoofde van een deelneming’ dient op te komen om onder de deelnemingsvrijstelling te vallen, impliceert dat er een causaal verband tussen de deelneming en het voordeel dient te bestaan. Hiervoor is het van belang om vast te stellen in welke hoedanigheid een bepaald voordeel wordt genoten. Indien een moedermaatschappij naast het houden van de aandelen in haar dochtermaatschappij tevens bijvoorbeeld een rentedragende lening verstrekt aan deze dochtermaatschappij, vormt de hierop ontvangen rente een voordeel uit hoofde van een leningovereenkomst. Derhalve ontvangt de moedermaatschappij de rente niet in de hoedanigheid van aandeelhouder en is geen sprake van een voordeel uit hoofde van een deelneming.

Hiervoor werd al genoemd dat winstuitdelingen onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Winstuitdelingen kunnen in verschillende vormen plaatsvinden. De meest voor de hand liggende vorm is dividend. Maar ook zogenaamd ‘verkapt dividend’ wordt als voordeel uit hoofde van een deelneming gezien. Van verkapt dividend kan bijvoorbeeld sprake zijn als een dochtermaatschappij een vermogensbestanddeel tegen een lagere vergoeding dan de marktwaarde overdraagt aan haar moedermaatschappij. Het verschil tussen de marktwaarde en de betaalde vergoeding betreft een voordeel dat de moedermaatschappij in de hoedanigheid van aandeelhouder geniet en wordt als verkapt dividend gezien. De Hoge Raad definieert een winstuitdeling als volgt: *“een vermogensverschuiving van de vennootschap naar den aandeelhouder als gevolg waarvan aan het vermogen van de vennootschap enig geldsbedrag of andere waarde, gedekt door de daarin aanwezige winst, ten gunste van den aandeelhouder wordt onttrokken”*.⁸¹ Uit de vereiste vermogensverschuiving blijkt dat bij een winstuitdeling sprake dient te zijn van een bevoordeling van de aandeelhouder als zodanig. Tevens dient voor de kwalificatie van een winstuitdeling de uitdelende vennootschap zich bewust te zijn van de bevoordeling van haar aandeelhouder en dient de aandeelhouder het voordeel bewust te aanvaarden.⁸²

4.1.2 Moedermaatschappij draagt verlies over aan dochtermaatschappij

Nadat ik de ratio en werking van de deelnemingsvrijstelling in de vorige paragraaf heb behandeld, onderzoek ik in deze en de hiernavolgende paragrafen de gevolgen van de toepassing van de verliesoverdrachtsregeling in combinatie met de deelnemingsvrijstelling. In deze paragraaf staat het eerste scenario centraal waarin de moedermaatschappij een verlies overdraagt aan haar dochtermaatschappij. Samen vormen zij een concern waarbij ik er gemakshalve van uitga dat de

⁸¹ HR 18 februari 1959, nr. 13 763, BNB 1959/124

⁸² HR 30 december 1953, nr. 11 555, BNB 1954/61

moedermaatschappij alle aandelen in de dochtermaatschappij houdt en dat zij beiden zijn gevestigd in Nederland. De dochtermaatschappij is winstgevend en de moedermaatschappij lijdt verlies. Op basis van een concreet cijfervoorbeeld werk ik hierna allereerst de fiscale gevolgen uit zonder de mogelijkheid tot verliesoverdracht. Vervolgens behandel ik op basis van hetzelfde voorbeeld de fiscale gevolgen indien verliesoverdracht wel mogelijk is. In het voorbeeld bedraagt de belastbare winst van de dochtermaatschappij in een boekjaar 100 en lijdt de moedermaatschappij in datzelfde boekjaar een verlies van 100. Uit de gevolgen waarin verliesoverdracht plaatsvindt, zal blijken dat de claimende vennootschap in economisch opzicht een voordeel geniet en dat de overdragende vennootschap mogelijk een nadeel lijdt. Daarbij ontstaat de vraag hoe een dergelijk voordeel of mogelijk nadeel fiscaal gekwalificeerd dient te worden. Daarom ga ik vervolgens nader in op de kwalificatie van het betreffende voordeel dan wel nadeel. Tot slot zal ik toetsen in hoeverre de fiscale gevolgen van de toepassing van verliesoverdracht in lijn zijn met het ne-bis-in-idembeginsel waarop de deelnemingsvrijstelling is gebaseerd.

4.1.2.1 Fiscale gevolgen zonder verliesoverdracht

In deze paragraaf behandel ik op basis van het gegeven voorbeeld de fiscale gevolgen zonder de mogelijkheid tot overdracht van het verlies van de moedermaatschappij aan de dochtermaatschappij. Ik start met de gevolgen voor de dochtermaatschappij. Zij heeft een belastbare winst van 100 en is daarover 25 ($= 25\% * 100$) vennootschapsbelasting verschuldigd.⁸³ De verschuldigde vennootschapsbelasting vormt vanuit bedrijfseconomisch opzicht een last voor de vennootschap, waardoor het economische resultaat van de moedermaatschappij na belasting 75 bedraagt. De verschuldigde vennootschapsbelasting kan niet ten laste van de fiscale winst worden gebracht op grond van artikel 10 lid 1, onderdeel e Wet Vpb 1969.

Bij de moedermaatschappij is sprake van een fiscaal verlies van 100 waarover zij geen vennootschapsbelasting is verschuldigd. Het verlies kan zij evenwel op basis van de bepalingen omtrent voorwaartse en achterwaartse verliesverrekening verrekenen met belastbare winsten van het voorgaande boekjaar en de zes volgende boekjaren.⁸⁴ Vanwege deze mogelijkheid tot verliesverrekening zou vanuit bedrijfseconomisch opzicht mogelijk een waarde aan het verlies toegekend kunnen worden omdat hiermee de verschuldigde vennootschapsbelasting van een eerder boekjaar of de zes latere boekjaren gedrukt kan worden. De waarde zal onder meer afhankelijk zijn van de verwachting of en wanneer de moedermaatschappij winst zal behalen waarmee het verlies verrekend kan worden. Derhalve zal de waarde variëren van nihil tot 25, als gevolg waarvan het

⁸³ Hierbij abstraheer ik van het opstarttarief van 16,5%.

⁸⁴ Zie art. 20 lid 2 Wet Vpb 1969.

economische resultaat van de moedermaatschappij in het betreffende boekjaar tussen de 75 en 100 negatief bedraagt. Omdat het verrekenbare verlies geen onderdeel uitmaakt van de fiscale winstbepaling, beïnvloedt een dergelijke waardering van het verrekenbare verlies niet de belastbare winst. In paragraaf 4.1.2.3 ga ik nader in op het verband dat een verrekenbaar verlies houdt met de fiscale winstbepaling.

Ervan uitgaande dat de moedermaatschappij haar verlies middels voorwaartse of achterwaartse verliesverrekening kan benutten, is het verlies van de moedermaatschappij eenmaal aftrekbaar en is de winst van de dochtermaatschappij eenmaal in de heffing van vennootschapsbelasting betrokken. Zodoende vindt er geen economische dubbele belasting of dubbele verliesverrekening plaats. Indien voorwaartse of achterwaartse verliesverrekening niet mogelijk blijkt doordat de moedermaatschappij niet voldoende winst maakt binnen de verliesverrekeningstermijn van artikel 20 lid 1 Wet Vpb 1969, blijft (een deel van) het verlies onverrekend. In dat geval is de winst van de dochtermaatschappij wel belast, maar is het verlies van de moedermaatschappij niet (volledig) aftrekbaar.

4.1.2.2 Fiscale gevolgen met verliesoverdracht

In deze paragraaf ga ik opnieuw uit van het gegeven voorbeeld in paragraaf 4.1.2 en zet ik de gevolgen uiteen indien de moedermaatschappij haar verlies volledig overdraagt aan de dochtermaatschappij. Wederom start ik met de gevolgen voor de dochtermaatschappij. Zij verkrijgt het verrekenbare verlies van 100 van de moedermaatschappij, dat zij in mindering brengt op haar belastbare winst. Hierdoor resteert bij de dochtermaatschappij een belastbaar bedrag van nihil en is zij geen vennootschapsbelasting meer verschuldigd. Zoals in paragraaf 2.4.3 aan de orde kwam is de claimende maatschappij, in dit voorbeeld de dochtermaatschappij, niet verplicht een vergoeding te betalen voor het overgenomen verlies. Indien wel een vergoeding wordt betaald, wordt deze tot maximaal het bedrag van het overgenomen verlies buiten beschouwing gelaten voor de fiscale winstbepaling. In dit voorbeeld ga ik er gemakshalve van uit dat de dochtermaatschappij geen vergoeding betaalt voor het overgenomen verlies. Haar economische winst blijft hierdoor 100.

De moedermaatschappij heeft haar verlies van 100 overgedragen aan de dochtermaatschappij. Ook na de verliesoverdracht is de moedermaatschappij geen vennootschapsbelasting verschuldigd. Als gevolg van de verliesoverdracht heeft zij geen fiscaal verlies meer dat voorwaarts of achterwaarts verrekenbaar is. Derhalve bedraagt haar economische resultaat 100 negatief.

De totale winst voor belasting en voor verliesoverdracht van het concern is nihil en als gevolg van de verliesoverdracht is zowel de dochtermaatschappij als de moedermaatschappij geen vennootschapsbelasting verschuldigd in het betreffende boekjaar. De winst van de

dochtermaatschappij is hiermee eenmaal in de heffing van vennootschapsbelasting betrokken en het verlies van de moedermaatschappij is eenmaal in aanmerking genomen bij de dochtermaatschappij. Deze uitkomst is in zoverre in lijn met het ne-bis-in-idembeginsel.

4.1.2.3 Kwalificatie voordelen door verliesoverdracht

In het voorbeeld waarin verliesoverdracht heeft plaatsgevonden, is het economische resultaat na belasting van de dochtermaatschappij hoger dan in het voorbeeld zonder verliesoverdracht. Zonder verliesoverdracht bedraagt haar economische resultaat 75 en met verliesoverdracht bedraagt haar resultaat 100. Haar (fiscale) eindvermogen is vanwege de lagere verschuldigde vennootschapsbelasting als gevolg van de verliesoverdracht toegenomen met 25. Hieruit valt te concluderen dat de dochtermaatschappij als gevolg van de verliesoverdracht een voordeel geniet ten bedrage van 25. Daarentegen heeft de moedermaatschappij als gevolg van de verliesoverdracht geen verrekenbaar verlies meer dat voorwaarts of achterwaarts verrekenbaar is. Zonder verliesoverdracht zou de moedermaatschappij nog wel over een verrekenbaar verlies beschikken, dat mogelijk een economische waarde vertegenwoordigt van ten hoogste 25. Derhalve is het commerciële eindvermogen van de moedermaatschappij als gevolg van de verliesoverdracht mogelijk gedaald met ten hoogste 25.⁸⁵

Daarbij ontstaat de vraag hoe een dergelijk voordeel (bij de dochtermaatschappij) dan wel nadeel (bij de moedermaatschappij) fiscaal gekwalificeerd dient te worden.

Allereerst onderzoek ik op welke wijze een verrekenbaar verlies verband houdt met de fiscale winstbepaling. De wettelijke systematiek voor de fiscale winstbepaling is als volgt. De vennootschapsbelasting wordt geheven van het belastbare bedrag dat bestaat uit de belastbare winst, verminderd met het verrekenbare verlies.⁸⁶ Van een verlies is sprake indien de belastbare winst in een boekjaar negatief is. Een verlies kan vervolgens middels voorwaartse of achterwaartse verliesverrekening verrekend worden, mits het verlies door de inspecteur bij voor bezwaar vatbare beschikking is vastgesteld.⁸⁷ Uit deze systematiek van de fiscale winstbepaling blijkt dat verrekenbare verliezen geen onderdeel uitmaken van de belastbare winst, maar extracomptabel worden vastgesteld teneinde het belastbare bedrag te bepalen. Deze behandeling ligt mijns inziens ook voor de hand aangezien een verrekenbaar verlies een resultante is van de fiscale winstbepaling en derhalve niet (opnieuw) onderdeel dient uit te maken van de belastbare winst. Omdat een

⁸⁵ Hierbij ga ik ervan uit dat het hogere eindvermogen van de dochtermaatschappij niet tot een hogere boekwaarde van de deelneming bij de moedermaatschappij heeft geleid.

⁸⁶ Zie artikel 7 lid 1 tot en met lid 3 Wet Vpb 1969. De belastbare winst bestaat op haar beurt uit de fiscale winst volgens het totaalwinstbegrip, verminderd met de aftrekbare giften.

⁸⁷ Zie artikel 20 lid 1 en lid 2 Wet Vpb 1969.

verrekenbaar verlies geen onderdeel uitmaakt van de belastbare winst, maakt de daaraan toe te kennen economische waarde evenmin onderdeel uit van de belastbare winst. Derhalve leidt de overdracht van het verrekenbare verlies bij de moedermaatschappij niet tot een nadeel dat ten laste komt van haar belastbare winst. Bij de dochtermaatschappij maakt het verrekenbare verlies op het moment dat zij deze claimt eveneens geen onderdeel uit van haar belastbare winst. Het voordeel dat de dochtermaatschappij geniet, komt tot uitdrukking in de vorm van een lagere belastingschuld als gevolg van verrekening van het overgedragen verlies. Hierdoor is haar fiscale eindvermogen hoger dan wanneer zij zonder verliesoverdracht meer vennootschapsbelasting was verschuldigd. Zoals reeds opgemerkt in paragraaf 4.1.2.1 is de verschuldigde vennootschapsbelasting op grond van artikel 10 lid 1, onderdeel e Wet Vpb 1969 niet aftrekbaar van de belastbare winst, waardoor de belastbare winst in de situatie zonder verliesoverdracht gelijk is aan de belastbare winst in de situatie met verliesoverdracht. Derhalve beïnvloedt de lagere verschuldigde vennootschapsbelasting evenmin de belastbare winst van de dochtermaatschappij.

