

Bachelorscriptie Fiscale Economie

De Nederlandse earningsstrippingbepaling en de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie

Een onderzoek naar de samenloop van de earningsstrippingbepaling in art. 15b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 met het Nederlandse fiscale eenheidsregime en de verenigbaarheid met de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie.

Naam	Ruby Doeleman
Studentnummer	464712
Begeleider	Mr. Y. Vink
Tweede beoordelaar	Mr. R.B.N. van Ovest
Datum	17 juni 2020

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

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen	4
Hoofdstuk 1 inleiding	5
1.1 Aanleiding	5
1.2 Probleemstelling en opzet	6
1.3 Afbakening	7
Hoofdstuk 2 De earningsstrippingbepaling	9
2.1 Inleiding	9
2.2 Doelen van de earningsstrippingbepaling	9
2.2.1 Het tegengaan van winstverschuiving en grondslaguitholling	9
2.2.2 Gelijkere fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen	10
2.3 De earningsstrippingbepaling	11
2.3.1 Hoofdregeel	11
2.3.2 Het saldo aan renten ter zake van geldleningen	13
2.3.3 Toepassing op het niveau van de fiscale eenheid	13
2.3.4 Economische effecten van de earningsstrippingbepaling	14
2.4 Conclusie	16
Hoofdstuk 3 De vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie	17
3.1 Inleiding	17
3.2 EU-recht	17
3.2.1 Rechtsbronnen binnen de Europese Unie	17
3.2.2 Non-discriminatiebepalingen in het primaire EU-recht	18
3.3 Toetsingskader van het Hof van Justitie EU	19
3.3.1 Toegang tot het VwEU	19
3.3.2 Discriminatie of belemmering	19
3.3.3 Rechtvaardigingsgronden	20
3.3.4 Effectiviteit en proportionaliteit	23
3.4 Conclusie	23
Hoofdstuk 4 De fiscale eenheid en de vrijheid van vestiging	24
4.1 Inleiding	24
4.2 Grensoverschrijdende fiscale eenheid	24
4.2.1 HvJ X Holding	24
4.3 Per-elementbenadering	25
4.3.1 HvJ Groupe Steria en HvJ Finanzamt Linz	25
4.3.2 HvJ X BV	26

4.3.3	HvJ X NV	27
4.3.4	Wet spoedreparatie fiscale eenheid	28
4.4	Conclusie	28
 Hoofdstuk 5 De earningsstrippingbepaling en de vrijheid van vestiging		29
5.1	Inleiding	29
5.2	De earningsstrippingbepaling in combinatie met het fiscale eenheidsregime	29
5.2.1	Voordelen van toepassing op het niveau van de fiscale eenheid	29
5.2.2	Nadelen van toepassing op het niveau van de fiscale eenheid	31
5.3	Toegang tot het VwEU en belemmering van de vrijheid van vestiging	31
5.3.1	Objectieve vergelijkbaarheid	31
5.3.2	Belemmering	32
5.4	Rechtvaardigingsgronden	34
5.4.1	Samenhang van het belastingsysteem	34
5.4.2	Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid	35
5.4.3	Tegengaan van belastingmisbruik	37
5.5	Proportionaliteit en effectiviteit	38
5.5.1	Standalone-benadering	38
5.5.2	Effectiviteit	39
5.5.3	Proportionaliteit	40
5.6	Conclusie	41
 Hoofdstuk 6 Conclusie		42
6.1	Inleiding	42
6.2	Samenvatting	42
6.3	Conclusie en aanbevelingen	46
 Literatuurlijst		48

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel
ATAD1	Anti-Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen in Nederlandse Belastingzaken
BV	besloten vennootschap
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxation, Depreciation and Amortization
EC	Europese Commissie
EFTA	European Free Trade Association
ESA	EFTA Surveillance Authority
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
jo.	juncto
m.nt.	met noot
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
MvT	Memorie van Toelichting
nr.	nummer
NtFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NV	naamloze vennootschap
OESO/OECD	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
p.	pagina
r.o.	rechtsoverweging
Stcrt.	Staatscourant
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
TFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VwEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
Wet IB 2001	Wet op de Inkomstenbelasting 2001
Wet VpB 1969	Wet op de Vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid

Hoofdstuk 1 | Inleiding

1.1 Aanleiding

In 2015 publiceerde de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) vijftien definitieve actierapporten in het kader van het Base Erosion and Profit Shifting (hierna: BEPS) project. Het BEPS Action 4-rapport richt zich op het voorkomen van winstverschuiving en grondslaguitholling door middel van rentebetalingen.¹ Een van de BEPS-actiepunten bevat een aanbeveling voor de invoering van een earningsstrippingbepaling, gericht op het beperken van overmatige renteaftrek. In 2016 presenteerde de Europese Commissie (hierna: EC) naar aanleiding van dit rapport de EU-Richtlijn tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (hierna: ATAD1). In deze richtlijn zijn de BEPS-aanbevelingen gecodificeerd, met als doel om antimisbruikmaatregelen tegen winstverschuiving en grondslaguitholling binnen de Europese Unie (hierna: EU) te harmoniseren en de interne markt te bevorderen.²

Art. 4 ATAD1 formuleert een generieke renteaftrekbeperking. Deze earningsstrippingbepaling beoordeelt aan de hand van de belastbare resultaten of het saldo aan renten ter zake van geldleningen aftrekbaar is, ongeacht welke voorwaarden of transacties aan de schulden zijn verbonden. Zowel vergoedingen voor eigen als voor vreemd vermogen behoren tot de financieringslasten van belastingplichtigen. Voor de vennootschapsbelastingheffing zijn in beginsel echter alleen rentelasten aftrekbaar bij het bepalen van het fiscale resultaat.³ Vanwege de aftrekbaarheid van rentelasten is het aantrekkelijk om ondernemingsactiviteiten zoveel mogelijk met vreemd vermogen te financieren. Door rentelasten te alloceren aan een staat met een hoog belastingtarief en rentebaten aan een staat met een laag belastingtarief kan in internationaal verband een belastingvoordeel worden bereikt. De earningsstrippingbepaling dient deze vorm van winstverschuiving en grondslaguitholling tegen te gaan.

In Nederland is de earningsstrippingbepaling geïmplementeerd in art. 15b van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VpB 1969) en in werking getreden op 1 januari 2019. De Nederlandse wetgever had bij de invoering twee doelstellingen, namelijk enerzijds het tegengaan van winstverschuiving en grondslaguitholling en anderzijds een gelijkere behandeling van eigen en vreemd vermogen. Vanuit deze doelstellingen is gekozen voor een “robuuste implementatie”, die de earningsstrippingbepaling op een aantal onderdelen strenger implementeert dan volgens de minimumnorm in ATAD1.⁴

¹ OESO, 5 oktober 2015, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project.

² Raad van de Europese Unie, 12 juli 2016, L 193/1, *Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt*.

³ Op grond van art. 8 lid 1 Wet VpB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001 zijn vergoedingen voor vreemd vermogen aftrekbaar. Op grond van art. 10 lid 1 onderdeel a Wet VpB 1969 zijn vergoedingen voor eigen vermogen niet aftrekbaar.

⁴ MvT Kamerstukken II, 19 september 2018, 2018/2019, 35030, nr. 3, p. 9.

Het is aan de Nederlandse wetgever om de earningsstrippingbepaling uit ATAD1 in overeenstemming met het EU-recht te implementeren. In beginsel vindt de earningsstrippingbepaling toepassing per belastingplichtige. Binnen het Nederlandse fiscale eenheidsregime wordt de earningsstrippingbepaling derhalve toegepast op het niveau van de fiscale eenheid als geheel. Indien het hierdoor minder aantrekkelijk wordt om te investeren in dochtermaatschappijen in een andere EU-lidstaat, ontstaat een risico op strijdigheid met de vrijheid van vestiging binnen de EU. Het Hof van Justitie EU (hierna: HvJ) heeft tot nu toe niet getoetst of de samenloop van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime in strijd is met het EU-recht.

In eerdere jurisprudentie van het HvJ werd de samenloop van wetsbepalingen met het fiscale eenheidsregime in strijd met de vrijheid van vestiging binnen de EU geacht.⁵ Per voordeel dat voorkomt bij samenloop met het fiscale eenheidsregime dient volgens het HvJ te worden beoordeeld of dit mag worden voorbehouden aan binnenlandse fiscale eenheidssituaties. De Nederlandse wetgever codificeerde deze zogenoemde per-elementbenadering in de Wet spoedreparatie fiscale eenheid.⁶ Als gevolg wordt een aantal wetsbepalingen op standalone-niveau toegepast. De earningsstrippingbepaling is niet in deze spoedreparatiemaatregelen opgenomen en wordt nog steeds toegepast op het niveau van de fiscale eenheid. Het is echter onduidelijk of de samenloop van het fiscale eenheidsregime met de earningsstrippingbepaling in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging binnen de EU.

1.2 Probleemstelling en opzet

Het HvJ is tot nu toe niet gevraagd om de samenloop van de earningsstrippingbepaling met het Nederlandse fiscale eenheidsregime te toetsen aan de vrijheid van vestiging binnen de EU. Er zijn in de vakliteratuur reeds verschillende standpunten onderkend met betrekking tot eventuele strijdigheid bij toepassing van de earningsstrippingbepaling in combinatie met het fiscale eenheidsregime. Aangezien de vrijheid van vestiging als onderdeel van het primaire EU-recht rechtstreeks doorwerkt in de wetgeving van EU-lidstaten, dient de earningsstrippingbepaling in overeenstemming met de vestigingsvrijheid te worden geïmplementeerd. Het is daarom van belang om te onderzoeken of de toepassing van de earningsstrippingbepaling op het niveau van de fiscale eenheid hiermee in overeenstemming is. Vanwege dit belang staat in deze scriptie de volgende probleemstelling centraal:

Is de samenloop van de earningsstrippingbepaling in art. 15b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 met het fiscale eenheidsregime in strijd met de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie?

Om een antwoord op de probleemstelling te formuleren, worden achtereenvolgens vier deelvragen behandeld. Deze worden aan de hand van literatuuronderzoek beantwoord. Hiertoe worden rechtsbronnen, vakliteratuur, jurisprudentie van het HvJ en de Hoge Raad der Nederlanden (hierna: HR), conclusies van de Advocaat-Generaal (hierna: A-G) en de Nederlandse parlementaire wetsgeschiedenis besproken.

⁵ HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, (*X BV en X NV*).

⁶ Eerste Kamer, 16 mei 2019, Wet van 24 april 2019 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met enkele spoedreparaties inzake de fiscale eenheid (*Wet spoedreparatie fiscale eenheid*), stb-2019-175.

Hoofdstuk 2 behandelt de deelvraag: **Wat houdt de earningsstrippingbepaling in?** Dit hoofdstuk zet de doelstellingen van de earningsstrippingbepaling uiteen. Vervolgens worden implementatiekeuzes van de Nederlandse wetgever besproken. De hoofdregel van de earningsstrippingbepaling wordt uiteengezet, met aandacht voor de toegepaste definities en de reikwijdte van de bepaling. Daarnaast worden de economische effecten uiteengezet en wordt de effectiviteit van de earningsstrippingbepaling in het bereiken van haar doelstellingen geschetst.

Hoofdstuk 3 behandelt de deelvraag: **Hoe toetst het Hof van Justitie EU de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie?** In dit hoofdstuk worden de rechtsbronnen binnen de EU en het toetsingskader van het HvJ besproken. Binnen het toetsingskader wordt eerst de toegang tot het primaire EU-recht besproken. Daarna komt de objectieve vergelijkbaarheid van binnenlandse en grensoverschrijdende situaties aan bod. Hierna wordt besproken wanneer sprake is van discriminatie of belemmering. Vervolgens worden drie rechtvaardigingsgronden uiteengezet. Ten slotte worden de effectiviteits- en proportionaliteitseis besproken.

Hoofdstuk 4 behandelt de deelvraag: **Hoe verhoudt het Nederlandse fiscale eenheidsregime zich tot de vrijheid van vestiging?** De jurisprudentie waarin het HvJ fiscale consolidatieregimes aan de vrijheid van vestiging heeft getoetst wordt in dit hoofdstuk besproken. Hierbij wordt onderzocht of de beperking van het fiscale eenheidsregime tot binnenlandse situaties kan worden gerechtvaardigd. Daarnaast wordt ingegaan op de Wet spoedreparatie fiscale eenheid, die als gevolg van strijdigheid met de EU-vestigingsvrijheid de per-elementbenadering codificeerde in het Nederlandse fiscale eenheidsregime.

Hoofdstuk 5 behandelt de deelvraag: **Hoe verhoudt de samenloop van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime zich tot de vrijheid van vestiging?** In dit hoofdstuk wordt het toetsingskader van het HvJ doorlopen om te toetsen of de samenloop van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime in overeenstemming is met de vrijheid van vestiging binnen de EU. De objectieve vergelijkbaarheid en belemmerende werking worden besproken. Daarna worden de drie eerder uiteengezette rechtvaardigingsgronden getoetst. Het hoofdstuk wordt afgesloten met toetsing aan de proportionaliteits- en effectiviteitseis.

Hoofdstuk 6 bevat een samenvatting van de vier deelvragen. De probleemstelling wordt vervolgens in een conclusie beantwoord. Daarnaast wordt in hoofdstuk 6 een aantal aanbevelingen gedaan die naar mijn inzicht kunnen leiden tot een verbetering van de effectiviteit en proportionaliteit van de earningsstrippingbepaling. Ten slotte wordt de toekomst van de earningsstrippingbepaling en het fiscale eenheidsregime besproken.

1.3 Afbakening

In deze scriptie ligt de focus op de Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling in art. 15b Wet VpB 1969. Deze wordt in verband met de samenloop met het Nederlandse fiscale eenheidsregime in art. 15 Wet VpB 1969 getoetst aan de vrijheid van vestiging binnen de EU. De earningsstrippingbepaling zal dus niet in verband met andere mogelijke belemmeringen van het EU-recht worden getoetst, zoals de vrijheid van kapitaalverkeer.