In zoverre is de verliesoverdracht zowel bij de dochtermaatschappij als de moedermaatschappij niet van invloed op de fiscale winst. Hoewel de verliesoverdracht de fiscale winst niet beïnvloedt, heeft de verliesoverdracht in economisch opzicht wel geleid tot een waardestijging van de dochtermaatschappij doordat zij na verliesoverdracht minder vennootschapsbelasting is verschuldigd. Deze waardestijging kan op verschillende manieren tot uitdrukking komen bij de moedermaatschappij. Indien de moedermaatschappij haar aandelen in de dochtermaatschappij bijvoorbeeld verkoopt, zal zij als gevolg van de verliesoverdracht een hogere vergoeding ontvangen dan wanneer geen verliesoverdracht heeft plaatsgevonden.

Of de hogere vergoeding bij verkoop tevens leidt tot een hogere vermogenswinst op de deelneming, hangt af van de vraag of ook de kostprijs van de deelneming is gestegen als gevolg van het verlies dat de moedermaatschappij heeft overgedragen aan de dochtermaatschappij. Ter beantwoording van deze vraag dient vastgesteld te worden of de verliesoverdracht al dan niet in de aandeelhouderssfeer heeft plaatsgevonden. Ik onderscheid twee mogelijke kwalificaties van de verliesoverdracht. Enerzijds zou sprake kunnen zijn van een transactie in de aandeelhouderssfeer waardoor het voordeel dat de dochtermaatschappij geniet als gevolg van de verliesoverdracht als een informele kapitaalstorting kwalificeert. Alsdan stijgt mogelijk de kostprijs van de deelneming vanwege de verliesoverdracht. Anderzijds kan sprake zijn van een voordeel uit hoofde van een overeenkomst tot verliesoverdracht.

Voor de kwalificatie als informele kapitaalstorting dient sprake te zijn van een voordeel dat de moedermaatschappij in haar hoedanigheid als aandeelhoudster doet toekomen aan de

dochtermaatschappij terwijl zij dat voordeel niet zou hebben verschaft aan een derde.⁸⁸ Dat het toegekomen voordeel niet zou zijn verschaft aan een derde is evident aangezien verliesoverdracht slechts mogelijk is in concernverband. Desondanks doet de kwalificatie van een informele kapitaalstorting vreemd voorkomen omdat een kapitaalstorting impliceert dat de moedermaatschappij een bepaalde waarde overdraagt dan wel opoffert ten behoeve van de dochtermaatschappij. Zoals reeds toegelicht, is de waarde van het overgedragen verlies voor de moedermaatschappij afhankelijk van de vraag of zij zelfstandig in staat zou zijn om het verlies te verrekenen met winsten uit een eerder boekjaar of uit latere boekjaren. Het is goed denkbaar dat het overgedragen verlies voor de moedermaatschappij geen waarde had of dat de waarde onzeker was.

De kwalificatie van de verliesoverdracht als een voordeel uit hoofde van een overeenkomst tot verliesoverdracht doet mijns inziens meer recht aan de feitelijke situatie. Dat bij verliesoverdracht sprake is van een overeenkomst tussen partijen blijkt uit het feit dat de overdragende vennootschap dient in te stemmen met een claim van de claimende vennootschap.⁸⁹ De behandeling van de verliesoverdracht als een contract leidt ertoe dat een geleden nadeel bij de moedermaatschappij geen aanpassing van de kostprijs van haar deelneming teweegbrengt. Dientengevolge zal een hogere vergoeding bij verkoop van de deelneming leiden tot een hogere vermogenswinst op de deelneming. Ondanks dat een deel van de vermogenswinst bestaat uit de waarde dat het overgedragen verlies voor de dochtermaatschappij heeft, betreft de volledige vermogenswinst dan een voordeel uit hoofde van een deelneming. De hogere vermogenswinst is immers geen resultaat van een voordeel dat de moedermaatschappij in haar hoedanigheid als aandeelhoudster heeft doen toekomen aan haar dochtermaatschappij (informele kapitaalstorting). Het voordeel dat de dochtermaatschappij geniet door het geclaimde verlies te verrekenen, wordt veroorzaakt door hebben van voldoende belastbare winst waarmee het geclaimde verlies wordt verrekend.

Voor het verdere onderzoek kies ik er daarom voor om de voordelen dan wel nadelen vanwege de verliesoverdracht aan te merken als voordelen dan wel nadelen uit hoofde van een overeenkomst tot verliesoverdracht.

4.1.2.4 Toetsing aan ne-bis-in-idembeginsel

Op basis van de hiervoor beschreven analyse van de fiscale gevolgen bij verliesoverdracht van een dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij resteert de vraag of deze gevolgen in lijn zijn met het ne-bis-in-idembeginsel waarop de deelnemingsvrijstelling is gebaseerd. Volgens de

⁸⁸ HR 3 april 1957, nr. 13 084, BNB 1957/165

⁸⁹ Zie paragraaf 2.4.3.

voorlopige conclusie in paragraaf 4.1.2.2, werd de winst van de dochtermaatschappij eenmaal belast en was het verlies van de moedermaatschappij eenmaal aftrekbaar (bij de dochtermaatschappij). In zoverre was er geen sprake van economische dubbele belasting of dubbele verliesverrekening en zijn de fiscale gevolgen in lijn met het ne-bis-in-idembeginsel. In deze voorlopige conclusie was nog geen rekening gehouden met de fiscale kwalificatie van het voordeel of nadeel dat bij de betrokken vennootschappen ontstaat als gevolg van de verliesoverdracht.

In de voorgaande paragraaf is geconstateerd dat de overdracht van een verrekenbaar verlies (met de daar aan toe te kennen economische waarde) geen onderdeel uitmaakt van de belastbare winst. Verrekenbare verliezen worden namelijk extracomptabel vastgesteld middels een voor bezwaar vatbare beschikking en maken volgens de wettelijke systematiek geen onderdeel uit van de belastbare winst. Bij de claimende dochtermaatschappij leidt de verliesoverdracht tot een lagere vennootschapsbelastingsschuld waardoor haar eindvermogen stijgt. Als gevolg daarvan stijgt bij de moedermaatschappij de waarde van haar deelneming, welke waardeverhoging op verschillende manieren als voordeel uit hoofde van een deelneming tot uitdrukking kan komen bij de moedermaatschappij. Een voordeel uit hoofde van een deelneming is vervolgens vrijgesteld als gevolg van de deelnemingsvrijstelling. Zowel bij de moedermaatschappij als bij de dochtermaatschappij wordt derhalve de belastbare winst niet beïnvloed door de verliesoverdracht, waardoor de fiscale gevolgen van de verliesoverdracht in het geheel (inclusief de kwalificatie van het verkregen voordeel dan wel nadeel) beschouwd, in lijn zijn met het ne-bis-in-idembeginsel.

4.1.3 Dochtermaatschappij draagt verlies over aan moedermaatschappij

In deze paragraaf behandel ik het tweede scenario waarin een dochtermaatschappij een verlies overdraagt aan haar moedermaatschappij. Dit scenario is de omgekeerde situatie als het scenario dat in paragraaf 4.1.2 is behandeld. Er is sprake van een vergelijkbaar concern, waarbij ik er voor de verdere behandeling van uitga dat de dochtermaatschappij in een boekjaar 100 verlies lijdt en de moedermaatschappij in hetzelfde boekjaar een winst behaalt van 100. Omdat de fiscale gevolgen zonder verliesoverdracht en met verliesoverdracht gelijklopend zijn aan de gevolgen zoals behandeld in het eerste scenario, volsta ik voor deze gevolgen met een verwijzing naar paragraaf 4.1.2.1 en 4.1.2.2 met dien verstande dat waar gerefereerd wordt naar de dochtermaatschappij, de moedermaatschappij gelezen dient te worden en vice versa.

Ook in het tweede scenario is als gevolg van de verliesoverdracht sprake van een voordeel bij de claimende vennootschap en een potentieel nadeel bij de overdragende vennootschap. In dit scenario is het, in tegenstelling tot het eerste scenario, de moedermaatschappij die een voordeel geniet en de dochtermaatschappij die mogelijk een nadeel lijdt. De fiscale kwalificatie van het

voordeel dan wel nadeel vormt in feite het spiegelbeeld van de kwalificatie in het eerste scenario zoals behandeld in paragraaf 4.1.2.3. Zowel de overdracht van het verlies zelf, als de mutatie in de verschuldigde vennootschapsbelasting zijn bij de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij niet van invloed op de belastbare winst. In tegenstelling tot het eerste scenario, daalt bij de moedermaatschappij mogelijk de waarde van haar deelneming in de dochtermaatschappij. Immers, de dochtermaatschappij heeft vanwege de verliesoverdracht geen verrekenbaar verlies meer dat potentieel een economische waarde vertegenwoordigt. Volledigheidshalve merk ik op dat er pas sprake is van een waardedaling van de deelneming indien het verrekenbare verlies voor de dochtermaatschappij een waarde had vanwege de verwachting dat zij het verlies binnen de termijnen voor verliesverrekening zelf zou kunnen verrekenen met belastbare winsten. De lagere deelnemingswaarde bij de moedermaatschappij komt bij haar tot uitdrukking in de vorm van lagere winstuitkeringen dan wel een lagere verkoopopbrengst bij vervreemding van de deelneming. Vergelijkbaar met het vorige scenario, betreft de lagere waarde van de deelneming voor zover deze tot uitdrukking komt bij de moedermaatschappij een (negatief) voordeel uit hoofde van een deelneming. Zodoende zijn de fiscale gevolgen bij een verliesoverdracht van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij eveneens in lijn met het ne-bis-in-idembeginsel.

4.1.4 Verliesoverdracht tussen zustermaatschappijen

In deze paragraaf staat het derde scenario centraal waarin verliesoverdracht plaatsvindt tussen twee zustermaatschappijen met een gezamenlijke moedermaatschappij. Aangezien beide zustermaatschappijen een dochtermaatschappij zijn van de gezamenlijke moedermaatschappij, duid ik de zustermaatschappijen hierna aan als de overdragende en de claimende vennootschap. Vergelijkbaar met de vorige twee scenario's ga ik ervan uit dat de moedermaatschappij alle aandelen in beide vennootschappen houdt en dat het hele concern in Nederland is gevestigd. Voor de verdere behandeling ga ik ervan uit dat de overdragende vennootschap in een boekjaar een verlies van 100 lijdt en dat de claimende vennootschap in hetzelfde boekjaar een winst van 100 behaalt. Wederom zijn de fiscale gevolgen zonder verliesoverdracht en met verliesoverdracht gelijklopend aan de gevolgen zoals behandeld in het eerste scenario waardoor ik voor de gevolgen in het derde scenario volsta met een verwijzing naar paragraaf 4.1.2.1 en 4.1.2.2. Daar waar gesproken wordt over de moedermaatschappij, dient de overdragende vennootschap gelezen en te worden en waar gesproken wordt over de dochtermaatschappij dient de claimende vennootschap gelezen te worden.

Opnieuw is bij de claimende vennootschap sprake van een voordeel dat zij geniet als gevolg van de verliesoverdracht. Bij de overdragende vennootschap is potentieel sprake van een nadeel indien het overgedragen verlies voor haar een waarde had. De fiscale behandeling hiervan vormt een

combinatie van de fiscale behandeling van de twee hiervoor behandelde scenario's. Ook bij een verliesoverdracht tussen twee zustervennootschappen, beïnvloeden de overdracht van het verlies zelf en de mutatie in de verschuldigde vennootschapsbelasting niet de belastbare winst van bij beide vennootschappen. In dit scenario heeft de claimende vennootschap echter geen aandelenbelang in de overdragende vennootschap of vice versa. Derhalve heeft de verliesoverdracht bij hen geen waardestijging of –daling van een deelneming tot gevolg. Daarentegen komt de waardestijging van de claimende vennootschap en de potentiële waardedaling van de overdragende vennootschap tot uitdrukking bij de gezamenlijke moedermaatschappij. Zij ziet de waarde van haar ene deelneming stijgen en de waarde van haar andere deelneming mogelijk dalen. Deze waardemutaties komen bij haar tot uitdrukking in de vorm van hogere dan wel lagere winstuitkeringen ofwel in de vorm van een vermogenswinst of –verlies ingeval van vervreemding van haar deelneming. Voor zover de waardemutaties bij de moedermaatschappij tot uitdrukking komen, is bij haar sprake van een (negatief) voordeel uit hoofde van een deelneming dat is vrijgesteld als gevolg van de deelnemingsvrijstelling. Zodoende zijn de fiscale gevolgen bij verliesoverdracht tussen twee zustermaatschappijen eveneens in lijn met het ne-bis-in-idembeginsel.

4.1.5 Samenloop in relatie tot de ratio van de deelnemingsvrijstelling

Uit de behandeling van de ratio van de deelnemingsvrijstelling in paragraaf 4.1.1 volgt dat de deelnemingsvrijstelling beoogt te voorkomen dat winsten meerdere keren worden belast. De wetgever heeft een sluitend systeem willen vormgeven waarin winsten eenmaal worden belast en verliezen eenmaal in aanmerking worden genomen. De regeling is derhalve gebaseerd op het ne-bis-in-idembeginsel. In de voorgaande onderdelen is een drietal scenario's uitgewerkt waarin verliesoverdracht plaatsvindt. Hieruit is gebleken dat verliesoverdracht ertoe leidt dat het verlies van de overdragende vennootschap eenmaal in aanmerking wordt genomen binnen het concern en dat de winst van de claimende vennootschap eenmaal wordt belast. Daarnaast wordt de belastbare winst van de overdragende en claimende vennootschap niet beïnvloedt door de verkregen voordelen of geleden nadelen als gevolg van verliesoverdracht. Derhalve kan geconcludeerd worden dat de samenloop tussen de in hoofdstuk 3 veronderstelde verliesoverdrachtsregeling en de deelnemingsvrijstelling in lijn zijn met het door de wetgever beoogde systeem waarin winsten eenmaal belast zijn en verliezen eenmaal aftrekbaar zijn. Nadere aanpassingen van de verliesoverdrachtsregeling of de deelnemingsvrijstelling zijn in dit kader dan ook niet benodigd.

4.2 Samenloop verliesoverdracht met de liquidatieverliesregeling

In de vorige paragraaf stond de samenloop tussen de in hoofdstuk 3 veronderstelde verliesoverdrachtsregeling en de bestaande deelnemingsvrijstelling van artikel 13 Wet Vpb 1969

centraal. In deze paragraaf onderzoek ik de samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de bestaande liquidatieverliesregeling van artikel 13d en 13e Wet Vpb 1969. Hiertoe start ik in paragraaf 4.2.1 met een uiteenzetting van de ratio en de werking van de bestaande liquidatieverliesregeling. Vervolgens onderzoek ik in paragraaf 4.2.2 tot en met 4.2.4 aan de hand van de volgende scenario's de gevolgen van de toepassing van de liquidatieverliesregeling nadat de geliquideerde vennootschap een verlies heeft overgedragen in het kader van de verliesoverdrachtsregeling:

- i. De fiscale verliezen van de dochtermaatschappij zijn gelijk aan het liquidatieverlies;
- ii. De fiscale verliezen van de dochtermaatschappij zijn kleiner dan het liquidatieverlies;
- iii. De fiscale verliezen van de dochtermaatschappij zijn groter dan het liquidatieverlies.

In paragraaf 4.2.5 ga ik in op de liquidatie van een tussenhoudster die het belang houdt in een vennootschap die een verlies heeft overgedragen. Daarna behandel ik in paragraaf 4.2.6 de omgekeerde situatie waarbij de geliquideerde dochtermaatschappij verliezen heeft geclaimd van andere concernvennootschappen voorafgaand aan de liquidatie. De gevonden effecten in de verschillende scenario's zal ik vervolgens in paragraaf 4.2.7 kort samenvatten en toetsen aan de ratio van de liquidatieverliesregeling. Voor zover de combinatie van de verliesoverdrachtsregeling en de liquidatieverliesregeling leidt tot situaties die niet in lijn zijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling, onderzoek ik in paragraaf 4.2.8 mogelijke oplossingen.

4.2.1 Ratio en werking van de liquidatieverliesregeling

Zoals in paragraaf 4.1.1 aan de orde kwam, worden op basis van de deelnemingsvrijstelling alle voordelen uit hoofde van een deelneming buiten aanmerking gelaten bij het bepalen van de belastbare winst met als doel dat winsten en verliezen in deelnemingsverhoudingen slechts eenmaal in aanmerking worden genomen. Onder de deelnemingsvrijstelling vallen ook vermogenswinsten- en verliezen ten aanzien van een deelneming omdat deze winsten dan wel verliezen doorgaans een weerspiegeling zijn van de winsten en verliezen van dochtermaatschappij waarin wordt deelgenomen. De liquidatieverliesregeling vormt hierop een uitzondering. De liquidatieverliesregeling is vormgegeven in artikel 13d en 13e Wet Vpb 1969 en strekt ertoe dat de deelnemingsvrijstelling geen toepassing vindt ten aanzien van verliezen die een moedermaatschappij op haar deelneming lijdt ingeval van liquidatie van de dochtermaatschappij. Na liquidatie van de dochtermaatschappij kunnen de verliezen die bij haar onverrekend zijn gebleven niet meer door haarzelf worden gecompenseerd met winsten. De gedachte achter de liquidatieverliesregeling is alsdan om ingeval van liquidatie van de dochtermaatschappij het verlies dat bij de moedermaatschappij tot uitdrukking komt in haar deelnemingsbezit, aftrekbaar te laten

zijn bij de moedermaatschappij.⁹⁰ Daarmee wordt volgens de wetgever *“recht gedaan aan de regel dat geleden verliezen zoveel mogelijk bij de heffing van de belasting wordt vergolden”*.⁹¹ In zoverre is bedoeld om met de liquidatieverliesregeling recht te doen aan het ne-bis-in-idembeginsel. In de literatuur wordt ook wel betoogd dat de liquidatieverliesregeling daarom geen uitzondering op de deelnemingsvrijstelling vormt, maar als onderdeel van de deelnemingsvrijstelling nodig is om een sluitend systeem te vormen waarin winsten en verliezen eenmaal in aanmerking genomen worden bij het bepalen van de belastbare winst.⁹²

Voor het door de moedermaatschappij in aanmerking te nemen liquidatieverlies is echter niet aangesloten bij de onverrekend gebleven verliezen van de dochtermaatschappij maar is aangesloten bij het vermogensverlies (liquidatieverlies) dat de moedermaatschappij op haar deelneming lijdt. Het liquidatieverlies bestaat uit het verschil tussen het door de moedermaatschappij opgeofferde bedrag voor de deelneming en het totaal van de liquidatie-uitkeringen dat de moedermaatschappij ontvangt bij liquidatie van de deelneming. Het opgeofferde bedrag is het bedrag dat de moedermaatschappij heeft opgeofferd voor de deelneming in de vorm van de kostprijs, het op aandelen gestorte kapitaal en overige formele en informele kapitaalstortingen. Kapitaalmutaties die na overname of oprichting van de deelneming plaatsvinden, verhogen of verlagen het opgeofferde bedrag. Om vervolgens te komen tot het liquidatieverlies, wordt het opgeofferd bedrag verminderd met de liquidatie-uitkeringen. Onder een liquidatie-uitkering wordt verstaan al hetgeen de moedermaatschappij aan waarde toekomt bij de liquidatie. Tot de liquidatie-uitkeringen worden bij fictie mede de voordelen uit hoofde van een deelneming gerekend die in de vijf jaren voorafgaand aan de liquidatie zijn genoten. Ook voordelen uit hoofde van een deelneming in het zesde tot en met het tiende jaar voorafgaand aan de liquidatie kunnen tot de liquidatie-uitkeringen worden gerekend.⁹³ Met het toerekenen van dergelijke voordelen aan de liquidatie-uitkeringen heeft de wetgever beoogt te voorkomen dat belastingplichtigen in het zicht van liquidatie zoveel mogelijk dividenden uitkeren om de liquidatie-uitkeringen op het moment van liquidatie te minimaliseren. Door de liquidatie-uitkeringen te minimaliseren, wordt het in aanmerking te nemen liquidatieverlies immers gemaximaliseerd.

Door aan te sluiten bij het door de moedermaatschappij opgeofferde bedrag beoogt de wetgever voor de liquidatieverliesregeling aan te sluiten bij de verliezen die werkelijk door het concern zijn geleden. Het liquidatieverlies houdt immers geen verband met de verliezen van de

⁹⁰ Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, p. 20.

⁹¹ Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3, p. 14.

⁹² Zie bijvoorbeeld M.J. van Dieren en C.L. van Lindonk, *‘Liquidatieverliesregeling; een uitzondering in de deelnemingsvrijstelling?’*, WFR 2005/1589, p.3

⁹³ Zie artikel 13d lid 3 Wet Vpb 1969.

dochtermaatschappij die voorafgaand aan de liquidatie nog verrekenbaar waren. Zoals benadrukt bij de herziening van de deelnemingsvrijstelling in 1990, is het verloren gaan van de verliescompensatiemogelijkheden bij de dochtermaatschappij nog steeds het dragende element van de liquidatieverliesregeling.⁹⁴ Daarbij is echter bewust gekozen om niet het onverrekenbare verlies van de dochtermaatschappij over te brengen naar de moedermaatschappij, maar om aansluiting te zoeken bij het verlies dat de moedermaatschappij op haar investering in de dochtermaatschappij lijdt. Deze benadering is enerzijds gekozen vanwege praktische redenen. Anderzijds acht de wetgever het onwenselijk dat verliezen van de dochtermaatschappij door de moedermaatschappij in aanmerking genomen kunnen worden voor zover deze verliezen in feite niet ten laste komen van de moedermaatschappij, maar ten laste komen van de crediteuren van de dochtermaatschappij. Omgekeerd bestaat de mogelijkheid dat de moedermaatschappij een verlies lijdt met betrekking tot een voor die dochtermaatschappij opgeofferd bedrag dat niet tot uitdrukking komt in het verlies van de dochtermaatschappij zelf. Gedacht kan worden aan een voor de dochtermaatschappij betaalde meerprijs in verband met goodwill of stille reserves.⁹⁵ Derhalve kan gesteld worden dat, hoewel de deelnemingsvrijstelling en de liquidatieverliesregeling in de kern gebaseerd zijn op het ne-bis-in-idembeginsel, dit beginsel voor de liquidatieverliesregeling slechts getoetst dient te worden voor het concern waarvan de geliquideerde dochtermaatschappij op het moment van liquidatie deel uitmaakte. De ratio van de liquidatieverliesregeling vat ik als volgt samen. Verliezen van een dochtermaatschappij die na haar liquidatie verloren gaan, dienen in de vorm van een liquidatieverlies door de moedermaatschappij in aanmerking genomen te kunnen worden voor zover de verliezen daadwerkelijk ten laste van het concern komen. Voor zover de ten laste van het concern gekomen verliezen niet tot uitdrukking komen bij de dochtermaatschappij, dienen deze mede als liquidatieverlies in aanmerking genomen te worden.

Over de vraag of de liquidatieverliesregeling correct is vormgegeven en past binnen de ratio van de deelnemingsvrijstelling zijn vele opvattingen te vinden in de literatuur. Aangezien mijn onderzoek niet tot deze vraag strekt, volsta ik met een verwijzing naar Cursus Belastingrecht Vpb.2.4.13.A.e waarin de verschillende opvattingen worden samengevat. Voor het verdere onderzoek ga ik ervan uit dat de ratio van de verliesoverdrachtsregeling opgevat dient te worden zoals hiervoor beschreven.

⁹⁴ Kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 3, p. 4-5.

⁹⁵ Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7, p. 23-24.

4.2.2 Verliezen van dochtermaatschappij zijn gelijk aan het liquidatieverlies

Na de behandeling van de ratio en de werking van de liquidatieverliesregeling onderzoek ik in deze en de hiernavolgende paragrafen de gevolgen van de toepassing van de verliesoverdrachtsregeling in combinatie met de liquidatieverliesregeling. In deze paragraaf behandel ik op basis van een cijfermatig voorbeeld het eerste scenario waarin de door de dochtermaatschappij geleden verliezen gelijk zijn aan het liquidatieverlies dat bij de moedermaatschappij tot uitdrukking komt bij ontbinding van de dochtermaatschappij. In het voorbeeld ga ik ervan uit dat de moedermaatschappij als enige aandeelhouder een dochtermaatschappij opricht met een gestort aandelenkapitaal van 100. Beide vennootschappen zijn in Nederland gevestigd en het aandelenbelang dat de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij heeft, kwalificeert als een deelneming voor de deelnemingsvrijstelling. Na de oprichting lijdt de dochtermaatschappij uitsluitend verliezen. Het verlies loopt op tot 100 waarna de moedermaatschappij besluit om de dochtermaatschappij te liquideren.

Hierna ga ik allereerst in op de toepassing van de liquidatieverliesregeling zonder de mogelijkheid tot verliesoverdracht. Vervolgens behandel ik de toepassing van de liquidatieverliesregeling indien verliesoverdracht wel mogelijk is. Daarbij zal ik nader ingaan de visie van de staatssecretaris en recente jurisprudentie ten aanzien van de liquidatieverliesregeling in combinatie met de mogelijkheid tot verliesoverdracht voor een buitenlandse deelneming. Tot slot toets ik in hoeverre de samenloop van de verliesoverdrachtsregeling en de liquidatieverliesregeling in lijn zijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling.

4.2.2.1 Liquidatieverlies zonder mogelijkheid tot verliesoverdracht

In deze paragraaf schets ik op basis van het gegeven cijfervoorbeeld de mogelijkheid tot toepassing van de liquidatieverliesregeling na liquidatie van de dochtermaatschappij. De dochtermaatschappij is gefinancierd met 100 eigen vermogen en heeft een verlies geleden van 100. Het geleden verlies kan zij zelf niet in aanmerking nemen omdat zij na oprichting uitsluitend verliezen heeft geleden. Na de ontbinding van de dochtermaatschappij gaat de mogelijkheid tot verliesverrekening bij haar verloren. Ter voorkoming dat het verlies definitief verloren gaat, biedt de liquidatieverliesregeling de mogelijkheid om op het niveau van de moedermaatschappij een liquidatieverlies in aanmerking te nemen ter grootte van het door haar opgeofferde bedrag verminderd met de liquidatie-uitkeringen. Het opgeofferde bedrag bestaat uit het gestorte aandelenkapitaal van 100. Vanwege het verlies van 100 van de dochtermaatschappij, resteert bij ontbinding geen waarde meer die de moedermaatschappij toekomt. Het totaal van de liquidatie-uitkeringen is derhalve nihil. Zodoende kan de moedermaatschappij een liquidatieverlies in aanmerking nemen van 100 ($= 100 - 0$). Alsdan is het verlies van 100 dat het concern heeft geleden ten aanzien van de geliquideerde

dochtermaatschappij (het opgeofferde bedrag) eenmaal in aanmerking genomen door de moedermaatschappij.

4.2.2.2 Liquidatieverlies met mogelijkheid tot verliesoverdracht

Op basis van hetzelfde voorbeeld ga ik in deze paragraaf in op de toepassing van de liquidatieverliesregeling indien de dochtermaatschappij voorafgaand aan de liquidatie de mogelijkheid heeft tot verliesoverdracht in het kader van de in hoofdstuk 3 veronderstelde verliesoverdrachtsregeling. Indien de dochtermaatschappij voorafgaand aan de liquidatie haar verlies of een gedeelte daarvan overdraagt aan een andere concernvennootschap, zou onverkorte toepassing van de liquidatieverliesregeling ertoe leiden dat (een deel) van het verlies ten aanzien van de geliquideerde dochtermaatschappij tweemaal in aanmerking wordt genomen binnen het concern. Het door de dochtermaatschappij overgedragen verlies wordt immers eerst door de claimende vennootschap in aanmerking genomen, gevolgd door het liquidatieverlies van 100 dat door de moedermaatschappij in aanmerking wordt genomen. In totaal is hierdoor binnen het concern een groter verlies (namelijk $100 + 100 = 200$ ingeval de dochtermaatschappij haar gehele verlies heeft overgedragen) ter zake van de ontbonden deelneming in aanmerking genomen dan het verlies dat daadwerkelijk door het concern is geleden. De vraag rijst echter of vanwege de (mogelijkheid tot) verliesoverdracht het liquidatieverlies onverkort in aanmerking genomen kan worden.