Het EU-recht en het toetsingskader van het HvJ worden in hoofdstuk 3 slechts besproken voor zover dit relevant is voor de probleemstelling in deze scriptie. In hoofdstuk 3 wordt derhalve slechts het theoretisch kader omtrent de vrijheid van vestiging uiteengezet en worden de andere verkeersvrijheden buiten beschouwing gelaten. Het HvJ heeft daarnaast meer rechtvaardigingsgronden geformuleerd dan slechts de drie die in hoofdstuk 3 worden besproken. Alleen de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, de samenhang van het belastingsysteem en het tegengaan van belastingmisbruik zijn naar mijn mening relevant voor de samenloop van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime.

In hoofdstuk 4 wordt slechts ingegaan op de Wet spoedreparatie fiscale eenheid, aangezien deze van directe relevantie is voor deze scriptie. Ter volledigheid benoem ik hier dat naar aanleiding van eerdere strijdigheid met de vrijheid van vestiging een wijziging van het fiscale eenheidsregime heeft plaatsgevonden, namelijk via de Wet aanpassing fiscale eenheid.⁷ Deze aanpassing maakt een fiscale eenheid via een buitenlandse top- of tussenmaatschappij mogelijk.⁸ Deze wetswijziging wordt vanwege het ontbreken van directe relevantie niet besproken. Als gevolg van deze wetswijziging is het immers nog steeds niet mogelijk om buitenlandse dochtermaatschappijen in een fiscale eenheid te voegen.

⁷ Eerste Kamer, 8 december 2016, Wet van 30 november 2016, houdende wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enige andere wetten in verband met enkele aanpassingen inzake de fiscale eenheid (*Wet aanpassing fiscale eenheid*), stb-2016-479.

⁸ Art. 15 lid 2, 3, 5 en 6 Wet VpB 1969.

Hoofdstuk 2 | De earningsstrippingbepaling

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de eerste deelvraag met betrekking tot de inhoud van de earningsstrippingbepaling beantwoord aan de hand van het wettelijke kader rondom de bepaling. Om te toetsen of de earningsstrippingbepaling een belemmering van de vrijheid van vestiging oplevert, is het van belang om het doel en de strekking van de bepaling te bespreken. Eerst wordt de totstandkoming van deze generieke renteaftrekbepaling beschreven en komen de internationale en Nederlandse doelstellingen aan bod. Daarna wordt de Nederlandse implementatie van de hoofdregel besproken en wordt ingegaan op de definities van het saldo aan renten en de gecorrigeerde winst. Ook wordt aandacht besteed aan de toepassing van de earningsstrippingbepaling op het niveau van de fiscale eenheid. Ten slotte worden de economische effecten van de earningsstrippingbepaling uiteengezet.

2.2 Doelen van de earningsstrippingbepaling

2.2.1 Het tegengaan van winstverschuiving en grondslaguitholling

Drie partijen met zowel gedeelde als verschillende doelstellingen zijn van invloed geweest op de totstandkoming van de Nederlandse earningsstrippingbepaling, namelijk de OESO, de EC en de Nederlandse wetgever. Vanwege het doel om belastingmisbruik in internationaal verband tegen te gaan publiceerde de OESO in 2015 de definitieve actierapporten in het kader van het BEPS-project. Het alloceren van rentelasten kan van belang zijn voor de belastingdruk door, vooral in internationaal verband, in te spelen op tariefverschillen. Door rentelasten in aftrek te brengen bij een concernvennootschap die is gevestigd in een staat met een hoog belastingtarief, terwijl rentebaten worden gealloceerd aan een concernvennootschap die is gevestigd in een staat met een laag belastingtarief, kan een belastingvoordeel worden bereikt. Het doel van het BEPS Action 4-rapport is om deze vorm van winstverschuiving en grondslaguitholling door middel van rentebetalingen te voorkomen.⁹

De BEPS-aanbevelingen van de OESO vormen geen bindende minimumstandaard. De EC presenteerde daarom in 2016 een bindende EU-richtlijn waarin de BEPS-aanbevelingen gecodificeerd werden.¹⁰ Het doel van de EU-Richtlijn tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt (hierna: ATAD1) is om een deel van de BEPS-aanbevelingen op een snelle en uniforme manier te implementeren binnen de EU. Zo wordt harmonisatie van antimisbruikmaatregelen tegen winstverschuiving en grondslaguitholling bereikt.¹¹ Door gecoördineerde implementatie van antimisbruikmaatregelen en een uniforme toepassing van fiscale wetgeving wordt rechtszekerheid gecreëerd.¹²

⁹ OESO, 5 oktober 2015, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project.

¹⁰ Raad van de Europese Unie, 12 juli 2016, L 193/1, *Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt*.

¹¹ Raad van de Europese Unie, 27 juli 2017, PbEU 2016, L 193, (ATAD1), punt 2 preambule.

¹² MvT Kamerstukken II, 19 september 2018, 2018/2019, 35030, nr. 3, p. 2.

Een van de verplichtingen die ATAD1 met zich meebrengt is de implementatie van een generieke renteaftrekbeperking. Aan de hand van een generieke norm wordt beoordeeld of het saldo aan renten ter zake van geldleningen aftrekbaar is bij de bepaling van het belastbare resultaat, ongeacht welke voorwaarden of transacties aan de schuld zijn verbonden. Deze earningsstrippingbepaling is gecodificeerd in art. 4 ATAD1 en formuleert een uniforme wijze om grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan. De earningsstrippingbepaling in ATAD1 bevat een minimumnorm, waarbij EU-lidstaten uitdrukkelijk keuzemogelijkheden krijgen om verdergaande maatregelen te implementeren.

2.2.2 Gelijkere fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen

Naar aanleiding van ATAD1 werd in Nederland op 18 september 2018 de Wet implementatie eerste EU-Richtlijn antibelastingontwijking als implementatiewetsvoorstel ingediend.¹³ De Nederlandse wetgever koos voor een “robuuste implementatie” van de earningsstrippingbepaling, waarbij een aantal onderdelen strenger werd geïmplementeerd dan volgens de minimumnorm in ATAD1.¹⁴ De earningsstrippingbepaling werd opgenomen in art. 15b Wet VpB 1969 en trad in werking op 1 januari 2019. Met de Nederlandse implementatie wordt, naast het tegengaan van winstverschuiving en grondslaguitholling, een gelijkere fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen voor alle vennootschapsbelastingplichtigen beoogd.

Vanuit het perspectief van belastingplichtigen behoren zowel vergoedingen voor vreemd als voor eigen vermogen tot de financieringskosten. In beginsel zijn voor de heffing van vennootschapsbelasting echter alleen rentelasten als onderdeel van de belaste winstsfeer aftrekbaar bij het bepalen van het belastbare resultaat. Vergoedingen voor eigen vermogen behoren op grond van het totaalwinstbeginsel tot de onbelaste kapitaalsfeer en zijn dus niet aftrekbaar bij de fiscale resultaatbepaling.¹⁵ Deze fiscaal ongelijke behandeling van financiering via eigen of vreemd vermogen kan effect hebben op financieringsbeslissingen en kan leiden tot bovenmatige schuldenfinanciering.¹⁶ Ondernemen met eigen vermogen zorgt voor stabielere bedrijven en gezondere economische verhoudingen.¹⁷ Dit levert de Nederlandse economie werkgelegenheid, innovatie en een krachtig vestigingsklimaat op.¹⁸ Het kabinet acht het hierom van belang om een meer gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen te stimuleren via fiscale wetgeving.

De meer gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen blijkt onder andere uit de keuze van de Nederlandse wetgever om geen uitzondering op te nemen voor standalone-entiteiten.¹⁹ Standalone-entiteiten maken geen deel uit van een geconsolideerde groep en niet zijn verbonden met gelieerde

¹³ MvT Kamerstukken II, 19 september 2018, 2018/2019, 35030, nr. 2.

¹⁴ MvT Kamerstukken II, 19 september 2018, 2018/2019, 35030, nr. 3, p. 9.

¹⁵ Art. 8 lid 1 Wet VpB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001 en expliciet in art. 10 lid 1 onderdeel a Wet VpB 1969.

¹⁶ Zie voor empirisch bewijs: H.P. Huizinga, L. Laeven & G.J.A. Nicodème, 26 januari 2008, *Capital structure and international debt shifting*, Journal of Financial Economics 2008/88(1), p. 114. Zie voor de overwegingen van de regering MvT Kamerstukken II, 19 september 2018, 2018/2019, 35030, nr. 3, p. 9-10.

¹⁷ MvT Kamerstukken II, 19 september 2018, 2018/2019, 35030, nr. 3, p. 10.

¹⁸ WRR, 12 oktober 2016, *Samenleving en financiële sector in evenwicht*, rapport nr. 96, p. 15.

¹⁹ Zoals in art. 4 lid 3 onderdeel b ATAD1.

ondernemingen. Een uitzondering was logisch geweest vanuit de antimisbruikdoelstelling van de earningsstrippingbepaling: het risico op grondslaguitholling is kleiner als niet in internationaal verband met winsten kan worden geschoven. De staatssecretaris van Financiën benadrukte echter de wens om eigen en vreemd vermogen op gelijke wijze te behandelen en benoemde dat standalone-entiteiten dezelfde financieringsprijkkels moeten ervaren als groepsvennootschappen.²⁰

De earningsstrippingbepaling beperkt de aftrek van rentelasten op generieke wijze, zodat grondslaguitholling en winstverschuiving worden voorkomen. De verstoring van financieringsbeslissingen blijft hiermee echter onopgelost. Zolang binnen de renteaftrekrimte wordt gebleven, blijft financiering met vreemd vermogen immers aantrekkelijker dan financiering met eigen vermogen.²¹ Financiële moeilijkheden hangen bovendien nauwer samen met hoge schuldposities in verhouding tot het eigen vermogen, dan met hoge interestposities in verhouding tot resultaten.²² Hierdoor kan de earningsstrippingbepaling leiden tot overkill in het tegengaan van overmatige financiering met vreemd vermogen.

2.3 De earningsstrippingbepaling

2.3.1 Hoofdregel

De earningsstrippingbepaling bepaalt kortgezegd dat de aftrekbaarheid van het saldo aan renten wordt gekoppeld aan de belastbare resultaten. De belastbare ondernemingsresultaten vormen een afspiegeling van de mate waarin een onderneming kasstromen genereert waarmee aan renteverplichtingen kan worden voldaan.²³ Door aan te grijpen bij de belastbare resultaten in een lidstaat, wordt aangesloten bij de reële economische activiteit van een onderneming. Verhoging van de ondernemingsresultaten leidt enerzijds tot een grotere renteaftrekrimte, maar zorgt anderzijds voor een hogere verschuldigde vennootschapsbelasting. In die zin is de earningsstrippingbepaling effectief tegen grondslaguitholling: zowel verlaging als verhoging van de ondernemingsresultaten kan leiden tot een hogere belastingschuld.²⁴

Het saldo aan renten wordt berekend als het verschil tussen de rentelasten verminderd met de rentebaten ter zake van geldleningen. Deze salderingstechniek komt voort vanuit de antimisbruikdoelstelling van de bepaling: er vindt immers geen winstverschuiving en grondslaguitholling

²⁰ MvT Kamerstukken II, 19 september 2018, 2018/2019, 35030, nr. 3, p. 11 en MvT Kamerstukken II, 30 november 2018, 2018/2019, 35030, nr. C, p. 12.

²¹ Dr. J. Van Strien, 23 januari 2018, *Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1*, WFR 2018/19, p. 7 en Mr. Dr. M.F. de Wilde, 15 november 2016, *Het OESO BEPS-project in vogelvlucht*, MBB 2016/11, p. 422.

²² Dr. J. Van Strien, 9 juli 2019, *Vijftig jaar eigen vermogen versus vreemd vermogen*, in A.J.A. Stevens, *De toekomst van de vennootschapsbelasting*, p. 86-87, zie ook Mr. Dr. E. Nijkeuter en drs. L. Brillman, 7 oktober 2019, *Over de fiscale gevolgen van een "fiscale EBITDA" als maatstaf*, WFR 2019/201, waarin een aantal situaties wordt beschreven waarin de earningsstrippingbepaling onredelijk uitwerkt.

²³ OECD/G20, 5 oktober 2015, Base Erosion and Profit Shifting Project, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*, Action 4 - 2015 Final Report, p. 11 en 44.

²⁴ D.S. Smit, 20 november 2018, *De Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling uit ATAD 1*, MBB 2018/11-11-25. Binnen deze doelstelling is de earningsstrippingbepaling dus effectief, maar binnen een gelijkere behandeling van eigen en vreemd vermogen werkt deze onevenredig, zie ook paragraaf 2.2.2 van deze scriptie.

plaats voor zover rentebaten tegenover rentelasten staan.²⁵ De aftreukruimte wordt bepaald aan de hand van een vast percentage van de gecorrigeerde winst. Bij een positief saldo aan renten wordt de toegestane renteaftrek beperkt tot 30% van de gecorrigeerde winst, indien het saldo aan renten €1 miljoen overschrijdt.²⁶

Bij de aftrekbaarheid van het saldo aan renten spelen zowel het drempelbedrag als het vaste percentage van de gecorrigeerde winst een rol. Invoering van een drempelbedrag leidt tot administratieve lastenverlichting, aangezien belastingplichtigen in het midden- en kleinbedrijf met een gering saldo aan renten door de drempel buiten het toepassingsbereik van de earningsstrippingbepaling vallen.²⁷ Als het saldo aan renten minder dan €1 miljoen bedraagt wordt het saldo aan renten niet in aftrek beperkt.²⁸ Het saldo aan renten kan niet negatief zijn, slechts een positief saldo aan renten kan door de earningsstrippingbepaling in aftrek worden beperkt. Als de rentebaten de rentekosten overtreffen, behoren deze tot het belastbare resultaat. Als gevolg hiervan kan een positief saldo aan renten niet leiden tot vrijstelling of teruggave van vennootschapsbelasting.