4.2.2.2.1 Recht op enigerlei tegemoetkoming ter zake van onverrekend gebleven verliezen
Zoals uiteengezet in paragraaf 4.2.1, is de gedachte achter liquidatieverliesregeling om te voorkomen dat onverrekend gebleven verliezen bij liquidatie van een dochtermaatschappij verloren gaan. Daarom kent de liquidatieverliesregeling sinds de herziening van de deelnemingsvrijstelling in 1990 een bepaling op basis waarvan het liquidatieverlies in aanmerking genomen kan worden op het tijdstip waarop de vereffening van de geliquideerde dochtermaatschappij is voltooid, mits *“geen recht geldt op enigerlei tegemoetkoming bij de belastingheffing ter zake van verliezen die bij het ontbonden lichaam onverrekend zijn gebleven”*.⁹⁶ Deze bepaling is ingevoerd omdat de wetgever geen reden ziet om de liquidatieverliesregeling toe te passen als er ten aanzien van de compensabele verliezen van het ontbonden lichaam nog recht op tegemoetkomingen bestaat. Volgens de parlementaire geschiedenis doelt de wetgever voornamelijk op buitenlandse belastingregimes die voorzien in bepaalde tegemoetkomingen ten aanzien van dergelijke verliezen. Als voorbeeld noemt de wetgever de situatie waarbij de onderneming van het ontbonden lichaam door een derde wordt voortgezet waarbij buitenlandse wetgeving voorziet in de mogelijkheid dat de

⁹⁶ Zie artikel 13d lid 11 lid a, ten eerste Wet VPB 1969

verliezen de onderneming volgen. Tevens spreekt de wetgever over tegemoetkomingen indien mogelijkheid bestaat dat de onverrekenbare verliezen van de dochtermaatschappij compensabel blijven bij de moedermaatschappij.⁹⁷ Hoewel in de parlementaire geschiedenis niet wordt gesproken over de mogelijkheid tot verliesoverdracht voorafgaand aan de liquidatie, komt de vraag op de hiervoor genoemde bepaling eveneens ziet op situaties waarin verliesoverdracht mogelijk is.

4.2.2.2.2 Visie Staatssecretaris van Financiën

Naar mening van de staatssecretaris ziet de bepaling inzake het recht op enigerlei tegemoetkoming mede op situaties waarin verliesoverdracht mogelijk is.⁹⁸ Aangezien de huidige Wet Vpb 1969 geen verliesoverdrachtsregeling kent, heeft de visie van de staatssecretaris betrekking op deelnemingen die buitenlandse verliezen in het kader van een buitenlandse verliesoverdrachtsregeling kunnen overdragen aan een ander lichaam. Volgens de staatssecretaris is sprake van een recht op enigerlei tegemoetkoming bij de belastingheffing ter zake van verliezen die bij het ontbonden lichaam onverrekenbaar zijn gebleven indien zij haar verliezen heeft of had kunnen overdragen voor de liquidatie. Derhalve zou slechts de mogelijkheid tot verliesoverdracht voorafgaand aan de liquidatie er al toe leiden dat er geen liquidatieverlies in aanmerking genomen kan worden. In de literatuur wordt de juistheid van het standpunt van de staatssecretaris veelvuldig in twijfel getrokken. Voor een overzicht van de betreffende opvattingen in de literatuur verwijs ik naar Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 13d Wet Vpb 1969, aant. 9.1.3. Tevens staat de visie van de staatssecretaris haaks op de uitspraak van Rechtbank Den Haag van 31 oktober 2019, waarop ik hierna nader inga.⁹⁹

4.2.2.2.3 Rechtbank Den Haag 31 oktober 2019

Op 31 oktober 2019 heeft Rechtbank Den Haag uitspraak gedaan in een zaak waar in geschil was of belanghebbende, een Nederlandse BV, een liquidatieverlies in aanmerking kan nemen ten aanzien van haar geliquideerde buitenlandse deelneming die een deel van de geleden verliezen heeft overgedragen aan andere buitenlandse concernvennootschappen. De aan de orde zijnde situatie betreft een Nederlandse BV die alle aandelen houdt in een in Ierland gevestigde dochtermaatschappij. De Ierse dochtermaatschappij heeft verliezen geleden die zij tijdens haar bestaan voor in totaal ruim € 115 mln. in het kader van de Ierse group relief-regeling heeft overgedragen aan andere Ierse groepsvennootschappen. Vervolgens is de Ierse dochtermaatschappij geliquideerd waarbij het liquidatieverlies van de Nederlandse BV ruim € 209 mln. bedraagt. Ten tijde van de ontbinding resteerde bij haar nog onverrekenbare verliezen ten

⁹⁷ Zie kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 3, p. 12.

⁹⁸ Zie Besluit van 9 maart 2020, nr. 2020-0000000002, Stcrt. 2020, 15230 lid 5.11.1.3, p. 18.

⁹⁹ Rb. Den Haag 31 oktober 2019, nr. SGR 18/5038, V-N 2020/8.2.3.

bedrage van ruim € 110 mln. die volgens de Ierse group relief-regeling als gevolg van de liquidatie niet meer overgedragen kunnen worden. Het geschil ziet op de vraag of de Nederlandse BV een liquidatieverlies ten aanzien van de geliquideerde Ierse dochtermaatschappij in aanmerking kan nemen of dat de (mogelijkheid tot) verliesoverdracht van deze Ierse dochtermaatschappij hieraan in de weg staat. De rechtbank oordeelt dat volgens de wettelijke bepaling van de liquidatieverliesregeling *“ten tijde van de voltooiing van de vereffening geen recht meer mag bestaan op een tegemoetkoming voor onverrekend gebleven verliezen van de ontbonden vennootschap.”*¹⁰⁰ Volgens de rechtbank is dus van belang dat er na de ontbinding geen recht meer mag bestaan op enigerlei tegemoetkoming voor verliezen die onverrekend zijn gebleven. De reeds door de Ierse dochtermaatschappij overgedragen verliezen zijn volgens de rechtbank niet onverrekend gebleven waardoor de eis dat er geen recht geldt op enigerlei tegemoetkoming voor onverrekend gebleven verliezen volgens de rechtbank getoetst dient te worden voor de verliezen die niet zijn overgedragen. Omdat de belanghebbende heeft aangetoond dat de niet overgedragen verliezen na de liquidatie niet meer overgedragen dan wel door haarzelf verrekend kunnen worden, wordt aan deze eis voldaan en heeft belanghebbende recht op het in aanmerking nemen van het liquidatieverlies van ruim € 209 mln. Dat er gedurende het bestaan van de vennootschap verliezen zijn overgedragen of dat het recht heeft bestaan om verliezen over te dragen, doet er volgens de rechtbank niet toe. Daarnaast leiden doel en strekking van de liquidatieverliesregeling volgens de rechtbank niet tot een andere conclusie, omdat de ratio van de liquidatieverliesregeling is dat de moedermaatschappij een verlies op haar deelneming in aanmerking mag nemen aangezien verliescompensatie bij de ontbonden dochtermaatschappij definitief verloren gaat. Voor de hoogte van het in aanmerking te nemen liquidatieverlies is bij de opzet van de regeling geen koppeling gelegd met de verliezen die bij de dochtermaatschappij onverrekend zijn gebleven.¹⁰¹

Ik ben het in zoverre met de rechtbank eens dat de toets op het bestaan van een recht op enigerlei tegemoetkoming volgens de wettekst dient plaats te vinden na de ontbinding van de dochtermaatschappij. Dat in het verleden de mogelijkheid heeft bestaan tot verliesoverdracht is in die zin niet relevant. Tevens ben ik het eens met het uitgangspunt dat de toets slechts ziet op onverrekend gebleven verliezen. Naar mijn mening gaat de rechtbank echter voorbij aan een kleine nuance in de wettekst. In de wettekst wordt gesproken over een recht op enigerlei tegemoetkoming voor verliezen die ‘bij’ het ontbonden lichaam onverrekend zijn gebleven terwijl de rechtbank ervan uitgaat dat er geen recht op tegemoetkoming mag bestaan voor onverrekend gebleven verliezen ‘van’ het ontbonden lichaam. Van verliezen die ‘bij’ het ontbonden lichaam onverrekend zijn

¹⁰⁰ Rb. Den Haag 31 oktober 2019, nr. SGR 18/5038, V-N 2020/8.2.3, r.o. 12.

¹⁰¹ Rb. Den Haag 31 oktober 2019, nr. SGR 18/5038, V-N 2020/8.2.3, r.o. 14.1.

gebleven is mogelijk ook sprake indien verliezen niet door haarzelf zijn verrekend, maar zijn overgedragen in het kader van een verliesoverdrachtsregeling waarbij zij geen vergoeding ontvangt voor de overgedragen verliezen. De vraag rijst of na de liquidatie dan nog sprake is van een recht dat 'geldt' (in de tegenwoordige tijd) op enigerlei tegemoetkoming voor de in het verleden overgedragen verliezen. Volgens de eerder behandelde visie van de staatssecretaris is dit wel het geval. Een dergelijke interpretatie zou mijns inziens leiden tot het ongewenste resultaat dat iedere verliesoverdracht in het verleden van de dochtermaatschappij, hoe klein het overgedragen verlies ook is, in de weg zou staan voor het in aanmerking kunnen nemen van een liquidatieverlies door de moedermaatschappij. Mogelijk dient het gerechtshof en/of de Hoge Raad hierover duidelijkheid te verschaffen indien de verweerder in hoger beroep gaat.

Hoewel de hiervoor behandelde visie van de staatssecretaris betrekking heeft op buitenlandse group relief-regelingen en de behandelde zaak bij Rechtbank Den Haag betrekking heeft op de Ierse group relief-regeling, is de visie van de staatssecretaris en de uitspraak van de rechtbank relevant voor de samenloop tussen de in hoofdstuk 3 veronderstelde verliesoverdrachtsregeling en de bestaande liquidatieverliesregeling. Ondanks dat ik het niet volledig eens ben met de wijze waarop de rechtbank tot haar uitspraak is gekomen, volg ik voor het verdere onderzoek de uitspraak van Rechtbank Den Haag waaruit blijkt dat verliesoverdracht de toepassing van de liquidatieverliesregeling niet in de weg staat.

4.2.2.3 Toetsing aan ratio liquidatieverliesregeling

Terugblikkend op het voorbeeld van paragraaf 4.2.2 toets ik in deze paragraaf of de gevolgen van de verliesoverdracht in combinatie met de liquidatieverliesregeling in lijn zijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling zoals ik in paragraaf 4.2.1 als volgt heb geformuleerd:

Verliezen van een dochtermaatschappij die na haar liquidatie verloren gaan, dienen in de vorm van een liquidatieverlies door de moedermaatschappij in aanmerking genomen te kunnen worden voor zover de verliezen daadwerkelijk ten laste van het concern komen. Voor zover de ten laste van het concern gekomen verliezen niet tot uitdrukking komen bij de dochtermaatschappij, dienen deze mede als liquidatieverlies in aanmerking genomen te worden.

In het voorbeeld zijn de gevolgen van de verliesoverdracht en de liquidatieverliesregeling als volgt. De ontbonden dochtermaatschappij heeft een verlies geleden van 100 dat zij heeft overgedragen aan een andere concernvennootschap, die dit verlies in aanmerking heeft genomen. Na de liquidatie van de dochtermaatschappij neemt de moedermaatschappij een liquidatieverlies in aanmerking van 100. Ervan uitgaande dat de dochtermaatschappij haar verlies volledig heeft overgedragen, is binnen het concern in totaal voor 200 aan verlies in aanmerking genomen. Volgens de ratio van de

liquidatieverliesregeling zou na liquidatie slechts het onverrekend gebleven verlies van de dochtermaatschappij in aanmerking genomen moeten worden in de vorm van een liquidatieverlies. In het voorbeeld is het verlies van de dochtermaatschappij vanwege de verliesoverdracht niet onverrekend gebleven waardoor het liquidatieverlies nihil zou moeten bedragen. Immers, dan zou het verlies van de dochtermaatschappij slechts eenmaal in aanmerking genomen bij de concernvennootschap waaraan het verlies is overgedragen. Derhalve is de samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de liquidatieverliesregeling in het voorbeeld niet in lijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling.

4.2.3 Verliezen van dochtermaatschappij zijn kleiner dan het liquidatieverlies

De vorige paragraaf had betrekking op het eerste scenario waarbij de verliezen die door de dochtermaatschappij zijn geleden gelijk zijn aan het liquidatieverlies dat bij de moedermaatschappij tot uitdrukking komt. In deze paragraaf behandel ik het tweede scenario waarin de verliezen van de dochtermaatschappij kleiner zijn dan het liquidatieverlies bij de moedermaatschappij. Gedacht kan worden aan de situatie dat een moedermaatschappij een deelneming verwerft in een dochtermaatschappij en voor de deelneming een meerprijs betaalt voor goodwill of aanwezige stille reserves. Ik zal dit verduidelijken aan de hand van het volgende voorbeeld.

Een moedermaatschappij verwerft alle aandelen in een bestaande vennootschap welke ik hierna aanduid als de dochtermaatschappij. Hoewel het vermogen van de dochtermaatschappij 100 bedraagt, betaalt de moedermaatschappij voor de verkrijging van de aandelen een prijs van 130. De meerprijs van 30 ziet op goodwill en betaalt zij vanwege de verwachting dat de dochtermaatschappij winsten gaat behalen. Na de verwerving van de aandelen lijdt de dochtermaatschappij tegen de verwachtingen in uitsluitend verliezen die oplopen tot een totaal verlies van 100. Het verlies draagt zij volledig over aan een andere concernvennootschap die het verlies van 100 in aanmerking kan nemen. Vervolgens besluit de moedermaatschappij om de dochtermaatschappij te liquideren.

In het kader van de liquidatieverliesregeling bedraagt het door de moedermaatschappij opgeofferde bedrag voor de deelneming in de dochtermaatschappij 130. Bij de dochtermaatschappij resteert na haar verlies van 100 geen vermogen meer. Zodoende ontvangt de moedermaatschappij bij de liquidatie geen liquidatie-uitkering en bedraagt het liquidatieverlies dat zij in aanmerking kan nemen 130.

In totaal is ten aanzien van de ontbonden dochtermaatschappij een verlies van 230 (= 100 vanwege verliesoverdracht + 130 liquidatieverlies) in aanmerking genomen binnen het concern. Deze uitkomst is mijns inziens niet in lijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling. Volgens de ratio van de liquidatieverliesregeling zouden immers de verliezen van de dochtermaatschappij die na haar

liquidatie verloren gaan als liquidatieverlies in aanmerking genomen moeten kunnen worden. Doordat de dochtermaatschappij haar verlies volledig heeft overgedragen aan een ander concernvennootschap, zijn deze verliezen na de liquidatie niet verloren gegaan. Tevens dienen volgens de ratio van de liquidatieverliesregeling verliezen ter zake van de ontbonden deelneming in aanmerking genomen te kunnen worden die niet tot uitdrukking zijn gekomen bij de dochtermaatschappij maar wel ten laste van het concern komen. In het voorbeeld gaat het om het geleden verlies op de meerprijs van 30 die de moedermaatschappij heeft betaald ten aanzien van de goodwill. Volgens de ratio van de liquidatieverliesregeling had derhalve slechts een liquidatieverlies van 30 (= 0 verloren gegane verliezen + 30 verlies op betaalde goodwill) in aanmerking genomen moeten kunnen worden. Alsdan zou ten aanzien van de ontbonden dochtermaatschappij in totaal een verlies van 130 (= 100 vanwege verliesoverdracht + 30 liquidatieverlies) binnen het concern in aanmerking genomen zijn. Dit totaal sluit immers aan bij het daadwerkelijk geleden verlies op de ontbonden dochtermaatschappij dat ten laste is gekomen van het concern.

4.2.4 Verliezen van dochtermaatschappij zijn groter dan het liquidatieverlies

In deze paragraaf staat de derde situatie centraal waarin de door de dochtermaatschappij geleden verliezen groter zijn dan het liquidatieverlies dat bij de moedermaatschappij tot uitdrukking komt. Hierbij kan gedacht worden aan verschillende situaties. Zo kan bijvoorbeeld sprake zijn van verliezen die bij liquidatie deels ten laste komen van crediteuren waardoor de verliezen het door de moedermaatschappij opgeofferde bedrag overtreffen. Tevens kan gedacht worden aan een moedermaatschappij die een deelneming verwerft in een bestaande dochtermaatschappij die nog voorwaarts verrekenbare verliezen heeft uit de periode van voor de aandelenoverdracht, of een dochtermaatschappij met negatieve stille reserves. Ik ga hierna middels een cijfervoorbeeld in op de situatie waarin het verlies van de dochtermaatschappij deels ten laste komt van crediteuren.

Een moedermaatschappij richt een dochtermaatschappij op met een gestort aandelenkapitaal van 100. De dochtermaatschappij trekt vervolgens een financiering aan van 80 bij een bank. In totaal is de dochtermaatschappij dus gefinancierd met een vermogen van 180 (= 100 eigen vermogen + 80 vreemd vermogen). Na oprichting lijdt de dochtermaatschappij uitsluitend verliezen die oplopen tot een verlies van 130 in totaal. Zij draagt de verliezen volledig over aan een andere concernvennootschap. Vervolgens besluit de moedermaatschappij om de dochtermaatschappij te liquideren. Na het geleden verlies van 130 resteert bij de dochtermaatschappij slechts een waarde van 50 waarmee bij de vereffening een deel van de schuld aan de bank kan worden afgelost. Na de gedeeltelijke aflossing resteert een schuld van 30 aan de bank. Volledigheidshalve merk ik op dat indien de schulden bij vereffening de baten overtreffen, er in beginsel aangifte tot

faillissementverklaring gedaan dient te worden.¹⁰² Het moge duidelijk zijn dat de resterende schuld aan de bank niet meer zal worden voldaan wanneer de dochtermaatschappij ophoudt te bestaan. Dan rijst de vraag of het niet meer terugbetalen van de resterende schuld leidt tot een vermogensvermeerdering bij de dochtermaatschappij die als winst kwalificeert. Zoals de Hoge Raad in het Fokker II-arrest oordeelde, treedt bij een ondernemer (in dit voorbeeld de dochtermaatschappij) slechts een vermogensvermeerdering op indien vaststaat dat die ondernemer bepaalde ondernemingsschulden niet volledig behoeft te voldoen.¹⁰³ Hiervan is volgens de Hoge Raad geen sprake indien de debiteur heeft opgehouden te betalen en daarom in staat van faillissement is verklaard. Ondanks het niet meer kunnen terugbetalen van de resterende schuld, blijft de verplichting tot terugbetaling bestaan. Hoewel de dochtermaatschappij ophoudt te bestaan en vaststaat dat de resterende schuld niet meer wordt voldaan, is derhave geen sprake van een vermogensvermeerdering bij de dochtermaatschappij.

Het door de moedermaatschappij opgeofferde bedrag voor de deelneming bedraagt het gestorte kapitaal van 100. Bij de verreffening resteert na de gedeeltelijke aflossing van de schuld aan de bank geen waarde meer die de moedermaatschappij toekomt, zodat het totaal van de liquidatieuitkeringen nihil bedraagt. Derhalve is het liquidatieverlies gelijk aan het opgeofferde bedrag van 100.

Vanwege het overgedragen verlies van 130 en het liquidatieverlies van 100 is binnen het concern in totaal een verlies ten aanzien van de dochtermaatschappij in aanmerking genomen van 230. Daarnaast heeft de bank een verlies van 30 geleden op de vordering op de dochtermaatschappij. Net als in de eerste twee scenario's zijn deze gevolgen niet in lijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling. Volgens de ratio van de liquidatieverliesregeling zouden de onverrekened gebleven verliezen van de dochtermaatschappij voor zover deze daadwerkelijk ten laste komen van het concern in aanmerking genomen moeten kunnen worden middels een liquidatieverlies. Het verlies van de dochtermaatschappij dat daadwerkelijk ten laste van het concern is gekomen, bedraagt 100. Vanwege de verliesoverdracht voorafgaand aan de liquidatie, resteert echter geen onverrekened verlies meer van de dochtermaatschappij waardoor in het geheel geen liquidatieverlies in aanmerking genomen zou moeten kunnen worden.

Tevens rijst de vraag hoe omgegaan dient te worden met het verlies van 30 dat ten laste van de bank is gekomen. Dit verlies is eenmaal middels verliesoverdracht in aanmerking genomen door het concern en eenmaal door de bank zelf. Zodoende is het verlies van 30 mede dankzij de mogelijkheid

¹⁰² Zie art. 2:23a lid 4 BW.

¹⁰³ Zie HR 18 oktober 2002, nr. 37 413, BNB 2003/44, r.o. 3.2.2.

tot verliesoverdracht tweemaal ten laste van belastbare winsten gekomen. Aangezien dit onderzoek, en specifiek deze paragraaf, ziet op de samenloop van de verliesoverdrachtsregeling en de liquidatieverliesregeling, beperk ik mij tot de opmerking dat nadere maatregelen nodig zullen zijn om dubbele verliesverrekening te voorkomen in situaties waarin verliezen niet ten laste komen van de aandeelhouder(s) maar ten laste komen van een derde. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld een beperking van de mogelijkheid tot verliesoverdracht op voorhand indien de verliezen ten laste komen van een derde of aan een mechanisme waarbij het voordeel van een reeds overgedragen verlies wordt teruggedraaid indien achteraf vast komt te staan dat het betreffende verlies ten laste is gekomen van een derde.

4.2.5 Liquidatie van een tussenhoudstermaatschappij

In de behandelde scenario's in paragraaf 4.2.2 tot en met 4.2.4 was steeds sprake van de liquidatie van een dochtermaatschappij waarvan het belang direct door de moedermaatschappij werd gehouden. Er zijn evenwel situaties denkbaar waarin een dochtermaatschappij via een tussenhoudstermaatschappij (hierna: tussenhoudster) wordt gehouden. Voor deze situatie kent de liquidatieverliesregeling in artikel 13d lid 4 Wet Vpb 1969 een specifieke bepalingen ter voorkoming dat verliezen, die de tussenhoudster op een deelneming lijdt, in aanmerking genomen kunnen worden door het liquideren van de tussenhoudster zonder dat de deelneming van die tussenhoudster wordt geliquideerd. De vraag rijst hoe deze bepaling zich verhoudt tot de samenloop tussen de liquidatieverliesregeling en de verliesoverdrachtsregeling. Hierna ga ik aan de hand van een voorbeeld in op de gevolgen van deze bepaling in combinatie met verliesoverdracht.

Een moedermaatschappij richt een tussenhoudster op met een gestort kapitaal van 100. De tussenhoudster richt vervolgens een dochtermaatschappij op met eveneens een gestort kapitaal van 100. In de dochtermaatschappij wordt een onderneming gedreven. Na de oprichting lijdt de dochtermaatschappij een verlies van 50 waardoor de waarde van de dochtermaatschappij daalt naar 50. Deze waardedaling betreft een vermogensverlies van de tussenhoudster op haar deelneming die niet aftrekbaar is vanwege de deelnemingsvrijstelling. Indien de tussenhoudster geliquideerd wordt, zou zonder nadere bepalingen het verlies op de deelneming van 50 middels een liquidatieverlies door de moedermaatschappij in aanmerking genomen kunnen worden, ondanks dat de dochtermaatschappij blijft voortbestaan. Immers, het door de moedermaatschappij opgeofferde bedrag voor de tussenhoudster bedraagt 100 en de liquidatie-uitkering die zij ontvangt bestaat uit de deelneming in de dochtermaatschappij welke een waarde heeft van 50. Alsdan is het liquidatieverlies dat de moedermaatschappij in aanmerking neemt 50 (= 100 -/- 50). Het verlies van 50 van de dochtermaatschappij is echter niet definitief verloren gegaan omdat zij dit verlies middels voorwaartse verliesverrekening nog kan verrekenen met winsten in latere boekjaren. Ter

voorkoming dat door liquidatie van een tussenhoudster een liquidatieverlies in aanmerking genomen kan worden ter zake van verliezen die niet definitief verloren zijn gegaan door liquidatie, is in artikel 13d lid 4 Wet Vpb 1969 onder meer bepaald dat een liquidatieverlies op een tussenhoudster slechts in aanmerking genomen kan worden voor zover dit liquidatieverlies de waardedaling van een door de tussenhoudster gehouden deelneming te boven gaat. In het voorbeeld wordt het liquidatieverlies derhalve verminderd met de waardedaling van de deelneming in de dochtermaatschappij. Zodoende wordt het liquidatieverlies van 50 verminderd met 50 waardoor een liquidatieverlies van nihil resteert. Op grond van artikel 13d lid 6 Wet Vpb 1969 verschuift vervolgens het door de tussenhoudster opgeofferde bedrag voor haar deelneming naar de moedermaatschappij. Indien vervolgens de dochtermaatschappij wordt geliquideerd, kan alsnog het liquidatieverlies in aanmerking worden genomen ten aanzien van de verliezen die bij de dochtermaatschappij onverrekend zijn gebleven na de liquidatie.

In het hierboven behandelde voorbeeld is nog niet uitgegaan van de mogelijkheid tot verliesoverdracht. Wanneer de dochtermaatschappij voorafgaand aan de liquidatie van de tussenhoudster haar verlies van 50 heeft overgedragen aan een concernvennootschap, zou het in aanmerking kunnen nemen van een liquidatieverlies bij liquidatie van de tussenhoudster leiden tot een situatie die niet in lijn is met de ratio van de liquidatieverliesregeling. Het liquidatieverlies bij ontbinding van de tussenhoudster zou immers het verlies van de dochtermaatschappij van 50 weerspiegelen terwijl dit verlies reeds vanwege de verliesoverdracht in aanmerking is genomen. Zoals hierboven uiteengezet voorkomt artikel 13d lid 4 Wet Vpb 1969 dat het verlies van de dochtermaatschappij middels een liquidatieverlies in aanmerking genomen kan worden bij liquidatie van de tussenmaatschappij. In zoverre zouden de gevolgen van de liquidatieverliesregeling in combinatie met de verliesoverdracht in lijn zijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling. De liquidatie van de tussenhoudster leidt echter tevens tot een verschuiving van het door de tussenhoudster opgeofferde bedrag naar de moedermaatschappij. Als in het voorbeeld vervolgens de dochtermaatschappij wordt geliquideerd, kan de moedermaatschappij ten aanzien van deze liquidatie alsnog een liquidatieverlies in aanmerking nemen van 50 (= 100 doorgeschoven opgeofferd bedrag -/- 50 liquidatie-uitkering). Deze uitkomst is, vergelijkbaar met de situatie als behandeld in paragraaf 4.2.2, niet in lijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling omdat het verlies van de dochtermaatschappij niet onverrekend is gebleven na de liquidatie, maar reeds is overgedragen in het kader van de verliesoverdrachtsregeling.

4.2.6 Geclaimde verliezen voorafgaand aan liquidatie

Tot nu toe heb ik steeds scenario's behandeld waarin een dochtermaatschappij verliezen heeft overgedragen alvorens zij wordt geliquideerd. Er zijn eveneens scenario's denkbaar waarin een

dochtermaatschappij tijdens haar bestaan een verlies van een andere concernvennootschap heeft geclaimd alvorens zij wordt geliquideerd. Dan rijst de vraag welke gevolgen een geclaimd verlies heeft in combinatie met de liquidatieverliesregeling. Deze vraag behandel ik aan de hand van het volgende voorbeeld.

	Opgeofferd bedrag moedermaatschappij	Boekjaar 1	Boekjaar 2
Dochter 1 (claimende vennootschap)	100	+ 100	- 200
Dochter 2 (overdragende vennootschap)	100	- 100	0

Een moedermaatschappij richt twee dochtermaatschappijen op met ieder een gestort aandelenkapitaal van 100. In het eerste boekjaar na oprichting van deze dochtermaatschappijen behaalt de ene dochtermaatschappij (hierna: claimende vennootschap) een winst van 100 en lijdt de andere dochtermaatschappij (hierna: overdragende vennootschap) een verlies van 100. De overdragende vennootschap draagt haar verlies volledig over aan de claimende vennootschap, die het verlies verrekend met haar winst van 100. In het volgende boekjaar lijdt de claimende vennootschap uitsluitend verliezen die oplopen tot 200 en bedraagt de winst van de overdragende vennootschap nihil. De claimende vennootschap kan haar verliezen niet middels achterwaartse verliesverrekening verrekenen met haar winst uit het eerste boekjaar omdat met deze winst reeds het overgedragen verlies van de overdragende vennootschap is verrekend. Vanwege de slechte vooruitzichten besluit de moedermaatschappij na het tweede boekjaar om beide dochtermaatschappijen te liquideren.