De renteaftreukruimte bedraagt maximaal 30% van de gecorrigeerde winst, indien dit leidt tot een grotere aftreukruimte dan de drempel van €1 miljoen.²⁹ De gecorrigeerde winst is het belastbare resultaat voor rente, belastingen, afschrijvingen en afwaarderingen (ook aangeduid als EBITDA).³⁰ De fiscale winst voor giftenaftrek vormt het uitgangspunt voor het belastbare resultaat. Vrijstellingen en grondslagverminderingen hebben geen invloed op de berekening van de gecorrigeerde winst. Hetzelfde geldt voor inkomsten die door toepassing van objectieve vrijstellingen niet in de heffingsgrondslag worden begrepen.

De grens van 30% dient te voorkomen dat overmatige intra-groepsrente leidt tot grondslaguitholling en winstverschuiving. Een hoger percentage zou het Nederlandse vestigingsklimaat ten goede komen, maar een lager percentage leidt tot gunstigere budgettaire effecten en gelijkere behandeling van eigen en vreemd vermogen. Daarnaast beperkt een lager percentage de renteaftrek in verdergaande mate. Met de grens van 30% ontstaat echter ook het risico op beperking van de aftrek van aan derden verschuldigde renten. Dit laatste effect staat haaks op de doelstelling van de earningsstrippingbepaling, aangezien aan derden verschuldigde rente in beginsel geen grondslaguitholling en winstverschuiving veroorzaakt. De drempel van €1 miljoen en de grens van 30% zijn juist bedoeld om rentelasten met betrekking tot commercieel gemotiveerde financieringen niet in aftrek te beperken.

²⁵ Mr. R. Snoeij en mr. drs. J.H.A.M van Helvoirt, 18 oktober 2016, *Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbeperking uit de ATA-Richtlijn (art. 4)*, FED 2016/108.

²⁶ Art. 15b lid 1 Wet VpB 1969.

²⁷ MvT Kamerstukken II, 30 november 2018, 2018/2019, 35030, nr. C, p. 11 en 12.

²⁸ Art. 15b lid 1 onderdeel a Wet VpB 1969.

²⁹ Art. 15b lid 1 onderdeel b Wet VpB 1969.

³⁰ Art. 15b lid 3 Wet VpB 1969.

2.3.2 Het saldo aan renten ter zake van geldleningen

Het saldo aan renten ter zake van geldleningen wordt berekend als het bedrag waarmee de rentelasten de rentebaten overtreffen.³¹ Voor de berekening van het saldo aan renten is het van belang om te definiëren wanneer voor toepassing van de earningsstrippingbepaling sprake is van rentelasten en rentebaten. Volgens de wetsgeschiedenis wordt met het begrip rentelasten aangesloten bij alle vormen van schuld en andere economisch gelijkwaardige kosten zoals omschreven in nationaal (fiscaal) recht, inclusief financieringskosten met betrekking tot het aantrekken van financiële middelen.³² Het begrip geldlening wordt hier ruim opgevat: in beginsel wordt een uit een overeenkomst voortvloeiende vordering of schuld bedoeld.³³ De civielrechtelijke kwalificatie van de lening vormt hierbij het uitgangspunt. Echter, bij fiscale herkwalificatie naar eigen vermogen wordt de vergoeding niet in aanmerking genomen voor de bepaling van het saldo aan renten.³⁴

Net als bij de gecorrigeerde winst is bij de berekening van het saldo aan renten vereist dat de rentelasten en rentebaten in aanmerking zijn genomen bij het bepalen van de in een belastingjaar genoten belastbare resultaten.³⁵ Als rente reeds in aftrek wordt beperkt door een specifieke renteaftrekbeperking, wordt deze rente niet meer in aanmerking genomen voor het saldo aan renten. Vanuit dit perspectief werkt de earningsstrippingbepaling dus als vangnetbepaling.

2.3.3 Toepassing op het niveau van de fiscale eenheid

De earningsstrippingbepaling wordt toegepast per belastingplichtige, waarbij fiscaal geconsolideerde groepen ook als belastingplichtige mogen worden beschouwd.³⁶ In het geval van een Nederlandse fiscale eenheid wordt de bepaling derhalve op het niveau van de fiscale eenheid als geheel toegepast, aangezien als gevolg van het fiscale eenheidsregime sprake is van een belastingplichtige, namelijk de moedervennootschap.³⁷ Dit leidt voor de berekening van het saldo aan renten en de gecorrigeerde winst tot fiscale consolidatie van belastbare resultaten, renten en onderlinge financieringstransacties.³⁸ Vervolgens wordt de drempel van €1 miljoen of de 30%-regel op het saldo aan renten van de fiscale eenheid toegepast. Links illustreert onderstaande figuur de werking van de earningsstrippingbepaling op het niveau van de fiscale eenheid voor de earningsstrippingbepaling.

De deelnemingsvrijstelling heeft als objectieve vrijstelling tot gevolg dat resultaten die toerekenbaar zijn aan buitenlandse dochtervennootschappen niet worden meegenomen in de berekening van de gecorrigeerde winst. Als gevolg van de beperking van het fiscale eenheidsregime tot in Nederland

³¹ Art. 15b lid 2 Wet VpB 1969 en art. 2 lid 2 ATAD1.

³² MvT Kamerstukken II, 19 september 2018, 2018/2019, 35030, nr. 3, p. 39. Rentebaten worden niet gedefinieerd, maar het is aannemelijk dat deze het tegenbeeld van rentelasten vormen. Zie ook Prof. dr. S.A. Stevens, 14 februari 2019, *Implementatie van de earningsstrippingmaatregel*, TFO 2019/161.2.

³³ Art. 15b lid 6 onderdeel a Wet VpB 1969.

³⁴ In HR, 27 januari 1988, nr. 23919, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744 (*Unilever*) werden door de HR drie situaties beschreven waarin fiscale herkwalificatie naar eigen vermogen dient plaats te vinden, namelijk in het geval van een schijnlening, deelnemerschapslening en bodemlozeputlening.

³⁵ Art. 15b lid 2 Wet VpB 1969.

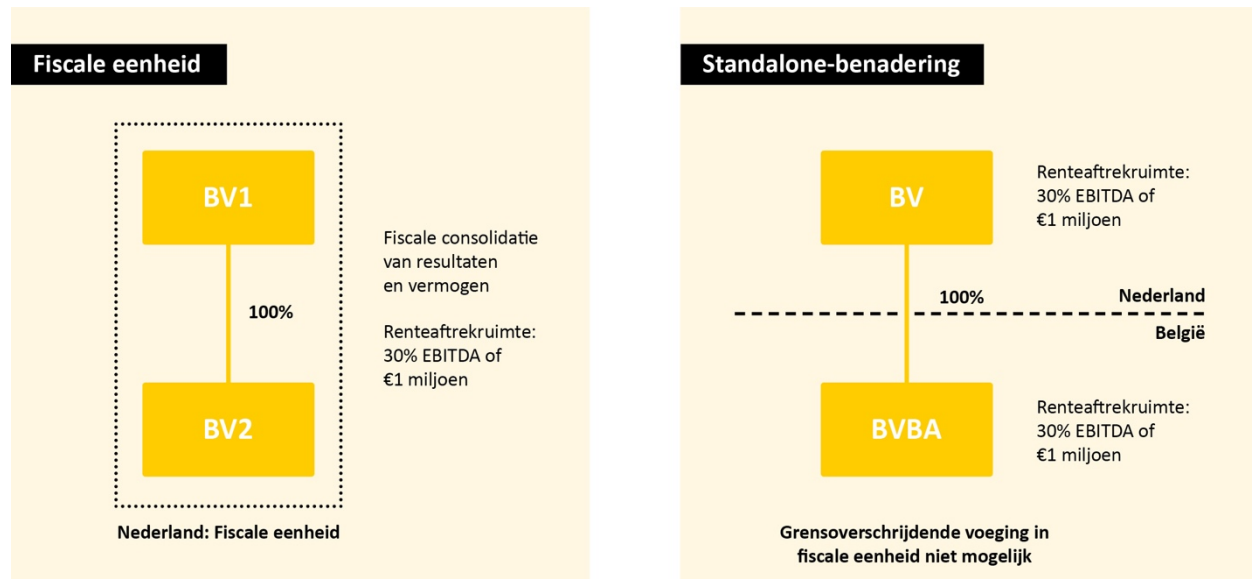
³⁶ Art. 4 lid 1 onderdeel a ATAD1.

³⁷ MvT Kamerstukken II, 19 september 2018, 2018/2019, 35030, nr. 3, p. 12.

³⁸ In paragraaf 5.2 van deze scriptie wordt ingegaan op de fiscale effecten hiervan.

gevestigde vennootschappen, kan het saldo aan renten en de gecorrigeerde winst van buitenlandse dochtermaatschappijen bij toepassing van de earningsstrippingbepaling niet in aanmerking worden genomen. De earningsstrippingbepaling wordt afzonderlijk toegepast op de saldo's aan renten van de standalone-entiteiten, waardoor beide entiteiten zelfstandig de drempel van €1 miljoen toepassen of de renteaftrekruijme aan de hand van 30% van hun EBITDA berekenen. Rechts illustreert onderstaande figuur de werking van de earningsstrippingbepaling op standalone-niveau.³⁹

Figuur 1. Toepassing op het niveau van de fiscale eenheid en de standalone-benadering.



2.3.4 Economische effecten van de earningsstrippingbepaling

Het op generieke wijze beperken van de aftrekruijme kan leiden tot economisch dubbele belastingheffing, aangezien de rentebaten die tegenover de niet-aftrekbare rentelasten staan in beginsel wel in de belastingheffing worden betrokken. De staatssecretaris verantwoordt dit risico vanuit de opvatting dat het (internationaal) algemeen aanvaard is dat bij misbruikbestrijding geen rekening wordt gehouden met economisch dubbele heffing.⁴⁰ Door de aftrekruijme te koppelen aan de fluctuerende belastbare resultaten heeft de earningsstrippingbepaling daarnaast een procyclische werking, die tot rechtsonzekerheid kan leiden.⁴¹ In periodes van hoogconjunctuur zal de gecorrigeerde winst, en daarmee de renteaftrekruijme hoog zijn, waardoor de earningsstrippingbepaling de aftrekbare van rente in mindere mate beperkt. In periodes van laagconjunctuur geldt het omgekeerde en zal rente juist eerder in aftrek worden beperkt.

³⁹ Merk op dat voeging in een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting niet verplicht is, waardoor de earningsstrippingbepaling ook in binnenlands verband op standalone-niveau kan worden toegepast.

⁴⁰ MvT Kamerstukken II, 19 september 2018, 2018/2019, 35030, nr. 3, p. 8.

⁴¹ D.S. Smit, 20 november 2018, *De Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling uit ATAD 1*, MBB 2018/11-11-25.

Naast procyclische effecten kunnen door toepassing van de earningsstrippingbepaling temporele mismatches ontstaan. Door aan te grijpen bij jaarlijkse belastbare resultaten en renten ontstaat het risico dat per saldo te veel rente in aftrek beperkt wordt.⁴² De Nederlandse wetgever heeft er vanuit administratieve eenvoud voor gekozen om alleen onbeperkte voorwaartse verrekening van renten toe te staan. Als de aftreukruimte in een jaar te beperkt is om het volledige saldo in renten in aftrek te brengen, kan het niet-aftrekbare saldo aan renten onbeperkt worden voortgewenteld naar een toekomstig jaar. Niet-aftrekbare rente komt dan alsnog in aftrek in een jaar waarin aftreukruimte overblijft.⁴³ Achterwaartse verrekening van het saldo aan renten of voortwenteling van niet-benutte aftreukruimte zijn niet toegestaan, aangezien dit kan leiden tot extra uitvoeringslasten en discussie bij de belastingdienst.⁴⁴

Een renteaftreukbeperking is een inbreuk op het totaalwinstbeginsel, aangezien rentelasten als onderdeel van de belaste winstsfeer in beginsel aftrekbaar zijn.⁴⁵ Een negatief saldo aan renten wordt op nihil gesteld en kan niet worden gesaldeerd met voortgewentelde rente. Voortgewentelde rente wordt derhalve niet opnieuw in de berekening van het saldo aan renten begrepen.⁴⁶ De earningsstrippingbepaling kan als onevenredig worden ervaren, aangezien deze vanwege het generieke karakter niet slechts ingrijpt bij belastingmisbruik.⁴⁷ Daarnaast ontstaat spanning met het draagkrachtbeginsel: als rente definitief niet-aftrekbaar is, wordt de belastingplichtige belast over winst die niet daadwerkelijk is genoten. Voortwenteling van het niet-aftrekbare deel van het saldo aan renten vermindert deze inbreuk gedeeltelijk, maar neemt niet weg dat de earningsstrippingbepaling met betrekking tot de aftrekbaarheid van de rentelasten vooralsnog leidt tot rechtsonzekerheid.

Als bedrijfseconomisch sprake is van een verlies, kan door toepassing van de earningsstrippingbepaling fiscaal gezien winst worden genoten. De voortwenteling van niet-aftrekbare rente vermindert dit effect deels, doordat de rente dan alsnog in een later winstjaar kan worden afgetrokken als daar ruimte voor is. Dit leidt echter vooralsnog tot een liquiditeitsnadeel.⁴⁸ Een ander effect van voortwenteling is dat door onbeperkte voortwenteling van niet-aftrekbare rente later dan zes jaar in de toekomst alsnog rentelasten kunnen worden afgetrokken. Hierdoor lopen belastingplichtigen met betrekking tot deze rente niet tegen de zesjaarstermijn voor verliesverrekening aan, waardoor de aansluiting bij het totaalwinstbeginsel deels wordt hersteld.⁴⁹

⁴² D.S. Smit, 20 november 2018, *De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1*, MBB 2018/11-11-25.

⁴³ Art. 15b lid 5 Wet VpB 1969.

⁴⁴ MvT Kamerstukken II, 19 september 2018, 2018/2019, 35030, nr. 3, p. 12 en MvT Kamerstukken II, 30 november 2018, 2018/2019, 35030, nr. C, p. 12.

⁴⁵ Prof. dr. S.A. Stevens, 14 februari 2019, *Implementatie van de earningsstrippingmaatregel*, TFO 2019/161.2.

⁴⁶ MvT Kamerstukken II, 29 oktober 2018, 2018/2019, 35030, nr. 7, p. 22-23 en MvT Kamerstukken II, 30 november 2018, 2018/2019, 35030, nr. C, p. 12.

⁴⁷ D.S. Smit, 20 november 2018, *De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1*, MBB 2018/11-11-25.

⁴⁸ Dr. J. van Strien, 23 januari 2018, *Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1*, WFR 2018/19.

⁴⁹ D.S. Smit, 20 november 2018, *De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1*, MBB 2018/11-11-25.

2.4 Conclusie

ATAD1 is tot stand gekomen vanuit de BEPS-aanbevelingen met betrekking tot het tegengaan van winstverschuiving en grondslaguitholling door middel van rentebetalingen. In Nederland heeft art. 4 ATAD1 geleid tot implementatie van een generieke renteaftrekbepaling in art. 15b Wet Vpb 1969. Samengevat houdt deze earningsstrippingbepaling in dat het saldo aan renten ter zake van geldleningen slechts aftrekbaar is tot 30% van de gecorrigeerde winst, indien dit leidt tot een grotere aftrekruijnte dan de drempel van €1 miljoen. De gecorrigeerde winst wordt gevormd door het belastbare resultaat voor rente, belastingen, afschrijvingen en afwaarderingen. Het saldo aan renten ter zake van geldleningen wordt gevormd door het bedrag waarmee de rentelasten de rentebaten overtreffen.

Bij het berekenen van de gecorrigeerde winst en het saldo aan renten kunnen resultaten en renten van buitenlandse groepsmaatschappijen niet in aanmerking worden genomen, aangezien deze niet in de Nederlandse heffingsgrondslag worden begrepen. Binnen het Nederlandse fiscale eenheidsregime kunnen de resultaten en renten van binnenlandse groepsmaatschappijen wel in aanmerking worden genomen voor de gecorrigeerde winst en het saldo aan renten. In dit hoofdstuk is het kader omtrent de totstandkoming en de reikwijdte van de earningsstrippingbepaling geschetst, zodat kan worden onderzocht hoe de earningsstrippingbepaling zich verhoudt tot de vrijheid van vestiging binnen de EU.

Hoofdstuk 3 | De vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie

3.1 Inleiding

De EU-lidstaten hebben soevereine bevoegdheden bij het vormgeven van fiscale wetgeving omtrent de directe belastingen. Ondanks deze soevereiniteit dient de wetgeving van EU-lidstaten binnen de grenzen van het EU-recht te worden vastgesteld. De EU kent daarom zowel primaire als secundaire rechtsbronnen, waar belastingplichtigen zich rechtstreeks op kunnen beroepen bij de nationale rechterlijke macht. In dit hoofdstuk worden in het kader van het primaire EU-recht het non-discriminatiebeginsel en de verkeersvrijheden uiteengezet. De jurisprudentie van het HvJ vormt een derde vorm van EU-recht.

Om uiteindelijk te toetsen of de toepassing van de earningsstrippingbepaling in combinatie met het fiscale eenheidsregime in strijd is met de EU-vestigingsvrijheid, wordt in dit hoofdstuk het door HvJ gehanteerde toetsingskader uiteengezet. Het toetsingskader bestaat uit vijf stappen die het HvJ doorloopt om te toetsen of wetgeving van de EU-lidstaten in samenspraak is met het EU-recht. Eerst wordt de toegang tot het EU-recht besproken. Daarna wordt uiteengezet wanneer sprake is van discriminatie of belemmering en wordt de objectieve vergelijkbaarheid van binnenlandse en grensoverschrijdende situaties beschreven. Als sprake is van een belemmering, kan deze worden gerechtvaardigd vanuit een dwingende reden van algemeen belang. In dit hoofdstuk worden drie rechtvaardigingsgronden uiteengezet. Ten slotte worden de effectiviteits- en proportionaliteitseis besproken. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvattende beantwoording van de tweede deelvraag over de manier waarop het HvJ nationale wetsbepalingen aan het EU-recht toetst.

3.2 EU-recht

3.2.1 Rechtsbronnen binnen de Europese Unie

De EU-lidstaten dienen het EU-recht binnen hun nationale wetgeving te waarborgen. Het EU-recht kan allereerst worden onderverdeeld in primair en secundair recht. Het primaire EU-recht is rechtstreeks van toepassing in alle EU-lidstaten en prevaleert boven nationaal recht.⁵⁰ Het secundaire EU-recht wordt gevormd door de wet- en regelgeving die door de EU volgens bevoegdheden mag worden vastgesteld.⁵¹ Deze bevoegdheden worden toegekend in het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU).⁵² Binnen de EU staat het subsidiariteitsbeginsel centraal: voor zover de EU geen bevoegdheid heeft of voor zover EU-lidstaten bij gedeelde bevoegdheid hun wetgeving beter zelf kunnen vormgeven, blijven de EU-lidstaten soeverein.

De secundaire wet- en regelgeving van de EU kan verschillende vormen aannemen.⁵³ Vooral verordeningen en richtlijnen zijn van belang voor fiscale wetgeving. Verordeningen hebben een algemene strekking en hebben rechtstreekse wetskracht binnen de EU-lidstaten. Richtlijnen leiden niet

⁵⁰ Art. 6 lid 1 VEU.

⁵¹ Art. 5 VEU.

⁵² Raad van de Europese Unie, 26 oktober 2012, C-326/01, *Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie*.

⁵³ Art. 288 VwEU.

tot volledige harmonisatie van wetgeving en zijn slechts verbindend met betrekking tot het met de richtlijn beoogde resultaat. De nationale wetgevers van de EU-lidstaten krijgen bij het implementeren van richtlijnen de bevoegdheid om in nationale fiscale wetgeving vorm en middelen te bepalen waarmee het met de richtlijn beoogde doel bereikt wordt.

De jurisprudentie van het HvJ vormt naast primair en secundair recht een belangrijke derde bron van EU-recht. Het HvJ is verantwoordelijk om desgevraagd te toetsen of de nationale wetgeving van EU-lidstaten overeenstemt met het EU-recht. Volgens het HvJ is binnen de EU sprake van een autonome rechtsorde die integraal deel uitmaakt van het rechtskader in de EU-lidstaten.⁵⁴ Fiscale wetgeving moet door de nationale rechterlijke macht derhalve conform EU-recht uitgelegd worden. De nationale rechterlijke macht stelt daarom regelmatig prejudiciële vragen aan het HvJ over de uitleg van nationale wetsbepalingen in het licht van het EU-recht.

Voordat aan het toetsingskader wordt toegekomen, dient te worden vastgesteld of de nationale bepaling uitputtend geharmoniseerd is in secundair EU-recht. In dat geval krijgen lidstaten namelijk geen mogelijkheid om afwijkende bepalingen te implementeren en wordt de nationale bepaling dus rechtstreeks getoetst aan het secundaire EU-recht. Bij een voldoende duidelijke en onvoorwaardelijke bepaling kunnen EU-onderdanen zich bij de nationale rechterlijke macht rechtstreeks beroepen op het EU-recht. Als een wettelijke bepaling niet uitputtend is geharmoniseerd, wordt deze getoetst aan het primaire EU-recht. Vanwege het gebrek aan vergaande harmonisatie kan een belastingplichtige slechts rechtstreeks beroep doen op een EU-richtlijn, als deze door de lidstaat niet tijdig of incorrect is geïmplementeerd. De ATAD1 is door de implementatiekeuzemogelijkheden niet volledig geharmoniseerd, dus de Nederlandse earningsstrippingbepaling zal aan het primaire EU-recht worden getoetst.

3.2.2 Non-discriminatiebepalingen in het primaire EU-recht

Het VwEU kent vier vrije verkeersbepalingen om de interne markt te bevorderen, namelijk het vrije verkeer van goederen, van personen, van diensten en van kapitaal en betalingen.⁵⁵ Het vrije verkeer van personen valt uiteen in het vrije verkeer van werknemers en de vrijheid van vestiging voor ondernemingen. Als een beroep kan worden gedaan op een van de verkeersvrijheden, gaat deze voor op het algemene non-discriminatiebeginsel.⁵⁶ Voor de earningsstrippingbepaling in combinatie met het fiscale eenheidsregime is vooral de vrijheid van vestiging van belang, aangezien deze verkeersvrijheid ziet op ondernemingen die in intracommunautair verband opereren.⁵⁷

⁵⁴ HvJ EU, 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, (*Van Gend en Loos*) en HvJ EU, 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, (*Costa/ENEL*).

⁵⁵ Art. 3 lid 3 VEU en art. 26 lid 2 VwEU.

⁵⁶ Het EU-recht kent ook een algemeen non-discriminatiebeginsel dat lidstaten verbiedt om de nationaliteit van belastingplichtigen als onderscheidend criterium te hanteren, zie art. 18 VwEU.

⁵⁷ Zie ook paragraaf 5.2.1 van deze scriptie, waarin wordt uitgeweid over waarom wordt getoetst aan de vrijheid van vestiging (in tegenstelling tot de vrijheid van kapitaalverkeer). In dit hoofdstuk wordt slechts het theoretisch kader omtrent de vrijheid van vestiging uiteengezet.

De vrijheid van vestiging werkt als onderdeel van het primaire EU-recht rechtstreeks door in de wetgeving van EU-lidstaten. Enerzijds dient de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst de vrijheid van vestiging te waarborgen. Anderzijds is het voor de lidstaat van oorsprong verboden om de vestiging in een andere lidstaat te beperken.⁵⁸ Belastingplichtigen kunnen zich bij de nationale rechterlijke macht rechtstreeks op deze vrijheid beroepen, ingeval een nationale wetsbepaling in strijd met de vestigingsvrijheid wordt geacht.⁵⁹

Belemmeringen van de vrijheid van vestiging op het grondgebied van een EU-lidstaat voor onderdanen van een andere lidstaat van de EU zijn verboden.⁶⁰ Vennootschappen worden hierbij gelijkgesteld aan EU-onderdanen, indien zij volgens het nationale recht van een lidstaat zijn opgericht, hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging zich binnen de EU bevindt en zij winst beogen.⁶¹ Deze vennootschappen hebben het recht om hun materiële ondernemingsactiviteiten in andere lidstaten uit te oefenen, door middel van een dochtervennootschap, filiaal of agentschap.⁶²

3.3 Toetsingskader van het Hof van Justitie EU

3.3.1 Toegang tot het VwEU

Het HvJ heeft een standaard toetsingskader ontwikkeld om te toetsen of een nationale wetsbepaling van een EU-lidstaat overeenstemt met het EU-recht.⁶³ Om een beroep op de vestigingsvrijheid te kunnen doen, moet allereerst sprake zijn van toegang tot het primaire EU-recht. De werkingsfeer van het VwEU ziet op communautair grensoverschrijdende situaties. Toegang tot het VwEU wordt bij vennootschappen aan de hand van twee elementen getoetst. Ten eerste draait het om de hoedanigheid van een in een EU-lidstaat gevestigde onderneming. Ten tweede is een intracommunautair grensoverschrijdend duurzaam economisch element vereist. Er dient derhalve sprake te zijn van grensoverschrijdende economische activiteit om een beroep te kunnen doen op de vrijheid van vestiging binnen de EU.⁶⁴

3.3.2 Discriminatie of belemmering

Om een beroep op de EU-vestigingsvrijheid te kunnen doen moet de nationale wetsbepaling discrimineren of anderszins belemmerend uitwerken. Het HvJ beoordeelt vanuit de doelstelling van de nationale wetsbepaling of sprake is van discriminatie of belemmering. Van een belemmering is sprake als de wetsbepaling niet letterlijk discrimineert, maar wanneer de feitelijke uitwerking voorsnog tot nadelige behandeling van grensoverschrijdende situaties leidt. In het geval van de vrijheid van vestiging is sprake van een belemmering, indien het minder aantrekkelijk wordt om de ondernemingsactiviteiten in een andere lidstaat uit te oefenen. Het feit dat een bepaling feitelijk slechts aangrijpt bij

⁵⁸ HvJ EU, 27 september 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456, r.o. 16 (*Daily Mail and General Trust*).

⁵⁹ HvJ EU, 28 januari 1986, C-270/83, ECLI:EU:C:1986:37, r.o. 13 (*Avoir Fiscal*).

⁶⁰ Art. 49 VwEU.

⁶¹ Art. 54 VwEU.

⁶² P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, 5 maart 2018, *European Tax Law. Volume 1 - General Topics and Direct Taxation*, Wolters Kluwer, p. 45-47.

⁶³ HvJ EU, 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411, r.o. 37 (*Gebhard*).