Allereerst ga ik in op de liquidatie van de overdragende vennootschap. De situatie van de overdragende vennootschap is na het tweede boekjaar vergelijkbaar met de situatie zoals behandeld in paragraaf 4.2.2 waarbij het door de vennootschap geleden verlies gelijk is aan het liquidatieverlies dat de moedermaatschappij bij liquidatie in aanmerking kan nemen. Het opgeofferde bedrag is 100 en vanwege het in het eerste boekjaar geleden verlies van 100 ontvangt de moedermaatschappij geen liquidatie-uitkering. Derhalve bedraagt het liquidatieverlies zonder nadere maatregelen 100. Omdat het verlies van 100 reeds was overgedragen, is er geen sprake van een onverrekend gebleven verlies bij de overdragende vennootschap en zou het in aanmerking kunnen nemen van een liquidatieverlies van 100 niet in lijn zijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling.¹⁰⁴ Derhalve zou het liquidatieverlies ten aanzien van de overdragende vennootschap nihil moeten bedragen.

¹⁰⁴ Zie voor de uitgebreidere toelichting paragraaf 4.2.2.3.

Vervolgens komt de liquidatie van de claimende vennootschap aan bod. Het door de moedermaatschappij opgeofferde bedrag in de claimende vennootschap bedraagt 100 en vanwege de geleden verliezen in het tweede boekjaar resteert geen waarde dat in de vorm van een liquidatieuitkering toekomt aan de moedermaatschappij. Zodoende bedraagt het liquidatieverlies 100. Het onverrekend gebleven verlies uit het tweede boekjaar bedraagt 200 en is derhalve hoger dan het liquidatieverlies. Volgens de ratio van de liquidatieverliesregeling zou verlies dat onverrekend is gebleven tot uitdrukking moeten komen in het liquidatieverlies voor zover het verlies daadwerkelijk ten laste van het concern is gekomen. Aangezien beide dochtermaatschappijen uitsluitend met eigen vermogen zijn gefinancierd, is het volledige verlies van de claimende vennootschap niet ten laste van crediteuren of andere derden gekomen maar ten laste van het concern. Zodoende zou de moedermaatschappij bij liquidatie van beide dochtermaatschappijen in totaal een liquidatieverlies in aanmerking moeten kunnen nemen van 200. Vooruitlopend op de benodigde aanpassingen, die in paragraaf 4.2.8 aan bod komen, op basis waarvan de moedermaatschappij geen liquidatieverlies in aanmerking kan nemen ten aanzien van de overdragende vennootschap, zou het in aanmerking te nemen liquidatieverlies ten aanzien van de claimende vennootschap 200 moeten bedragen.

Uit dit voorbeeld blijkt dat het in aanmerking te nemen liquidatieverlies ten aanzien van een vennootschap die voorafgaand aan de liquidatie verliezen heeft geclaimd hoger zou moeten zijn dan het liquidatieverlies dat zonder nadere aanpassingen van de liquidatieverliesregeling in aanmerking genomen kan worden. Dit in tegenstelling tot het liquidatieverlies ten aanzien van een vennootschap die voorafgaand aan de liquidatie verliezen heeft overgedragen.

4.2.7 Samenloop in relatie tot de ratio van de liquidatieverliesregeling

In paragraaf 4.2.2 tot en met 4.2.6 heb ik de gevolgen behandeld indien er verliesoverdracht heeft plaatsgevonden alvorens de liquidatieverliesregeling toepassing vindt ten aanzien van de liquidatie van een dochtermaatschappij. Vervolgens heb ik deze gevolgen getoetst aan de ratio van de liquidatieverliesregeling die ik in paragraaf 4.2.1 als volgt het geformuleerd:

Verliezen van een dochtermaatschappij die na haar liquidatie verloren gaan, dienen in de vorm van een liquidatieverlies door de moedermaatschappij in aanmerking genomen te kunnen worden voor zover de verliezen daadwerkelijk ten laste van het concern komen. Voor zover de ten laste van het concern gekomen verliezen niet tot uitdrukking komen bij de dochtermaatschappij, dienen deze mede als liquidatieverlies in aanmerking genomen te worden.

Uit de behandeling van de scenario's in paragraaf 4.2.2 tot en met 4.2.5 waarin de ontbonden dochtermaatschappij verliezen aan andere concernvennootschappen heeft overgedragen voorafgaand aan de liquidatie, blijkt dat het in aanmerking te nemen liquidatieverlies mede verliezen

kan omvatten die reeds door de dochtermaatschappij zijn overgedragen aan een andere concernvennootschap. Voor zover reeds overgedragen verliezen onderdeel uitmaken van het liquidatieverlies, is er sprake van dubbele verliesverrekening. Aangezien de overgedragen verliezen niet onverrekend zijn gebleven past het niet binnen de ratio van de liquidatieverliesregeling om dergelijke verliezen tevens in aanmerking te nemen in de vorm van een liquidatieverlies.

In het scenario in paragraaf 4.2.6 waarin de ontbonden dochtermaatschappij verliezen heeft geclaimd van een andere concernvennootschap voorafgaand aan de liquidatie, blijkt het omgekeerde. De onverrekend gebleven verliezen die daadwerkelijk ten laste van het concern zijn gekomen maken niet volledig onderdeel uit van het in aanmerking te nemen liquidatieverlies. Omdat de onverrekend gebleven verliezen bij liquidatie definitief verloren gaan en daadwerkelijk ten laste van het concern komen, past het niet in de ratio van de liquidatieverliesregeling om deze verliezen niet volledig op te nemen in het liquidatieverlies.

Zodoende zijn bij de introductie van een verliesoverdrachtsregeling als verondersteld in hoofdstuk 3 aanvullende maatregelen nodig om de samenloop met de liquidatieverliesregeling in lijn te brengen met de ratio van de liquidatieverliesregeling. In de volgende paragraaf onderzoek ik welke maatregelen hiervoor nodig zijn.

4.2.8 Benodigde aanpassingen

Om de samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de liquidatieverliesregeling in lijn te brengen met de ratio van de liquidatieverliesregeling, zijn in aanvulling op de in hoofdstuk 3 veronderstelde introductie van de verliesoverdrachtsregeling nadere aanpassingen nodig. Enerzijds zijn maatregelen nodig voor de situatie waarin de ontbonden vennootschap verliezen heeft overgedragen aan een andere concernvennootschap voorafgaand aan de liquidatie. Anderzijds zijn maatregelen nodig voor de situatie waarin de ontbonden vennootschap verliezen heeft geclaimd van een andere concernvennootschap voorafgaand aan de liquidatie. Er zijn verschillende maatregelen denkbaar om te komen tot een samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de liquidatieverliesregeling die in lijn is met de ratio van de liquidatieverliesregeling. Zo zouden maatregelen getroffen kunnen worden voor de vaststelling van de hoogte van het in aanmerking te nemen liquidatieverlies (in de liquidatieverliesregeling) of maatregelen voor de vaststelling van de overdraagbare verliezen (in de verliesoverdrachtsregeling). Omdat de ongewenste samenloop tussen beide regelingen zich voordoet bij de liquidatie van een deelneming, ligt het mijns inziens vanuit praktisch oogpunt voor de hand om maatregelen te treffen in de liquidatieverliesregeling. De verliesoverdracht kan immers al plaatsgevonden hebben in het (verre) verleden.

Hierna ga ik allereerst in op de mogelijke aanpassingen indien de ontbonden vennootschap een verlies heeft overgedragen voorafgaand aan de liquidatie. Vervolgens ga ik in op de mogelijke aanpassingen indien de ontbonden vennootschap verliezen van een andere concernvennootschap heeft geclaimd voorafgaand aan de liquidatie. Tot slot behandel ik de situatie waarin meerdere aandeelhouders een liquidatieverlies in aanmerking kunnen nemen ten aanzien van dezelfde geliquideerde vennootschap.

4.2.8.1 Overgedragen verliezen voorafgaand aan liquidatie

In paragraaf 4.2.2 tot en met 4.2.5 heb ik geconstateerd dat de verliesoverdracht door een dochtermaatschappij alvorens zij wordt geliquideerd, leidt tot dubbele verliesverrekening omdat de reeds overgedragen verliezen tevens onderdeel uitmaken van het in aanmerking te nemen liquidatieverlies. De benodigde aanpassing dient ertoe te leiden dat het liquidatieverlies dat tot uitdrukking komt bij de ontbinding van de dochtermaatschappij wordt verminderd met de verliezen die gedurende het houden van de deelneming in de dochtermaatschappij reeds door haar in het kader van de verliesoverdrachtsregeling zijn overgedragen. Er is immers geen reden om deze verliezen, die reeds binnen het concern in aanmerking zijn genomen, onderdeel te laten uitmaken van het liquidatieverlies. Mijns inziens is de meest voor de hand liggende oplossing om het opgeofferde bedrag te corrigeren op basis van de verliezen die door de dochtermaatschappij waarin de deelneming wordt gehouden zijn overgedragen. Het opgeofferde bedrag dient reeds gedurende het houden van een deelneming extracomptabel te worden geregistreerd en te worden bijgesteld met kapitaalmutaties die zich gedurende deze periode voordoen. Derhalve is een bepaling op basis waarvan het opgeofferde bedrag bij verliesoverdracht gecorrigeerd dient te worden praktisch uitvoerbaar. Om het beoogde resultaat te bereiken die in lijn is met de ratio van de liquidatieverliesregeling dient het opgeofferde bedrag bij verliesoverdracht verlaagd te worden met een bedrag dat gelijk is aan het overgedragen verlies. Indien het overgedragen verlies groter is dan het opgeofferde bedrag, dient het opgeofferde bedrag op nihil gesteld te worden.¹⁰⁵ De gevolgen hiervan zal ik aan de hand van de voorbeelden zoals behandeld in paragraaf 4.2.2 en 4.2.3 verduidelijken.

In het voorbeeld van paragraaf 4.2.2 is sprake van een moedermaatschappij die een dochtermaatschappij heeft opgericht met een gestort kapitaal van 100. De dochtermaatschappij lijdt

¹⁰⁵ Het risico op dubbele verliesverrekening doordat een verlies zowel middels verliesoverdracht als middels een liquidatieverlies in aanmerking wordt genomen, doet zich slechts voor de hoogte van het opgeofferde bedrag voor. Derhalve dient de verlaging van het opgeofferde bedrag niet tot een negatief opgeofferd bedrag te leiden. Bij de behandeling van het opgeofferde bedrag in de claimende vennootschap in paragraaf 4.2.8.2 zal duidelijk naar voren komen dat het opgeofferde bedrag slechts gecorrigeerd dient te worden voor zover een overgedragen verlies daadwerkelijk ten laste van het concern is gekomen.

een verlies van 100 alvorens zij wordt geliquideerd. Voorafgaand aan de liquidatie draagt zij haar verlies over aan een andere concernvennootschap. Na liquidatie is haar verlies niet verloren gegaan vanwege de verliesoverdracht. Indien het opgeofferde bedrag van 100 wordt verlaagd met het overgedragen verlies van 100, resteert een opgeofferd bedrag van nihil. Er is geen liquidatie-uitkering waardoor het liquidatieverlies tevens nihil is. Deze uitkomst is in lijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling. Indien de dochtermaatschappij slechts een deel van haar verlies had kunnen overdragen, zou het opgeofferde bedrag slechts met het bedrag van het overgedragen verlies verminderd zijn. Alsdan zou de moedermaatschappij een liquidatieverlies in aanmerking kunnen nemen voor zover het verlies van de dochtermaatschappij onverrekend is gebleven.

In het voorbeeld van paragraaf 4.2.3 is sprake van een opgeofferd bedrag van 130 en een door de dochtermaatschappij geleden verlies van 100. Het opgeofferde bedrag is vanwege de betaalde meerprijs voor goodwill hoger dan de door de dochtermaatschappij geleden verliezen. Door de overdracht van het verlies is het verlies van 100 niet onverrekend gebleven en dient het opgeofferde bedrag met 100 verlaagd te worden. Zodoende resteert bij de moedermaatschappij een opgeofferd bedrag van 30 dat vanwege het ontbreken van een liquidatie-uitkering gelijk is aan het liquidatieverlies. In totaal wordt binnen het concern een verlies van 130 (= 100 overgedragen verlies + 30 liquidatieverlies) in aanmerking genomen. Dit resultaat is eveneens in lijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling.

4.2.8.2 Geclaimde verliezen voorafgaand aan liquidatie

In paragraaf 4.2.6 heb ik geconstateerd dat het claimen van een verlies van een andere concernvennootschap voorafgaand aan de liquidatie kan leiden tot de situatie dat een onverrekend gebleven verlies van de geliquideerde dochtermaatschappij niet geheel tot uitdrukking komt in het liquidatieverlies. Voor zover sprake is van een onverrekend verlies dat daadwerkelijk ten laste van het concern is gekomen, zou een dergelijk verlies op basis van de ratio van de liquidatieverliesregeling wel in aanmerking genomen moeten kunnen worden bij liquidatie. Derhalve is mijns inziens een aanpassing in de liquidatieverliesregeling nodig die ertoe leidt dat het liquidatieverlies wordt opgehoogd op basis van de door de dochtermaatschappij geclaimde verliezen, zodat de onverrekend gebleven verliezen, voor zover deze daadwerkelijk ten laste van het concern komen, volledig onderdeel uitmaken van het liquidatieverlies. In lijn met de voorgestelde aanpassing met betrekking tot de overdragende vennootschap, ligt het mijns inziens voor de hand om bij een geclaimd verlies het opgeofferde bedrag voor de claimende vennootschap te verhogen teneinde het uiteindelijke liquidatieverlies op te hogen. Om tot een liquidatieverlies te komen waarin de onverrekend gebleven verliezen tot uitdrukking komen die daadwerkelijk ten laste van het concern zijn gekomen, dient het opgeofferde bedrag slechts verhoogd te worden met het bedrag

van het geclaimde verlies voor zover dit verlies daadwerkelijk ten laste van het concern is gekomen. Ten tijde van de verliesoverdracht zal niet altijd duidelijk zijn in hoeverre het verlies ten laste van een crediteur of andere derde zal komen. Derhalve dient voor de ophoging van het opgeofferde bedrag aansluiting te worden gezocht bij het bedrag waarmee het opgeofferde bedrag voor de overdragende vennootschap wordt verlaagd met betrekking tot de verliesoverdracht. De ophoging van het opgeofferde bedrag in de claimende vennootschap dient het spiegelbeeld te vormen van de verlaging van het opgeofferde bedrag in overdragende vennootschap. Ik zal dit verduidelijken aan de hand van het volgende voorbeeld.