⁶⁴ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, 5 maart 2018, *European Tax Law. Volume 1 - General Topics and Direct Taxation*, Wolters Kluwer, p. 26-27.

grensoverschrijdende situaties leidt niet per definitie tot verkapte discriminatie.⁶⁵ De wetsbepaling moet leiden tot een systematisch nadelige behandeling van grensoverschrijdende situaties, die ontstaat vanuit het gehanteerde onderscheidende criterium.⁶⁶

De EU-verdragsvrijheden vereisen niet dat EU-lidstaten hun belastingsystemen aan elkaar aanpassen of dat verplaatsing van de vestigingsplaats fiscaal neutraal verloopt. Discriminatie of belemmering kan slechts worden veroorzaakt door een wetsbepaling van een van de twee betrokken EU-lidstaten, niet door gelijktijdige toepassing van beide belastingsystemen. Dispariteiten of parallelle toepassing van twee belastingsystemen waardoor grensoverschrijdende situaties nadelig worden behandeld, kunnen derhalve nooit strijdigheid met de vestigingsvrijheid opleveren, mits de bepalingen op zichzelf niet feitelijk discrimineren.⁶⁷

Een verschil in behandeling vormt slechts een ongeoorloofde belemmering van de vestigingsvrijheid als sprake is van objectief vergelijkbare gevallen.⁶⁸ Als geen sprake is van objectieve vergelijkbaarheid tussen de binnenlandse en grensoverschrijdende situatie, kan de wetsbepaling niet in strijd zijn met het EU-recht. Voor de beoordeling van de vergelijkbaarheid van de situaties wordt vanuit de doelstelling van de nationale wetsbepaling en vanuit het oogpunt van de belastingplichtige een tweedelige vergelijkingstoets doorlopen. De prima facie-vergelijking houdt in dat op het eerste gezicht sprake moet zijn van een verschillende behandeling van een grensoverschrijdende en een binnenlandse situatie. Met een teleologische vergelijking wordt vervolgens de interpretatie van de bepaling getoetst.⁶⁹ Indien op grond van deze tweedelige vergelijkingstoets sprake is van discriminatie of belemmering, kan het doel van de bepaling alsnog worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.

3.3.3 Rechtvaardigingsgronden

Bij de beoordeling of een nationale wetsbepaling in strijd is met de vrijheid van vestiging binnen de EU, onderzoekt het HvJ of sprake is van een dwingende reden van algemeen belang die de belemmering kan rechtvaardigen. De bescherming van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid zijn voorbeelden van wettelijk vastgelegde rechtvaardigingsgronden.⁷⁰ In fiscale zaken komen deze echter beperkt aan de orde.⁷¹ Van groter belang zijn de in HvJ-jurisprudentie geformuleerde rechtvaardigingsgronden, die zowel in samenhang als zelfstandig worden toegepast door het HvJ. Economische of budgettaire beleidsdoelen worden door het HvJ in het algemeen niet als dwingende redenen van algemeen belang geaccepteerd.⁷² In het vervolg van deze paragraaf worden drie door het

⁶⁵ HvJ EU, 5 februari 2014, C-385/12, ECLI:EU:C:2014:47, r.o. 39-41 (*Hervis Sport*).

⁶⁶ A-G Kokott, 9 november 2017, conclusie bij zaak C-233/16, ECLI:EU:C:2017:853, r.o. 35 en 38 (*ANGED*).

⁶⁷ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, 5 maart 2018, *European Tax Law. Volume 1 - General Topics and Direct Taxation*, Wolters Kluwer, p. 55.

⁶⁸ HvJ EU, 18 december 2014, C-87-13, ECLI:EU:C:2014:2459, r.o. 27 (*X*) en HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, r.o. 33 (*X BV en X NV*).

⁶⁹ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, 5 maart 2018, *European Tax Law. Volume 1 - General Topics and Direct Taxation*, Wolters Kluwer, p. 42.

⁷⁰ Art. 52 lid 1 VwEU.

⁷¹ Mr. W. Grooten, A.J. van Herwaarden LLM MSc, dr. G.F. Boulogne, mr.dr. R.P.C. Adema, mr. L.F. Kusters, mr.dr. H.M. Pit, 20 januari 2020, SDU, *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, paragraaf 3.5.

⁷² HvJ EU, 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, r.o. 44 (*Marks & Spencer II*).

HvJ geaccepteerde rechtvaardigingsgronden besproken die van belang kunnen zijn voor de toetsing van de earningsstrippingbepaling aan de vrijheid van vestiging.⁷³

Samenhang van het belastingsysteem

De territoriale samenhang van het belastingsysteem houdt in dat een belemmering van de vestigingsvrijheid wordt gerechtvaardigd, als zonder deze belemmering de samenhang van het nationale belastingsysteem wordt doorbroken.⁷⁴ Het is namelijk niet vereist dat EU-lidstaten de samenhang van hun belastingsystemen onderling regelen via belastingverdragen.⁷⁵ Voor een succesvol beroep op deze rechtvaardigingsgrond moet vanuit het doel van de wetbepaling sprake zijn van symmetrie tussen de toekenning van een fiscaal voordeel enerzijds en een compenserende belastingheffing anderzijds, in de vorm van een rechtstreeks, persoonlijk en feitelijk verband binnen dezelfde belastingsoort en ten aanzien van dezelfde belastingplichtige.⁷⁶ De samenhang van het belastingsysteem wordt door het HvJ regelmatig in samenhang met de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid toegepast, beide rechtvaardigingsgronden gaan uit van het fiscale territorialiteitsbeginsel dat hierna wordt besproken.⁷⁷

Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid

Het fiscale territorialiteitsbeginsel vereist coherentie in de afbakening van fiscale territoria van een belastingsysteem. De evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid hangt daarom sterk samen met de noodzaak om de samenhang van het belastingsysteem te waarborgen. EU-lidstaten hebben soevereine heffingsbevoegdheden met betrekking tot de directe belastingen en mogen de criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheid op soevereine wijze vaststellen.⁷⁸ Dit houdt in dat een EU-lidstaat op grond van het woon- of vestigingslandbeginsel, het bronlandbeginsel of het nationaliteitsbeginsel kan heffen over inkomsten die worden gegenereerd binnen het territorium waarover zij heffingsbevoegdheid kan uitoefenen.⁷⁹

De evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid gaat daarnaast min of meer uit van een antimisbruikgedachte.⁸⁰ Dit houdt in dat de heffingsgrondslag van EU-lidstaten moet worden beschermd

⁷³ Twee andere rechtvaardigingsgronden, namelijk de doeltreffendheid van fiscale controles en het tegengaan van dubbele verliesnemingen, zijn naar mijn mening niet rechtstreeks relevant voor de toetsing van de earningsstrippingbepaling aan de vrijheid van vestiging.

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld HvJ EU, 28 januari 1992, C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35, r.o. 28 (*Bachmann*) en HvJ EU, 28 januari 1992, C-300/90, ECLI:EU:C:1992:37, r.o. 14-16 (*Commissie v. België*).

⁷⁵ HvJ EU, 23 oktober 2008, C-157/07, ECLI:EU:C:2008:588, r.o. 49 en 50 (*Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*).

⁷⁶ HvJ EU, 18 september 2003, C-168/01, ECLI:EU:C:2003:479, r.o. 29 en 30 (*Bosal Holding*) en HvJ EU, 6 juni 2000, C-35/98, ECLI:EU:C:2000:294, r.o. 57 en 58, (*Verkooijen*).

⁷⁷ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, 5 maart 2018, *European Tax Law. Volume 1 - General Topics and Direct Taxation*, Wolters Kluwer, p. 40.

⁷⁸ HvJ EU, 6 december 2007, C-298/05, ECLI:EU:C:2007:754, r.o. 51 en 53 (*Columbus Container Services*).

⁷⁹ Mr. W. Grooten, A.J. van Herwaarden LLM MSc, dr. G.F. Boulogne, mr.dr. R.P.C. Adema, mr. L.F. Kusters, mr.dr. H.M. Pit, 20 januari 2020, SDU, *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, paragraaf 3.5.

⁸⁰ Maar A-G Wattel betoogt uitdrukkelijk dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid als rechtvaardigingsgrond niet gelijk is aan het tegengaan van belastingmisbruik, zie Conclusie A-G Wattel, 8 juni 2018, nr. 15/00194, ECLI:NL:PHR:2018:624, r.o. 1.22 (*X BV*).

tegen grondslaguitholling.⁸¹ Het uitgangspunt is dat belastingplichtigen niet onafhankelijk van de lidstaat waarin de samenhangende economische activiteit wordt uitgeoefend zouden mogen kiezen waar inkomsten belast worden. Dit uit zich bijvoorbeeld in de opvatting dat zowel ter zake van winst als van verlies uitsluitend de fiscale regels van de vestigingsstaat van de vennootschap worden toegepast.⁸² Een wetsbepaling die de vrijheid van vestiging belemmert is derhalve aanvaardbaar indien de bepaling voorkomt dat afbreuk wordt gedaan aan het recht om de belastingbevoegdheid uit te oefenen binnen het grondgebied van de desbetreffende lidstaat.⁸³

Tegengaan van belastingmisbruik

EU-lidstaten mogen wettelijke bepalingen inzetten om te voorkomen dat belastingheffing wordt ontgaan. Het is voor belastingplichtigen toegestaan om van de meest gunstige fiscale wetgeving gebruik te maken door hun ondernemingsactiviteiten zodanig te organiseren dat de omvang van de belastingplicht beperkt blijft.⁸⁴ Het tegengaan van belastingmisbruik als rechtvaardigingsgrond heeft daarom met name betrekking op rechtsmisbruik door middel van kunstmatige constructies.⁸⁵ Een belemmering kan alleen worden gerechtvaardigd als de antimisbruikbepaling specifiek dient ter bestrijding van constructies die dienen tot het verkrijgen van een wederrechtelijk belastingvoordeel.⁸⁶ Een meer algemeen antimisbruikbeginsel wordt slechts in beperkte mate toegestaan, namelijk mits per concrete situatie wordt getoetst of sprake is van misbruik.⁸⁷

Voor het bewijs van misbruik is een objectief en een subjectief element vereist.⁸⁸ Het objectieve element vereist dat de voorwaarden voor het verkrijgen van een uit EU-recht voortvloeiend voordeel formeel worden nageleefd, maar dat hiermee het doel of de strekking van de toepasselijke wetgeving wordt ondermijnd. Het subjectieve element vereist dat de bedoeling bestaat om een uit EU-recht voortvloeiend voordeel te verkrijgen door kunstmatig voorwaarden te creëren die tot recht op dat voordeel leiden. Er is sprake van kunstmatigheid als niet daadwerkelijk economische activiteiten worden uitgeoefend, maar enkel formele of kunstmatige transacties zonder economische of commerciële rechtvaardiging worden verricht.⁸⁹ Dit wordt nagegaan aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden, zoals organisatorische, economische en andere relevante kenmerken.⁹⁰

⁸¹ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, 5 maart 2018, *European Tax Law. Volume 1 - General Topics and Direct Taxation*, Wolters Kluwer, p. 358.

⁸² HvJ EU, 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, r.o. 45 en 46 (*Marks & Spencer II*).

⁸³ HvJ EU, 29 november 2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785, r.o. 43 (*National Grid Indus*).

⁸⁴ HvJ EU, 26 februari 2019, C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, r.o. 71 en 72 (*T Danmark*).

⁸⁵ L.C. Van Hulten MSc en Mr. Dr. J.J.A.M. Korving, 17 juni 2019, *Svig og misbrug: de Deense antimisbruikzaken*, WFR 2019/129.

⁸⁶ HvJ EU, 26 februari 2019, C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, r.o. 125 (*T Danmark*).

⁸⁷ HvJ EU, 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009, r.o. 61 en 62 (*Deister Holding en Juhler Holding*).

⁸⁸ HvJ EU, 26 februari 2019, C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, r.o. 124 en 139 (*T Danmark*).

⁸⁹ HvJ EU, 26 februari 2019, C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, r.o. 125 (*T Danmark*).

⁹⁰ HvJ EU, 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009, r.o. 74 (*Deister Holding en Juhler Holding*).

In het geval van een combinatie van de noodzaak tot een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en het tegengaan van belastingmisbruik moet de belastingplichtige een tegenbewijsmogelijkheid krijgen, waarmee zonder buitensporige administratieve lasten kan worden aangetoond dat commerciële doeleinden aan de handelingen ten grondslag liggen.⁹¹ Het lijkt of het tegengaan van belastingmisbruik samenhangt met het fiscale territorialiteitsbeginsel. A-G Wattel heeft echter betoogd dat deze rechtvaardigingsgronden losstaan van elkaar.⁹²

3.3.4 Effectiviteit en proportionaliteit

De effectiviteits- en proportionaliteitseis vormen het sluitstuk van het toetsingskader van het HvJ. Belemmerende of discriminerende nationale wetsbepalingen kunnen ondanks een rechtvaardigingsgrond alsnog worden gediskwalificeerd indien de bepaling disproportioneel uitwerkt. Er is sprake van disproportionaliteit als het verschil in behandeling niet evenredig is aan het doel dat wordt nagestreefd met de bepaling.⁹³ De gerechtvaardigde wetsbepaling moet op grond van de effectiviteitseis effectief blijken in het nastreven van de dwingende reden van algemeen belang. Bovendien mag de bepaling op grond van de proportionaliteitseis bij het nastreven van haar doelstelling niet verder gaan dan strikt vereist.⁹⁴ Als een even effectieve benadering mogelijk is die minder belemmerend uitwerkt, is sprake van overkill en kan de belemmering vooralsnog niet worden gerechtvaardigd.⁹⁵

3.4 Conclusie

De EU kent zowel primaire als secundaire rechtsbronnen. Ondanks de soevereine vormgeving van directe belastingen, dienen EU-lidstaten hun fiscale wetgeving binnen de grenzen van het EU-recht vast te stellen. Belastingplichtigen kunnen zich bij de nationale rechterlijke macht rechtstreeks beroepen op de vrijheid van vestiging binnen de EU. Hiervoor dient een belastingplichtige allereerst toegang te hebben tot het VwEU door middel van de uitoefening van duurzame, economische en intracommunautair grensoverschrijdende activiteiten. Vervolgens moet sprake zijn van een discriminerende of belemmerende wetsbepaling. Dit wordt beoordeeld aan de hand van een objectieve vergelijking tussen binnenlandse en grensoverschrijdende situaties, vanuit de doelstelling van de bepaling en vanuit het oogpunt van de belastingplichtige.