	Kapitaalstorting / financiering bank	Boekjaar 1	Boekjaar 2
Dochter 1 (claimende vennootschap)	100 / 0	+ 150	- 250
Dochter 2 (overdragende vennootschap)	100 / 50	- 150	0

Een moedermaatschappij richt twee dochtermaatschappijen (hierna: claimende vennootschap en overdragende vennootschap) op met ieder een gestort kapitaal van 100. Derhalve bedraagt het opgeofferde bedrag 100 voor iedere vennootschap. De overdragende vennootschap is tevens met 50 vreemd vermogen gefinancierd door een bank. De claimende vennootschap behaalt in het eerste boekjaar na oprichting een winst van 150 en de overdragende vennootschap lijdt een verlies van 150 dat zij overdraagt aan de claimende vennootschap. In het tweede boekjaar lijdt de claimende vennootschap een verlies van 250 en is de winst van de overdragende vennootschap nihil. Vervolgens wordt de claimende vennootschap vanwege de slechte vooruitzichten geliquideerd.

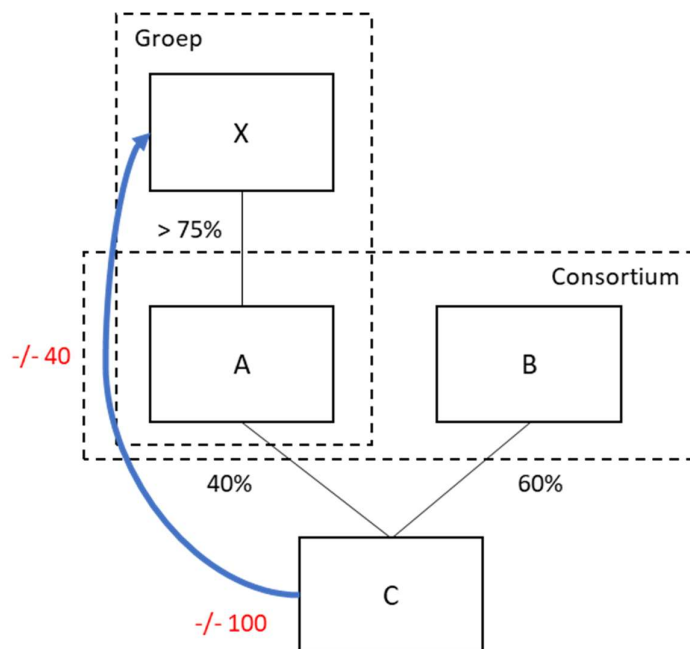
Het overgedragen verlies van 150 overtreft het voor de overdragende vennootschap opgeofferde bedrag van 100. Op basis van de in paragraaf 4.2.8.1 voorgestelde aanpassing, leidt de verliesoverdracht tot een verlaging van het opgeofferde bedrag in de overdragende vennootschap van 100 tot nihil. Bij de claimende vennootschap is het verlies van 250 in het tweede boekjaar onverrekend gebleven. Van dit verlies is een bedrag van 200 ten laste gekomen van het concern. Immers, de moedermaatschappij heeft in totaal 200 opgeofferd voor beide vennootschappen. Na het tweede boekjaar is zowel het door de moedermaatschappij opgeofferde bedrag als de door de bank verstrekte financiering opgegaan door de geleden verliezen. Conform de in deze paragraaf voorgestelde aanpassing van de liquidatieverliesregeling, dient het opgeofferde bedrag in de claimende vennootschap verhoogd te worden met het bedrag van het overgedragen verlies, maar ten hoogste met het bedrag waarmee het opgeofferde bedrag in de overdragende vennootschap is verlaagd. In dit voorbeeld wordt het opgeofferde bedrag in de claimende vennootschap derhalve

verhoogd met 100, waardoor het totaal opgeofferde bedrag op het moment van liquidatie 200 bedraagt. Er vindt geen liquidatie-uitkering plaats waardoor het liquidatieverlies als gevolg van de liquidatie van de claimende vennootschap 200 bedraagt. Het liquidatieverlies is zodoende gelijk aan het onverrekend gebleven verlies dat ten laste van het concern is gekomen.

4.2.8.3 Meerdere aandeelhouders in de ontbonden vennootschap

In de voorgaande paragrafen heb ik aanpassingen van de liquidatieverliesregeling voorgesteld waarbij het opgeofferde bedrag wordt verhoogd dan wel verlaagd als gevolg van een verliesoverdracht. Het betreft daarbij een correctie van het opgeofferde bedrag voor de deelneming in een dochtermaatschappij die als overdragende of als claimende vennootschap is betrokken bij de verliesoverdracht. De vraag rijst hoe een dergelijke correctie dient plaats te vinden indien er meerdere aandeelhouders zijn met een deelneming in de dochtermaatschappij. Bij meerdere aandeelhouders met een deelneming in de dochtermaatschappij ligt het niet voor de hand dat het opgeofferde bedrag bij iedere aandeelhouder met het volledige bedrag, zoals in de voorgaande paragrafen behandeld, wordt gecorrigeerd. Dit zou vanuit het concern bezien immers leiden tot een meervoudige correctie van het opgeofferde bedrag terwijl slechts eenmaal een bepaald verlies wordt overgedragen. Het ligt dan ook meer voor de hand om het opgeofferd bedrag bij de verschillende aandeelhouders slechts te corrigeren met een gedeelte van het te verhogen of verlagen bedrag dat in verhouding staat met het aandelenbelang in de dochtermaatschappij. Zodoende corrigeert iedere aandeelhouder haar opgeofferde bedrag in de dochtermaatschappij naar rato van het aandelenbezit.

Zoals ik in paragraaf 2.4 heb behandeld, is verliesoverdracht in concernverband mogelijk indien aan de groepsvereisten (paragraaf 2.4.1) of aan de consortiumvereisten (paragraaf 2.4.2) wordt voldaan. Bij een verliesoverdracht middels toepassing van de consortiumvereisten, is te allen tijde sprake van meerdere aandeelhouders in een door het consortium gehouden vennootschap. Voor een dergelijke verliesoverdracht gelden aanvullende restricties die ik in paragraaf 2.4.4 heb behandeld. Bij een verliesoverdracht tussen een door het consortium gehouden vennootschap en een lid van het consortium (of een vennootschap die onderdeel uitmaakt van dezelfde groep als het lid van het consortium), kan een verlies slechts naar rato van het aandelenbelang dat het lid van het consortium houdt in de door het consortium gehouden vennootschap overgedragen worden. Het ligt dan niet voor de hand dat de andere leden van het consortium hun opgeofferde bedrag corrigeren indien zij geen partij waren bij de verliesoverdracht. Daarom dient slechts de consortiumvennootschap die wel partij was bij de verliesoverdracht haar opgeofferde bedrag te corrigeren met het volledige bedrag zoals behandeld in de twee voorgaande paragrafen. Ter verduidelijking volgt hieronder een voorbeeld.



Afbeelding 6

In dit voorbeeld ga ik ervan uit dat alle entiteiten in Nederland zijn gevestigd. X houdt meer dan 75% van de aandelen in A, die op haar beurt 40% van de aandelen in kleindochter C houdt. De overige 60% van de aandelen in C worden gehouden door B. A en B vormen samen een consortium. Tevens maken X en A deel uit van dezelfde groep. C heeft een verlies geleden van 100. Van dit verlies kan zij vanwege het aandelenbelang dat A in C houdt slechts 40 overdragen aan X. Vanwege de verliesoverdracht van 40, dient het voor C opgeofferde bedrag te worden verlaagd met 40. Aangezien B geen partij is bij deze verliesoverdracht, ligt het voor de hand dat alleen A haar opgeofferde bedrag in C verlaagt met 40. Immers, het verlies van C dat ten laste is gekomen van het concern waarvan X, A en C onderdeel uitmaken, bedraagt 40 en is door de verliesoverdracht reeds in aanmerking genomen binnen dit concern. Zodoende blijft het door B opgeofferde bedrag voor C ongewijzigd.

4.3 Deelconclusie

In dit hoofdstuk stonden de derde en vierde deelvraag centraal: *“Wat zijn de gevolgen van een dergelijke verliesoverdrachtsregeling op de bestaande deelnemingsvrijstelling en liquidatieverliesregeling?”* en *“In hoeverre dient de bestaande deelnemingsvrijstelling inclusief liquidatieverliesregeling of de verliesoverdrachtsregeling aangepast te worden?”* Ter beantwoording van deze deelvragen ben ik in de eerste plaats ingegaan op de samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de deelnemingsvrijstelling. Daarbij heb ik allereerst de ratio en de werking van de deelnemingsvrijstelling behandeld. De deelnemingsvrijstelling is gebaseerd op het ne-bis-in-idembeginsel en dient te voorkomen dat winsten bij concernvorming meerdere keren

worden belast. Vervolgens heb ik op basis van enkele scenario's getoetst of verliesoverdracht in het kader van de verliesoverdrachtsregeling in lijn is met de ratio van de deelnemingsvrijstelling, het ne-bis-in-idembeginsel. Bij de behandeling van deze scenario's heb ik geconstateerd dat de gevolgen van de verliesoverdracht ertoe leiden dat winsten eenmaal worden belast en dat verliezen eenmaal aftrekbaar zijn. Tevens heb ik geconstateerd dat de verliesoverdracht in economische zin leidt tot een voordeel bij de claimende vennootschap en tot een potentieel nadeel bij de overdragende vennootschap, waarbij ik nader ben ingegaan op de fiscale kwalificatie van dit voordeel dan wel nadeel. De verliesoverdracht betreft de overdracht van een verrekenbaar verlies dat als extracomptabele post geen onderdeel uitmaakt van de belastbare winstbepaling. Daarmee is de samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de deelnemingsvrijstelling in lijn met het ne-bis-in-idembeginsel en zijn in het kader van deze samenloop geen nadere aanpassingen nodig van de deelnemingsvrijstelling of verliesoverdrachtsregeling.

Na de samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de deelnemingsvrijstelling heb ik de samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de liquidatieverliesregeling behandeld. Allereerst ben ik ingegaan op de ratio en de werking van de liquidatieverliesregeling. Als onderdeel van de deelnemingsvrijstelling dient de liquidatieverliesregeling te voorkomen dat onverrekend gebleven verliezen definitief verloren gaan na de liquidatie van een dochtermaatschappij. Derhalve kan de moedermaatschappij van de geliquideerde dochtermaatschappij een verlies op haar deelneming in aanmerking nemen ter grootte van het liquidatieverlies. De ratio van de liquidatieverliesregeling heb ik als volgt samengevat: *“Verliezen van een dochtermaatschappij die na haar liquidatie verloren gaan, dienen in de vorm van een liquidatieverlies door de moedermaatschappij in aanmerking genomen te kunnen worden voor zover de verliezen daadwerkelijk ten laste van het concern komen. Voor zover de ten laste van het concern gekomen verliezen niet tot uitdrukking komen bij de dochtermaatschappij, dienen deze mede als liquidatieverlies in aanmerking genomen te worden.”* Op basis van verschillende scenario's heb ik vervolgens getoetst of de samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de liquidatieverliesregeling in lijn zijn met deze ratio. Daarbij heb ik geconstateerd dat indien een geliquideerde dochtermaatschappij tijdens haar bestaan verliezen heeft overgedragen aan andere concernvennootschappen, deze verliezen tevens onderdeel kunnen uitmaken van het liquidatieverlies dat de moedermaatschappij in aanmerking kan nemen. Derhalve leidt de samenloop tussen beide regelingen in dergelijke situaties tot dubbele verliesverrekening. Indien een geliquideerde dochtermaatschappij tijdens haar bestaan verliezen heeft geclaimd van een andere concernvennootschap ontstaat mogelijk de situatie dat onverrekend gebleven verliezen van deze dochtermaatschappij definitief verloren gaan en geen onderdeel uitmaken van het liquidatieverlies.

Hierdoor kan het door het concern geleden verlies niet volledig in aanmerking genomen worden. Zodoende is de samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de liquidatieverliesregeling niet in lijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling. Om de samenloop van beide regelingen in lijn te brengen met de ratio van de liquidatieverliesregeling heb ik enkele benodigde aanpassingen behandeld. Een aanpassing van de liquidatieverliesregeling ligt het meest voor de hand, waarbij het opgeofferde bedrag voor een deelneming wordt gecorrigeerd indien de vennootschap waarin de deelneming wordt gehouden een verlies overdraagt of claimt binnen het concern. Bij verliesoverdracht dient het opgeofferde bedrag in de overdragende vennootschap te worden verlaagd en dient het opgeofferde bedrag in de claimende vennootschap te worden verhoogd. Ingeval van meerdere aandeelhouders in de overdragende of claimende vennootschap, dienen zij het opgeofferde bedrag naar rato van hun aandelenbelang te corrigeren. Een uitzondering hierop betreft de verliesoverdracht in consortiumverband. Dan dient slechts de (consortium-)vennootschap die partij is bij de verliesoverdracht haar opgeofferde bedrag te corrigeren.