Als sprake is van discriminatie of belemmering, kan deze door het HvJ gerechtvaardigd worden vanuit een dwingende reden van algemeen belang. In dit hoofdstuk zijn de samenhang van het belastingsysteem, de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en het tegengaan van belastingmisbruik als relevante rechtvaardigingsgronden besproken. Een rechtvaardigingsgrond is slechts van toepassing als de wetsbepaling effectief is in het nastreven van haar doelstelling en hierbij niet verder gaat dan strikt noodzakelijk voor het bereiken daarvan. Met behulp van het toetsingskader dat in dit hoofdstuk is besproken kan uiteindelijk worden getoetst of de earningsstrippingbepaling strijd met de EU-vestigingsvrijheid oplevert.

⁹¹ HvJ EU, 31 mei 2018, C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366, r.o. 49 (*Hornbach*).

⁹² Conclusie A-G Wattel, 8 juni 2018, nr. 15/00194, ECLI:NL:PHR:2018:624, r.o. 1.22 (*X BV*).

⁹³ HvJ EU, 15 mei 1997, C-250/95, ECLI:EU:C:1997:239, r.o. 26 (*Futura*).

⁹⁴ HvJ EU, 27 november 2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659, r.o. 52 (*Papillon*).

⁹⁵ P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, 5 maart 2018, *European Tax Law. Volume 1 - General Topics and Direct Taxation*, Wolters Kluwer, p. 41.

Hoofdstuk 4 | De fiscale eenheid en de vrijheid van vestiging

4.1 Inleiding

De earningsstrippingbepaling wordt in Nederland toegepast op het niveau van de fiscale eenheid. Fiscale consolidatieregimes zijn in het verleden meermaals door het HvJ aan de EU-vestigingsvrijheid getoetst. De jurisprudentie van het HvJ die in dit hoofdstuk zal worden besproken heeft naar aanleiding van de door het HvJ geïntroduceerde per-elementbenadering geleid tot spoedreparatiemaatregelen binnen het Nederlandse fiscale eenheidsregime. De jurisprudentie en wetswijziging in dit hoofdstuk geven belangrijke aanwijzingen omtrent de samenloop van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime en de verhouding met de EU-vestigingsvrijheid. Het hoofdstuk wordt geconcludeerd met een beantwoording van de derde deelvraag, namelijk hoe het Nederlandse fiscale eenheidsregime zich verhoudt tot de EU-vestigingsvrijheid.

4.2 Grensoverschrijdende fiscale eenheid

4.2.1 HvJ X Holding

In het arrest HvJ X Holding stond de belemmering van de vestigingsvrijheid van het Nederlandse fiscale eenheidsregime centraal. De Nederlandse X Holding BV bezat het volledige belang in een naar Belgisch recht opgerichte en feitelijk in België gevestigde vennootschap. De Inspecteur wees het verzoek om voeging in een fiscale eenheid af, aangezien de Belgische vennootschap niet feitelijk in Nederland was gevestigd en daarbij niet was onderworpen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting. De HR stelde met betrekking tot de vestigingsvrijheid prejudiciële vragen aan het HvJ.

Het HvJ onderzocht de objectieve vergelijkbaarheid van een communautair grensoverschrijdende en een binnenlandse situatie aan de hand van het met het fiscale eenheidsregime nagestreefde doel.⁹⁶ Daartoe werden twee voordelen van het fiscale eenheidsregime onderkend, namelijk enerzijds de consolidatie van belastbare winsten en verliezen en anderzijds de fiscale neutralisatie van onderlinge transacties.⁹⁷ Het HvJ oordeelde dat de situaties van een in Nederland gevestigde moedervernootschap die met een ingezeten of met een niet-ingezeten dochter een fiscale eenheid wil vormen objectief vergelijkbaar zijn.

Als een moedervernootschap wordt uitgesloten van voeging in een fiscale eenheid met betrekking tot een in een andere EU-lidstaat gevestigde dochteronderneming, wordt het minder aantrekkelijk om de vrijheid van vestiging uit te oefenen en is sprake van een belemmering van de vestigingsvrijheid.⁹⁸ Deze belemmering van de vestigingsvrijheid werd echter op geschikte en proportionele wijze gerechtvaardigd door het doel dat wordt nagestreefd met de beperking tot in Nederland gevestigde ondernemingen, namelijk het waarborgen van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de EU-lidstaten.⁹⁹ Als een grensoverschrijdende fiscale eenheid zou worden toegestaan, zou een moedervernootschap immers

⁹⁶ HvJ EU, 25 februari 2010, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89, r.o. 22 (*X Holding*).

⁹⁷ HvJ EU, 25 februari 2010, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89, r.o. 18 (*X Holding*).

⁹⁸ HvJ EU, 25 februari 2010, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89, r.o. 19 (*X Holding*).

⁹⁹ HvJ EU, 25 februari 2010, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89, r.o. 33 en 52 (*X Holding*).

ieder jaar de vrijheid hebben om te kiezen in welke lidstaat zij winsten en verliezen van buitenlandse dochtervennootschappen in de heffingsgrondslag wil laten neerslaan.¹⁰⁰

4.3 Per-elementbenadering

4.3.1 HvJ Groupe Steria en HvJ Finanzamt Linz

Door de HR is de rechtsregel uit het arrest HvJ X Holding opgevat als een “alles of niets”-benadering, waardoor ieder verschil in behandeling binnen het fiscale eenheidsregime kan worden gerechtvaardigd vanuit de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.¹⁰¹ Volgens het HvJ kan echter niet worden geconcludeerd dat ieder verschil in behandeling verenigbaar is met de EU-vestigingsvrijheid.¹⁰² Dit bleek uit het arrest HvJ Groupe Steria waarin de per-elementbenadering werd geïntroduceerd vanwege een ongerechtvaardigde belemmering van de vestigingsvrijheid. Groupe Steria SCA was moedermaatschappij binnen een Franse l'intégration fiscale, waar alleen maatschappijen die belastingplichtig zijn in Frankrijk onderdeel van kunnen uitmaken. Deelnemingsdividenden van buitenlandse dochtermaatschappijen waren slechts voor 95% vrijgesteld, terwijl deze in binnenlands verband binnen de l'intégration fiscale voor 100% waren vrijgesteld.¹⁰³

Het verschil in behandeling heeft hier slechts betrekking op inkomende dividenden, waardoor de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid geen rechtvaardigingsgrond kon vormen. Immers, slechts de fiscale soevereiniteit van de lidstaat van de moedermaatschappij is hier aan de orde.¹⁰⁴ Daarnaast bestaat geen fiscaal nadeel dat rechtstreeks samenhangt met het consolidatievoordeel, dus ook de samenhang van het belastingsysteem kon geen rechtvaardigingsgrond vormen.¹⁰⁵ Als gevolg van de per-elementbenadering dient per belastingvoordeel afzonderlijk te worden beoordeeld of een EU-lidstaat dit kan voorbehouden aan vennootschappen die deel uitmaken van een consolidatieregime.¹⁰⁶

De per-elementbenadering werd door het HvJ nogmaals toegepast in het arrest HvJ Finanzamt Linz. Als gevolg van het Oostenrijkse fiscale consolidatieregime was afschrijven van goodwill op deelnemingen slechts mogelijk in binnenlandse deelnemingsituaties. De beperking van het afschrijvingsvoordeel tot ingezeten belastingplichtigen had geen betrekking op de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, aangezien met betrekking tot de goodwillafschrijving slechts de heffingsbevoegdheid over de resultaten van de binnenlandse moedermaatschappij van belang is. Het voordeel werd in binnenlandse situaties altijd toegekend, ongeacht positieve of negatieve deelnemingsresultaten.¹⁰⁷ Daarnaast bestond geen voldoende rechtstreeks verband tussen het afschrijvingsvoordeel en de toekomstige vervreemding van de deelneming.¹⁰⁸ De samenhang van het

¹⁰⁰ HvJ EU, 25 februari 2010, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89, r.o. 31 (*X Holding*), zie voor bevestiging van de Hoge Raad HR, 7 januari 2011, nr. 43484, ECLI:NL:PHR:2011:BN0900.

¹⁰¹ HR, 19 oktober 2018, nr. 15/00878, ECLI:NL:HR:2018:1969, r.o. 2.10.1

¹⁰² HvJ EU, 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:C:2015:524, r.o. 27 (*Groupe Steria*).

¹⁰³ Art. 4 lid 3 Richtlijn 2011/96/EU (*Moeder-Dochterrichtlijn*).

¹⁰⁴ HvJ EU, 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:C:2015:524, r.o. 29 (*Groupe Steria*).

¹⁰⁵ HvJ EU, 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:C:2015:524, r.o. 34 (*Groupe Steria*).

¹⁰⁶ HvJ EU, 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:C:2015:524, r.o. 28 (*Groupe Steria*).

¹⁰⁷ HvJ EU, 6 oktober 2015, C-66/14, ECLI:EU:C:2015:661, r.o. 42 (*Finanzamt Linz*).

¹⁰⁸ HvJ EU, 6 oktober 2015, C-66/14, ECLI:EU:C:2015:661, r.o. 48 (*Finanzamt Linz*).

belastingstelsel vormde daarom evenmin een rechtvaardigingsgrond. De per-elementbenadering werd hier door het HvJ bevestigd.¹⁰⁹

4.3.2 HvJ X BV

In 2016 vormden de arresten HvJ *Groupe Steria en Finanzamt Linz* voor de HR de aanleiding om prejudiciële vragen te stellen in de Nederlandse zaken X BV en X NV. De prejudiciële vragen gingen specifiek in op de toepassing van de per-elementbenadering binnen het Nederlandse fiscale eenheidsregime. In de zaak X BV ging de in Nederlandse gevestigde X BV een schuld aan bij een in Zweden gevestigde concernvennootschap vanwege een kapitaalstorting in een in Italië gevestigde dochtervennootschap. De kapitaalstorting kwalificeerde als besmette rechtshandeling, waardoor renteaftrek bij X BV werd geweigerd.¹¹⁰ Het HvJ constateerde dat het verschil in behandeling werd veroorzaakt door de samenloop van de renteaftrekbeperking met het fiscale eenheidsregime en dat met deze twee bepalingen verschillende doelen worden nagestreefd. Omdat de renteaftrekbeperking in beginsel geen onderscheid maakt tussen binnen- en buitenlandse situaties, werd de objectieve vergelijking gemaakt vanuit de doelstelling van het fiscale eenheidsregime.¹¹¹ Vanwege het door fiscale consolidatie ontbreken van een deelnemingsverhouding binnen een fiscale eenheid, werd de besmette rechtshandeling onzichtbaar.

Het verschil in behandeling werd niet gerechtvaardigd vanuit de verdeling van de heffingsbevoegdheid of de samenhang van het belastingstelsel, aangezien de renteaftrekbeperking niet samenhangt met de plaats waar de ontvanger van de rente wordt belast. Daarnaast werd het renteaftrekvoordeel niet voorbehouden aan binnenlandse fiscale eenheidssituaties.¹¹² Er bestond geen reden om automatisch aan te nemen dat binnen een fiscale eenheid geen sprake is van misbruik, dus het tegengaan van belastingmisbruik kon evenmin een rechtvaardigingsgrond vormen.¹¹³ Het HvJ oordeelde dat de combinatie van het fiscale eenheidsregime met de renteaftrekbeperking leidt tot een ongerechtvaardigde belemmering van de vestigingsvrijheid binnen de EU.

A-G Wattel had kritiek op het arrest HvJ X BV. Het HvJ ging er hier onterecht vanuit dat sprake was van een verwerving van een deelneming, waarbij winsten worden gekocht die onder de deelnemingsvrijstelling vallen en derhalve onbelast blijven, terwijl feitelijk sprake was van een kapitaalstorting waarmee rentabiliteit werd gecreëerd. Het HvJ oordeelde dat het risico op grondslaguitholling in binnenlandse en grensoverschrijdende deelnemingsverhoudingen even groot is en dat Nederland het consolidatievoordeel derhalve onterecht voorbehoudt aan de binnenlandse fiscale eenheid.

¹⁰⁹ HvJ EU, 6 oktober 2015, C-66/14, ECLI:EU:C:2015:661, r.o. 54 (*Finanzamt Linz*).

¹¹⁰ Op grond van de renteaftrekbeperking ter voorkoming van winstdrainage, zie art. 10a lid 1 onderdeel b Wet VpB 1969.

¹¹¹ Zie overigens het commentaar bij BNB 2018/92, m.nt. R.J. de Vries, punt 6, waarin wordt beargumenteerd dat art. 10a Wet VpB 1969 vanwege de tegenbewijsmogelijkheid de facto vrijwel alleen optreedt in grensoverschrijdende situaties.

¹¹² HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, r.o. 40 en 41 (*X BV en X NV*).

¹¹³ HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, r.o. 50 (*X BV en X NV*).

De besmette kapitaalstorting kan volgens A-G Wattel in grensoverschrijdend verband wel degelijk eerder tot grondslaguitholling leiden, aangezien de rentabiliteit die uit de kapitaalstorting voortkomt in het buitenland belast wordt terwijl de financieringskosten in Nederland aftrekbaar zijn.¹¹⁴ Er bestaat geen samenhang tussen de belastbare rentabiliteit en de aftrekbare rentelasten. Het risico op misbruik kan daarom groter zijn in grensoverschrijdende gevallen.¹¹⁵ Dit wordt echter niet getoetst, vanwege de keuze van het HvJ om vanuit de doelstelling van het fiscale eenheidsregime te toetsen. Als vanuit de doelstelling van de renteaftrekbeperking zou worden getoetst, zou deze een grotere kans hebben om gerechtvaardigd te worden vanuit het tegengaan van belastingmisbruik.¹¹⁶

4.3.3 HvJ X NV

In de zaak X NV werd de aftrek van negatieve valutakoersresultaten met betrekking tot een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde middellijk gehouden dochtermaatschappij geweigerd. In deze zaak werd, in tegenstelling tot in de zaak X BV, de vergelijking gemaakt tussen een situatie waarin de dochtermaatschappij in een fiscale eenheid zou zijn gevoegd, waardoor de valutakoersresultaten wel in aftrek zouden zijn toegestaan, en een situatie waarin slechts de deelnemingsvrijstelling van toepassing zou zijn. Het HvJ oordeelde dat deze situaties niet objectief vergelijkbaar zijn. Er bestaat een verschil tussen de fiscale neutraliteit van de waardeontwikkeling in deelnemingsverhoudingen en het feit dat een in een fiscale eenheid gevoegde Nederlandse vennootschap geen valutakoersverliezen op de eveneens gevoegde Nederlandse deelneming in aftrek brengen.¹¹⁷

Aangezien volgens het HvJ geen sprake is van objectief vergelijkbare gevallen, wordt niet toegekomen aan de rechtvaardigingstoets. Hiermee is het arrest HvJ X NV niet van directe invloed op de hierna besproken spoedreparatiemaatregelen, maar het arrest leidt wel tot vragen omtrent het toetsingskader van het HvJ. Het HvJ ging er volgens A-G Wattel in de zaak X NV onterecht vanuit dat binnen de fiscale eenheid een deelnemingsrelatie blijft bestaan en toetste daarom vanuit de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling. Dit is een andere toets dan in de zaak X BV, waar de vergelijking vanuit de doelstelling vanuit het fiscale eenheidsregime werd gemaakt.¹¹⁸

A-G Wattel bekritiseerde de werkwijzen in het arrest HvJ X BV en X NV dus om verschillende redenen. Het HvJ toetst in de zaak X NV vanuit de deelnemingsvrijstelling en niet vanuit het fiscale eenheidsregime. Bij een voordeel dat voortkomt uit de samenloop met het fiscale eenheidsregime wordt volgens de zaak X BV vanuit de doelstelling van het fiscale eenheidsregime getoetst of sprake is van objectief vergelijkbare gevallen.¹¹⁹ In de zaak X BV komt de kritiek voort uit het feit dat het HvJ ervan uitgaat dat het risico op misbruik in binnenlandse situaties even groot is. In de zaak X NV komt de kritiek

¹¹⁴ A-G Wattel, 8 juni 2018, nr. 15/00194, ECLI:NL:PHR:2018:624, r.o. 1.9 (*X BV*).

¹¹⁵ HvJ EU, 31 mei 2018, C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366, r.o. 58 (*Hornbach*).

¹¹⁶ A-G Wattel, 8 juni 2018, nr. 15/00194, ECLI:NL:PHR:2018:624, r.o. 1.13 (*X BV*).

¹¹⁷ HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, r.o. 57-59 (*X BV en X NV*).

¹¹⁸ Zie de commentaren van de Redactie, de Vries bij HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, (*X BV en X NV*), V-N 2018/11.14, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws en BNB 2018/92, m.nt. R.J. de Vries, punt 15 en de conclusie van A-G Wattel, 12 juni 2018, nr. 15/00878, ECLI:NL:PHR:2018:687 r.o. 1.6 en 1.7 (*X NV*).

¹¹⁹ HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, r.o. 34 en 35 (*X BV en X NV*).

voort uit het feit dat het HvJ er onterecht van uitgaat dat binnen een fiscale eenheid een deelnemingsverhouding blijft bestaan.

4.3.4 Wet spoedreparatie fiscale eenheid

Ondanks kritiek op de benaderingen van het HvJ in de arresten HvJ X NV en X BV, werd duidelijk dat de per-elementbenadering ook van toepassing is op het Nederlandse fiscale eenheidsregime. Als gevolg dienen specifieke voordelen die voorkomen bij samenloop met het Nederlandse fiscale eenheidsregime in grensoverschrijdende situaties te worden toegekend, als dat in binnenlands verband eveneens mogelijk zou zijn. Hiervoor hoeft niet daadwerkelijk in een fiscale eenheid te worden gevoegd, het gaat slechts om toekenning van de additionele voordelen die voortkomen uit samenloop met het fiscale eenheidsregime.

Naar aanleiding van de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona kondigde de staatssecretaris van Financiën nog dezelfde dag spoedreparatiemaatregelen aan.¹²⁰ In de Wet spoedreparatie fiscale eenheid zijn niet alleen de rechtstreekse gevolgen van het arrest HvJ X BV, maar ook de “in ieder geval waarschijnlijk meest kwetsbare” elementen in de vennootschapsbelasting aangepakt.¹²¹ Als gevolg van de spoedreparatie wordt een aantal wetsbepalingen op standalone-basis toegepast, alsof de fiscale eenheid niet bestaat.¹²² De earningsstrippingbepaling is echter niet opgenomen in de spoedreparatie en wordt nog steeds op het niveau van de fiscale eenheid toegepast.

4.4 Conclusie

Het beperken van fiscale consolidatieregimes tot binnenlandse situaties kan als gevolg van het arrest HvJ X Holding worden gerechtvaardigd vanuit de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen EU-lidstaten. Uit het arrest X Holding volgt echter geen “alles of niets”-benadering, zoals bleek toen het HvJ de per-elementbenadering introduceerde in het arrest HvJ Groupe Steria en later bevestigde in het arrest HvJ Finanzamt Linz. Vanwege de ongerechtvaardigde belemmering in de arresten HvJ X BV en X NV werd de Wet spoedreparatie fiscale eenheid ingevoerd, waardoor de per-elementbenadering onderdeel werd van het Nederlandse fiscale eenheidsregime. Een aantal wetsbepalingen wordt als gevolg op standalone-basis toegepast.

De earningsstrippingbepaling is niet opgenomen in de spoedreparatiemaatregelen. Hiermee ontstaat het risico op een ongerechtvaardigde belemmering van de vestigingsvrijheid. De in dit hoofdstuk besproken jurisprudentie en wetswijzigingen geven aanwijzingen voor de toetsing van de samenloop van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime aan de EU-vestigingsvrijheid. Met deze aanwijzingen kan de belemmering worden geschetst en kan worden onderzocht hoe de earningsstrippingbepaling in combinatie met het fiscale eenheidsregime zich tot de vestigingsvrijheid verhoudt.

¹²⁰ MvT Kamerstukken II, 25 oktober 2017, 2017/2018, 34323, nr. 20 (Brief van de staatssecretaris van Financiën).

¹²¹ MvT Kamerstukken II, 6 juni 2018, 2017/2018, 34959, nr. 3, p. 3.

¹²² Eerste Kamer, 16 mei 2019, Wet van 24 april 2019 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met enkele spoedreparaties inzake de fiscale eenheid (*Wet spoedreparatie fiscale eenheid*), stb-2019-175.

Hoofdstuk 5 | De earningsstrippingbepaling en de vrijheid van vestiging

5.1 Inleiding

Het Nederlandse fiscale eenheidsregime is beperkt tot in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen die belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting.¹²³ In het buitenland gevestigde dochtermaatschappijen kunnen derhalve in beginsel niet in een fiscale eenheid worden gevoegd.¹²⁴ In het vorige hoofdstuk is HvJ-jurisprudentie besproken waarin fiscale consolidatieregimes aan de EU-vestigingsvrijheid werden getoetst. Als antwoord hierop is de per-elementbenadering gecodificeerd in de Wet spoedreparatie fiscale eenheid. De earningsstrippingbepaling is hierbij buiten beschouwing gelaten.

Vanwege het gebrek aan uitputtende harmonisatie in ATAD1, wordt de earningsstrippingbepaling aan het primaire EU-recht getoetst. Bij implementatie van de earningsstrippingbepaling bestaan namelijk verschillende keuzemogelijkheden en de toepassing per belastingplichtige is afhankelijk van de nationale invulling van fiscale consolidatieregimes. Er wordt in ATAD1 geen expliciete aandacht besteed aan de beperking van deze groepsbenadering tot binnenlandse situaties.¹²⁵ In Nederland wordt de earningsstrippingbepaling nog steeds toegepast op het niveau van de fiscale eenheid als geheel, waarbij de moedermaatschappij als belastingplichtige wordt aangemerkt.

In dit hoofdstuk wordt de samenloop van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime getoetst aan de vrijheid van vestiging. Eerst wordt de objectieve vergelijkbaarheid van binnenlandse en grensoverschrijdende situaties besproken en wordt onderzocht of sprake is van een belemmering van de vestigingsvrijheid. Vervolgens worden drie rechtvaardigingsgronden geanalyseerd. Als laatste wordt de earningsstrippingbepaling getoetst aan de effectiviteits- en proportionaliteitseis. Hiermee wordt de laatste deelvraag beantwoord, namelijk hoe de toepassing van de earningsstrippingbepaling in combinatie met het fiscale eenheidsregime zich verhoudt tot de vrijheid van vestiging.

5.2 De earningsstrippingbepaling in combinatie met het fiscale eenheidsregime

5.2.1 Voordelen van toepassing op het niveau van de fiscale eenheid

In Nederland wordt de earningsstrippingbepaling op het niveau van de fiscale eenheid als geheel toegepast. Er zijn drie situaties denkbaar waarin voeging in een fiscale eenheid tot een voordeel kan leiden bij toepassing van de earningsstrippingbepaling. Een voordelige uitwerking van de earningsstrippingbepaling kan voortkomen uit de fiscale consolidatie van resultaten, van rentebaten en rentelasten en van onderlinge financieringstransacties.

Doordat niet-ingezeten entiteiten niet kunnen worden gevoegd en daardoor geen toegang hebben tot fiscale consolidatie, worden de resultaten van niet-ingezeten entiteiten niet in de gecorrigeerde winst

¹²³ Art. 15 lid 4 onderdeel c Wet VpB 1969.

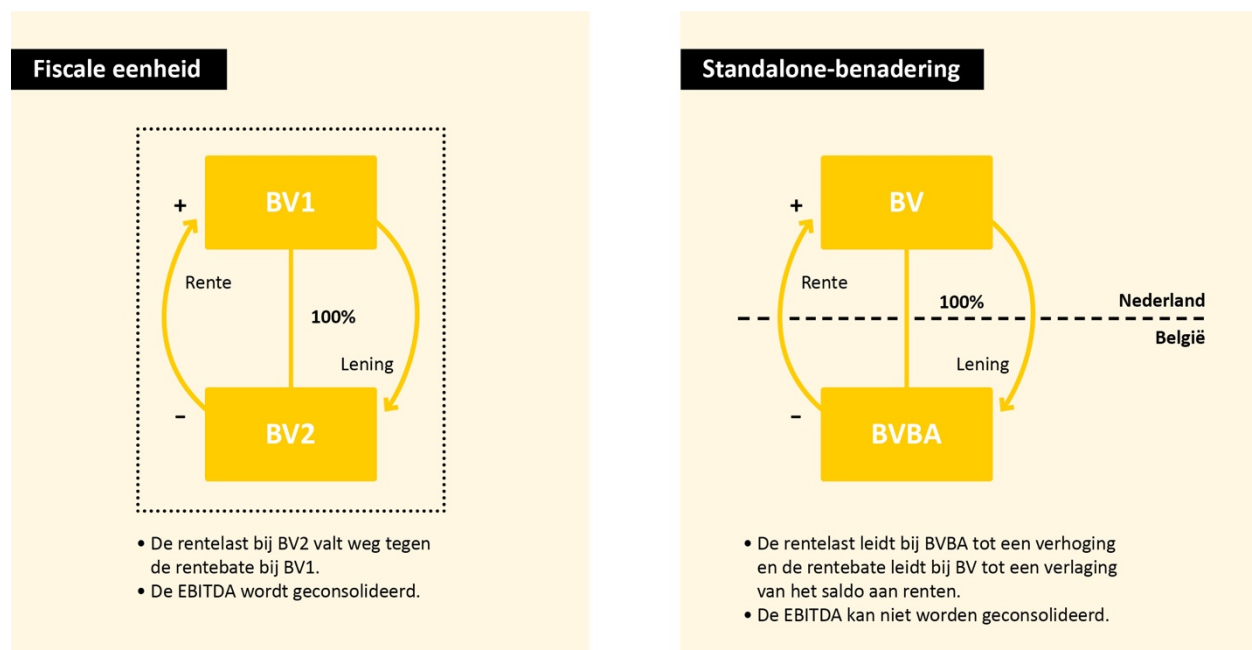
¹²⁴ Tenzij sprake is van een vaste inrichting als in art. 15 lid 8 Wet VpB 1969.

¹²⁵ Art. 4 lid 1 onderdeel a ATAD1.

begrepen. Dit betekent dat positieve resultaten van buitenlandse dochtermaatschappijen niet via de gecorrigeerde winst kunnen leiden tot verhoging van de renteaftrekruimte. Daarnaast kunnen buitenlandse rentebaten niet worden meegenomen in de bepaling van het saldo aan renten. Voeging in een fiscale eenheid zou in dat geval voordelig uitwerken, aangezien fiscale consolidatie zou leiden tot een verlaging van het saldo aan renten.

De earningsstrippingbepaling kan leiden tot economisch dubbele belastingheffing, namelijk indien rente niet aftrekbaar is bij de betaler maar wel wordt belast bij de ontvanger. In binnenlands verband kan dubbele belastingheffing worden voorkomen door voeging in een fiscale eenheid, vanwege consolidatie van onderlinge financieringstransacties. Dit leidt tot neutralisatie van rentebaten en -lasten. Onderstaande figuur illustreert de effecten van fiscale consolidatie voor toepassing van de earningsstrippingbepaling. Bij de huidige toepassing van de earningsstrippingbepaling zijn deze fiscale consolidatievoordelen alleen toegankelijk voor in Nederland gevestigde vennootschappen. Een buitenlandse dochtermaatschappij zou wel gevoegd kunnen worden in een fiscale eenheid indien zij onder overigens gelijke omstandigheden in Nederland zou zijn gevestigd, namelijk als aan de voegingsvereisten wordt voldaan. De gecombineerde werking van het fiscale eenheidsregime met de earningsstrippingbepaling kan dus leiden tot een hogere belastingdruk voor moedermaatschappijen met niet-ingezeten dochtermaatschappijen ten opzichte van ingezeten dochtermaatschappijen.