Hoofdstuk 5: Samenvatting en conclusie

De huidige fiscale eenheidsregeling in de Wet Vpb 1969 is steeds meer onder druk komen te staan vanwege jurisprudentie van het HvJ EU. Op 22 februari 2018 heeft het HvJ EU geoordeeld dat de fiscale eenheidsregeling op onderdelen strijdig is met het EU-recht. Als reactie hierop heeft de wetgever spoedreparatiemaatregelen getroffen om de budgettaire gevolgen van de uitspraak te beperken. Tevens heeft de staatssecretaris aangekondigd dat de spoedreparatiemaatregelen zullen worden opgevolgd door een nieuwe concernregeling die in lijn dient te zijn met het EU-recht. Op 17 juni 2019 is een keuzedocument ter consultatie aan het bedrijfsleven voorgelegd met verschillende mogelijkheden voor een nieuwe groepsregeling. Een voor de hand liggende oplossing is een verliesoverdrachtssysteem die vergelijkbaar is met de Britse group relief-regeling. Om te onderzoeken hoe een dergelijk verliesoverdrachtssysteem in de Nederlandse Wet Vpb 1969 geïntroduceerd kan worden, heb ik de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

Indien Nederland een verliesoverdrachtsregeling in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 implementeert die vergelijkbaar is met de group relief-regeling in het Verenigd Koninkrijk, in hoeverre dient dan de deelnemingsvrijstelling inclusief de liquidatieverliesregeling te worden aangepast? Of in hoeverre dient de overgenomen verliesoverdrachtsregeling te worden aangepast?

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag heb ik allereerst onderzocht hoe de Britse group relief-regeling is vormgegeven. In het Verenigd Koninkrijk zijn vennootschappen zelfstandig belastingplichtig voor de Corporation Tax Acts. Onder voorwaarden kunnen zij een geleden verlies overdragen aan andere vennootschappen binnen het concern. De voorwaarden voor

verliesoverdracht heb ik achtereenvolgens behandeld voor de overdragende vennootschap en de claimende vennootschap. Zowel in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen als elders gevestigde vennootschappen kunnen kwalificeren als overdragende vennootschap. Verliezen die een overdragende vennootschap wenst over te dragen, dienen in beginsel afkomstig te zijn uit activiteiten die belast zijn in het Verenigd Koninkrijk. Uitzondering hierop betreffen als gevolg van het Marks & Spencer arrest de definitieve verliezen van vennootschappen die in een EER-land zijn gevestigd of aldaar een vaste inrichting hebben. Ook de claimende vennootschap kan in het Verenigd Koninkrijk of elders gevestigd zijn. De claimende vennootschap kan verliezen claimen van overdragende vennootschappen die onderdeel uitmaken van hetzelfde concern. Of een vennootschap onderdeel uitmaakt van hetzelfde concern kan getoetst worden in groepsverband of in consortiumverband. In groepsverband dient sprake te zijn van directe of indirecte aandeelhoudersrelaties van ten minste 75% en in consortiumverband kwalificeren bepaalde aandeelhouders vanaf 5%. Een claimende vennootschap kan een verlies claimen van een overdragende vennootschap tot maximaal het bedrag van de beschikbare winsten waarmee het geclaimde verlies verrekend kan worden. Omdat Nederland op zoek is naar een nieuwe groepsregeling die in lijn is met het EU-recht heb ik de Britse group relief-regeling tevens getoetst aan de jurisprudentie van het HvJ EU die tot op heden is gewezen in het kader van groepsregelingen. Hierbij is geconcludeerd dat de group relief-regeling op vrijwel alle onderdelen in lijn is met het EU-recht. Op enkele onderdelen is nadere aandacht nodig om vast te stellen of deze verenigbaar zijn met het EU-recht.

Na de behandeling van de Britse group relief-regeling heb ik een beeld geschetst van hoe de Wet Vpb 1969 eruitziet indien de huidige fiscale eenheidsregeling wordt vervangen door een verliesoverdrachtsregeling zoals de Britse group relief-regeling. Daarbij ben ik ervan uitgegaan dat de huidige fiscale eenheidsregeling volledig wordt geschrapt inclusief overige bepalingen waarin wordt verwezen naar de fiscale eenheidsregeling. Ter vervanging van de fiscale eenheidsregeling ben ik uitgegaan van het een op een overnemen van de Britse group relief-regeling met uitzondering van enkele onderdelen die niet verenigbaar zijn met het Nederlandse belastingstelsel. Slechts de onderdelen waarin onderscheid wordt gemaakt naar verschillende soorten verliezen heb ik daarbij uitgesloten.

Op basis van de veronderstelde verliesoverdrachtsregeling in de Wet Vpb 1969 heb ik vervolgens de samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de deelnemingsvrijstelling behandeld. Daarbij ben ik in de eerste plaats ingegaan op de ratio en de werking van de deelnemingsvrijstelling. De deelnemingsvrijstelling is gebaseerd op het ne-bis-in-idembeginsel en dient te voorkomen dat winsten bij concernvorming meerdere keren worden belast. Vervolgens heb ik op basis van enkele

scenario's getoetst of verliesoverdracht in het kader van de verliesoverdrachtsregeling in lijn is met de ratio van de deelnemingsvrijstelling, het ne-bis-in-idembeginsel. Bij de behandeling van deze scenario's heb ik geconstateerd dat de gevolgen van de verliesoverdracht ertoe leiden dat winsten eenmaal worden belast en dat verliezen eenmaal aftrekbaar zijn. Tevens heb ik geconstateerd dat de verliesoverdracht in economische zin leidt tot een voordeel bij de claimende vennootschap en tot een potentieel nadeel bij de overdragende vennootschap, waarbij ik nader ben ingegaan op de fiscale kwalificatie van dit voordeel dan wel nadeel. De verliesoverdracht betreft de overdracht van een verrekenbaar verlies dat als extracomptabele post geen onderdeel uitmaakt van de belastbare winstbepaling. Daarmee is de samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de deelnemingsvrijstelling in lijn met het ne-bis-in-idembeginsel en zijn in het kader van deze samenloop geen nadere aanpassingen nodig van de deelnemingsvrijstelling of verliesoverdrachtsregeling.

Vervolgens heb ik de samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de liquidatieverliesregeling behandeld. Allereerst ben ik ingegaan op de ratio en de werking van de liquidatieverliesregeling. Als onderdeel van de deelnemingsvrijstelling dient de liquidatieverliesregeling te voorkomen dat onverrekend gebleven verliezen definitief verloren gaan na de liquidatie van een dochtermaatschappij. Derhalve kan de moedermaatschappij van de geliquideerde dochtermaatschappij een verlies op haar deelneming in aanmerking nemen ter grootte van het liquidatieverlies. De ratio van de liquidatieverliesregeling heb ik als volgt samengevat: *“Verliezen van een dochtermaatschappij die na haar liquidatie verloren gaan, dienen in de vorm van een liquidatieverlies door de moedermaatschappij in aanmerking genomen te kunnen worden voor zover de verliezen daadwerkelijk ten laste van het concern komen. Voor zover de ten laste van het concern gekomen verliezen niet tot uitdrukking komen bij de dochtermaatschappij, dienen deze mede als liquidatieverlies in aanmerking genomen te worden.”* Op basis van verschillende scenario's heb ik daarna getoetst of de samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de liquidatieverliesregeling in lijn zijn met deze ratio. Daarbij heb ik geconstateerd dat indien een geliquideerde dochtermaatschappij tijdens haar bestaan verliezen heeft overgedragen aan andere concernvennootschappen, deze verliezen tevens onderdeel kunnen uitmaken van het liquidatieverlies dat de moedermaatschappij in aanmerking kan nemen. Derhalve leidt de samenloop tussen beide regelingen in dergelijke situaties tot dubbele verliesverrekening. Indien een geliquideerde dochtermaatschappij tijdens haar bestaan verliezen heeft geclaimd van een andere concernvennootschap ontstaat mogelijk de situatie dat onverrekend gebleven verliezen van deze dochtermaatschappij definitief verloren gaan en geen onderdeel uitmaken van het liquidatieverlies. Hierdoor kan het door het concern geleden verlies niet volledig in aanmerking genomen worden.

Zodoende is de samenloop tussen de verliesoverdrachtsregeling en de liquidatieverliesregeling niet in lijn met de ratio van de liquidatieverliesregeling. Om de samenloop van beide regelingen in lijn te brengen met de ratio van de liquidatieverliesregeling heb ik enkele benodigde aanpassingen behandeld. Een aanpassing van de liquidatieverliesregeling ligt het meest voor de hand, waarbij het opgeofferde bedrag voor een deelneming wordt gecorrigeerd indien de vennootschap waarin de deelneming wordt gehouden een verlies overdraagt of claimt binnen het concern. Bij verliesoverdracht dient het opgeofferde bedrag in de overdragende vennootschap te worden verminderd en dient het opgeofferde bedrag in de claimende vennootschap te worden verhoogd. Ingeval van meerder aandeelhouders in de overdragende of claimende vennootschap, dienen zij het opgeofferde bedrag naar rato van hun aandelenbelang te corrigeren. Een uitzondering hierop betreft de verliesoverdracht in consortiumverband. Dan dient slechts de (consortium-)vennootschap die partij is bij de verliesoverdracht haar opgeofferde bedrag te corrigeren.

Literatuuroverzicht

Boeken

- D.S. Smit, J.A.R. van Eijnden & B.J. Kiekebeld, *Nederlands belastingrecht in Europees perspectief* (FED Fiscale Brochures), Deventer: Wolters Kluwer 2019
- J.L. van de Streek, *Cursus Belastingrecht Vpb.2.4.13.A.e* (online, actueel t/m 27-4-2019)

Tijdschriften

- D.M. Weber, *De per element benadering onder het fiscale-eenheidsregime nader bezien in het licht van de Finanzamt Linz- en de Groupe Steria-zaak*, WFR 2015/696
- E.J.W. Heithuis, *Het einde van de fiscale eenheid Vpb in zicht?*, WFR 2015/1136
- E.J.W. Heithuis, *Maak van de achterstand een voorsprong*, V-N 2018/11.0
- E.J.W. Heithuis, *De per-elementbenadering in de fiscale eenheid en de spoedreparatie*, FED 2018/44
- F.J. Elswier, *Een toekomstbestendige concernregeling voor de vennootschapsbelasting*, TFO 2019/164.1
- F.M.A.M. van Merrienboer, *Onzakelijke leningen in concernverband: Een pleidooi voor een nieuwe concernfaciliteit in de Wet VPB 1969*, WFR 2012/739
- F.P.J. Snel, *De ratio van de deelnemingsvrijstelling, de evenwichtsgedachte en het veroorzakingsbeginsel en schadevergoedingen*, NTFR-A 2014/24
- M.J. van Dieren en C.L. van Lindonk, *'Liquidatieverliesregeling; een uitzondering in de deelnemingsvrijstelling?'*, WFR 2005/1589
- R. Offermans, *Een vergelijking van de fiscale eenheidsregimes binnen Europa en hun verenigbaarheid met het EU-recht*, TFO 2016/146.2

Kamerstukken

- Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3
- Kamerstukken II 1986/87, 19 968, nr. 3
- Kamerstukken II 1987/88, 19 968, nr. 7
- Kamerstukken II 1999-2000, 26 854, nr. 3
- Kamerstukken II 2017-2018, 34 959, nr. 3
- Kamerstukken II 2018-2019, 34 959, nr. 7

Besluiten

- Besluit van 9 maart 2020, nr. 2020-0000000002, Stcrt. 2020, 15230

Jurisprudentie Hof van Justitie

- HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62 (van Gend & Loos)
- HvJ EG 16 juli 1998, zaak C-264.96 (ICI), BNB 1998/420
- HvJ EG 18 november 1999, zaak C-200.98 (X AB & Y AB), V-N 1999/58.24
- HvJ EG 13 december 2005, zaak C-446.03 (Marks & Spencer), BNB 2006/72
- HvJ EU 18 juli 2007, zaak C-231.05 (Oy AA), V-N 2007/57.13
- HvJ EU 27 november 2008, zaak C-418.07 (Papillon), V-N 2008/59.20
- HvJ EU 25 februari 2010, zaak C-264 (X Holding), BNB 2010/166
- HvJ EU 6 september 2012, zaak C-18.11 (Philips Electronics), V-N 2012/21.19
- HvJ EU 1 april 2014, zaak C-80.12 (Felixstowe)
- HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-39.13 (SCA Group Holding BV), BNB 2014/216
- HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-40.13 (X AG), BNB 2014/216
- HvJ EU 12 juni 2014, zaak C41.13 (MSA International Holdings BV), BNB 2014/216
- HvJ EU 2 september 2015, zaak C-386.14 (Groupe Steria), BNB 2015/223
- HvJ EU 6 oktober 2015, zaak C-66.14 (Finanzamt Linz)
- HvJ EU 22 februari 2018, zaak C-398/16 (X bv), V-N 2018/32.10
- HvJ EU 22 februari 2018, zaak C-399/16 (X nv), V-N 2018/32.10
- HvJ EU 19 juni 2019, zaak C-608.17 (Holmen), V-N 2019/32.10

Jurisprudentie Nederlandse rechtscolleges

- HR 30 december 1953, nr. 11 555, BNB 1954/61
- HR 3 april 1957, nr. 13 084, BNB 1957/165
- HR 23 april 1958, BNB 1958/179
- HR 18 februari 1959, nr. 13 763, BNB 1959/124
- HR 6 maart 1985, nr. 22 572, BNB 1985/200
- HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217
- HR 18 oktober 2002, nr. 37 413, BNB 2003/44
- HR 31 januari 2014, nr. 13/02559, BNB 2014/124
- Rb. Den Haag 31 oktober 2019, nr. SGR 18/5038, V-N 2020/8.2.3

Overige

- Brief Staatssecretaris van Financiën, 22 februari 2018, 2018-0000023737
- Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, Vennootschapsbelasting, art. 13d Wet Vpb 1969, aant. 9.1.3. (online, actueel t/m 17-01-2020)

- Keuzedocument nieuwe groepsregeling, *Eerste internetconsultatie nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting*, <https://www.internetconsultatie.nl/groepsregeling>
- Position Paper J.L. van de Streek t.b.v. startbijeenkomst 'Nieuwe concernregeling in de vennootschapsbelasting' op 14 februari 2019