Figuur 2: Verschil in behandeling bij toepassing van de earningsstrippingbepaling.



5.2.2 Nadelen van toepassing op het niveau van de fiscale eenheid

Consolidatie van belastbare resultaten kan ook nadelig uitwerken, namelijk als een groepsmaatschappij fiscale verliezen genereert waarmee de aftrekrimte van de fiscale eenheid beperkt wordt.¹²⁶ Daarnaast ontstaat een nadeel indien rentebaten door consolidatie van onderlinge financieringstransactie niet kunnen leiden tot een lager saldo aan renten, terwijl dit op standalone-basis wel had geleid tot in aanmerking te nemen rentebaten. Daarnaast ontstaat een nadeel wanneer rentelasten worden geconsolideerd waardoor het saldo aan renten hoger uitvalt ten opzichte van een standalone-benadering. Ook de drempel van €1 miljoen kan leiden tot een nadeel, aangezien deze eenmaal per belastingplichtige wordt toegepast.

Door ontvoeging uit een fiscale eenheid en het eventueel verder opsplitsen van vennootschappen kunnen bovenstaande nadelen worden voorkomen en kan de drempel meerdere malen worden toegepast. In de parlementaire wetsgeschiedenis wordt hierover opgemerkt dat wanneer hier in de praktijk op zal worden ingespeeld, wettelijke maatregelen zullen worden overwogen.¹²⁷ Deze reactie van belastingplichtigen ligt echter niet automatisch voor de hand, aangezien ontvoeging verdergaande fiscale gevolgen heeft dan alleen voor toepassing van de earningsstrippingbepaling.¹²⁸

5.3 Toegang tot het VwEU en belemmering van de vrijheid van vestiging

5.3.1 Objectieve vergelijkbaarheid

De objectieve vergelijkbaarheid van binnenlandse en grensoverschrijdende situaties wordt getoetst vanuit de doelstelling van de wetbepaling en vanuit het oogpunt van de belastingplichtige. In dit hoofdstuk wordt uitgegaan van een situatie tussen een in Nederland gevestigde moedervenootschap die een duurzame onderneming drijft en het volledige juridische en economische belang in een in de EU gevestigde dochtervenootschap bezit, zodat sprake is van toegang tot het VwEU. Grensoverschrijdende situaties kunnen slechts objectief vergelijkbaar zijn als overigens sprake is van gelijke omstandigheden. Er moet dus in de grensoverschrijdende situatie worden voldaan aan de vereisten waarbij in binnenlands verband voeging in een fiscale eenheid mogelijk zou zijn.¹²⁹

De doelstelling van het fiscale eenheidsregime is om een concernstructuur door middel van separate entiteiten gelijk te stellen aan een onderneming met verschillende vertakkingen. Toepassing van de earningsstrippingbepaling op het niveau van een fiscale eenheid doet daarom recht aan de economische realiteit. Hiermee ontstaat echter ook het gevaar voor een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling van binnenlandse en grensoverschrijdende situaties.¹³⁰ De EBITDA van buitenlandse

¹²⁶ F.M. van der Zeijden en S.P. van Mierlo, *Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel*, MBB 2019/2-8.

¹²⁷ MvT Kamerstukken II, 19 september 2018, 2018/2019, 35030, nr. 3, p. 12.

¹²⁸ Ontvoeging heeft als belangrijkste gevolg dat de belastbare resultaten en vermogens niet langer geconsolideerd worden. Daarnaast bestaan specifieke bepalingen voor het bij voeging meegeven van rente en verliezen, zoals in art. 15af, 15ag en 15ah Wet VpB 1969. Bij ontvoeging kunnen antimisbruikbepalingen in werking treden, zoals in art. 15ai en 15ahb Wet VpB 1969.

¹²⁹ Denk hierbij aan het 95%-vereiste, de rechtsvormvereisten en overige vereisten, zie art. 15 Wet VpB 1969.

¹³⁰ F.M. van der Zeijden en S.P. van Mierlo, *Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel*, MBB 2019/2-8.

dochtermaatschappijen kan immers niet worden meegenomen bij het berekenen van de gecorrigeerde winst, terwijl dit als gevolg van voeging in een fiscale eenheid wel mogelijk is bij binnenlandse dochtermaatschappijen.

Volgens de per-elementbenadering moet bij een voordeel dat voortkomt uit de samenloop van een wetsbepaling met het fiscale eenheidsregime vanuit de doelstelling van deze wetsbepaling worden getoetst of sprake is van objectief vergelijkbare gevallen.¹³¹ De letterlijke wettekst van de Nederlandse earningsstrippingbepaling leidt niet tot discriminatie, er wordt immers geen onderscheid gemaakt tussen binnenlandse en grensoverschrijdende leningen of tussen intragroepsleningen en derdenleningen. Het feit dat de earningsstrippingbepaling zelf geen onderscheid maakt tussen binnenlandse en grensoverschrijdende financieringstransacties geeft aanleiding voor de beoordeling van de objectieve vergelijkbaarheid vanuit de doelstelling van het fiscale eenheidsregime.¹³²

Het HvJ heeft geoordeeld dat de situatie van een ingezeten moedermaatschappij die met een ingezeten of een niet-ingezeten dochtermaatschappij een fiscale eenheid wil vormen, objectief vergelijkbaar is vanuit de doelstelling van het fiscale eenheidsregime.¹³³ Als de kritiek van A-G Wattel op het arrest HvJ X BV wordt gevolgd, moet de objectieve vergelijkbaarheid echter worden getoetst vanuit de doelstelling van de earningsstrippingbepaling.¹³⁴ Beide benaderingen leiden tot de conclusie dat sprake is van objectief vergelijkbare gevallen, aangezien door het HvJ werd geoordeeld dat de vrijheid van vestiging ook kan worden belemmerd als een grensoverschrijdende groep niet vergelijkbaar is met een binnenlandse groep.¹³⁵

5.3.2 Belemmering

Het onderscheid tussen binnenlandse en grensoverschrijdende activiteiten komt voort uit de combinatie van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime, aangezien in grensoverschrijdend verband geen fiscale eenheid kan worden aangegaan. Dit verschil in behandeling zou kunnen leiden tot strijd met het EU-recht, met name de vrijheid van kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging.¹³⁶ In beginsel wordt aan de hand van het doel van de wetsbepaling beoordeeld of deze ziet op de vrijheid van kapitaalverkeer of vestiging.¹³⁷ Als de nadelige behandeling alleen optreedt bij meerderheidsbelangen, zoals binnen het fiscale eenheidsregime, toetst het HvJ aan de vrijheid van vestiging, aangezien het

¹³¹ Net als in HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, r.o. 34, 35 en 56 (*X BV en X NV*). Zoals beschreven in paragraaf 4.3.3 van deze scriptie bekritiseert A-G Wattel deze benadering in het arrest HvJ X BV, aangezien vanuit de renteaftrekbeperking een grotere kans van slagen van de rechtvaardigingsgrond zou bestaan. Het HvJ toetst in het arrest HvJ X NV wel vanuit de deelnemingsvrijstelling, maar ook dit wordt door A-G Wattel bekritiseerd vanwege een juiste veronderstelling van het HvJ.

¹³² Net als in HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, r.o. 34 en 35 (*X BV en X NV*).

¹³³ HvJ EU, 25 februari 2010, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89, r.o. 24 (*X Holding*).

¹³⁴ F.M. van der Zeijden en S.P. van Mierlo, *Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel*, MBB 2019/2-8, de kritiek werd uiteengezet in paragraaf 4.3.2 van deze scriptie.

¹³⁵ HvJ EU, 13 maart 2007, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161, r.o. 59 en 60 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*).

¹³⁶ Net als in HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110 (*X BV en X NV*).

¹³⁷ In hoofdstuk 3 van deze scriptie is slechts de vrijheid van vestiging uiteengezet. In onderhavige paragraaf beargumenteer ik waarom slechts de vrijheid van vestiging van toepassing is bij toetsing aan het EU-recht.

fiscale eenheidsregime voor voeging aangrijpt bij de vestigingsplaats van vennootschappen.¹³⁸ Het fiscale territorialiteitsbeginsel vormde destijds een rechtvaardigingsgrond voor de beperking van het fiscale eenheidsregime tot ingezeten vennootschapsbelastingplichtigen.¹³⁹ Bij een generieke renteaftrekbeperking wordt door het HvJ daarentegen aan de vrijheid van kapitaalverkeer getoetst.¹⁴⁰

Geen van beide benaderingen is hier rechtstreeks toepasbaar, aangezien bij de samenloop vanuit twee wetbepalingen kan worden getoetst of sprake is van een belemmering, namelijk vanuit het fiscale eenheidsregime of vanuit de earningsstrippingbepaling.¹⁴¹ De samenloop van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime vormt een belemmering om in groepsentiteiten in een andere EU-lidstaat te investeren. Deze belemmering ziet naar mijn mening niet direct op de vrijheid van kapitaalverkeer, maar op de vrijheid van vestiging, aangezien het bij de earningsstrippingbepaling gaat om waar de belastbare ondernemingsresultaten worden gegeneerd.

De EU moet bij het vaststellen van richtlijnen politieke, economische en sociale keuzes maken, waarbij verschillende belangen worden beoordeeld.¹⁴² Hierom krijgt de EU-wetgever een ruime beoordelingsbevoegdheid en zal het HvJ bij toetsing van de earningsstrippingbepaling in ATAD1 hooguit nagaan of de bepaling kennelijk ongeschikt is voor het bereiken van het door de EU-wetgever nagestreefde doel. Op basis hiervan zou kunnen worden verwacht dat het HvJ niet zal oordelen dat de toepassing van de earningsstrippingbepaling leidt tot een belemmering van de vestigingsvrijheid.¹⁴³ Een maatregel kan op EU-niveau vanwege deze marginale toetsing eerder worden toegestaan dan op unilateraal niveau.¹⁴⁴

Hoewel de earningsstrippingbepaling niet uitputtend is geharmoniseerd, dient deze vooralsnog in lijn met het EU-recht te worden geïmplementeerd.¹⁴⁵ Bij toepassing in de huidige vorm is sprake van een belemmering van de vestigingsvrijheid. In de volgende paragraaf worden drie rechtvaardigingsgronden onderzocht waarmee de belemmerende werking van de earningsstrippingbepaling in combinatie met het fiscale eenheidsregime al dan niet gerechtvaardigd kan worden. Bij rechtvaardiging is ondanks de belemmering vooralsnog geen sprake van strijdigheid met de vrijheid van vestiging.

¹³⁸ HvJ EU, 10 februari 2011, C-436/08 en C-437/08, ECLI:EU:C:2011:61 (*Haribo en Salinen*), zie ook F.M. van der Zeijden en S.P. van Mierlo, *Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel*, MBB 2019/2-8.

¹³⁹ HvJ EU, 25 februari 2010, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89, r.o. 33 en 52 (*X Holding*).

¹⁴⁰ HvJ EU, 3 oktober 2013, C-282/12, ECLI:EU:C:2013:629, r.o. 23 (*Itelcar*).

¹⁴¹ F.M. van der Zeijden en S.P. van Mierlo, *Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel*, MBB 2019/2-8.

¹⁴² HvJ EU, 7 maart 2017, C-390/15, ECLI:EU:C:2017:174, r.o. 54 (*RPO*).

¹⁴³ Prof. dr. O.C.R. Marres, 12 december 2019, *Waarom de earningsstrippingmaatregel niet in strijd met het primaire Unierecht is*, NTFR 2019/3022.

¹⁴⁴ D.S. Smit, 20 november 2018, *De Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling uit ATAD 1*, MBB 2018/11-11-25.

¹⁴⁵ R. Bagci, P. Ruige en H. Vermeulen, 28 augustus 2018, *De earnings-strippingbepaling en de per-elementbenadering. Een Europeesrechtelijke analyse; noodzaak of anathema voor de interne markt?*, WFR 2018/153.

5.4 Rechtvaardigingsgronden

5.4.1 Samenhang van het belastingstelsel

Het voordeel van toepassing van de earningsstrippingbepaling op het niveau van de fiscale eenheid verschilt van de door de per-elementbenadering niet-toegestane voordelen. In de per-elementbenadering gaat het om een additioneel voordeel, bovenop het consolidatievoordeel dat rechtstreeks voortkomt uit het fiscale eenheidsregime. In het arrest HvJ Groupe Steria ging het namelijk om de ruimere deelnemingsvrijstelling en in het arrest HvJ Finanzamt Linz ging het om additionele goodwillafschrijving.¹⁴⁶ In verband met die additionele voordelen bestond geen samenhangend nadeel. Bij de earningsstrippingbepaling komt het voordeel vanwege de aansluiting bij de EBITDA daarentegen rechtstreeks voort uit consolidatie binnen het fiscale eenheidsregime en wordt dit voordeel in binnenlands verband voorbehouden aan de fiscale eenheid. Aangezien het voordeel bij de samenloop van de earningsstrippingbepaling geen additioneel voordeel is bovenop consolidatie binnen het fiscale eenheidsregime, zou de earningsstrippingbepaling niet automatisch onder de per-elementbenadering moeten vallen.¹⁴⁷

Volgens het HvJ kan een rechtstreeks verband bestaan tussen voordelen en nadelen die voortkomen uit fiscale consolidatie. Hierdoor is binnen het fiscale eenheidsregime sprake van een coherent systeem.¹⁴⁸ In grensoverschrijdend verband kan de beperking van het fiscale eenheidsregime tot binnenlandse situaties ook positief uitwerken. Fiscale consolidatie kan immers ook leiden tot nadelige uitwerking van de earningsstrippingbepaling, namelijk bij verliezen en met betrekking tot de drempel van €1 miljoen.¹⁴⁹ Het feit dat in beginsel ook sprake kan zijn van een voordelige uitwerking voor niet-ingezetenen vormt echter geen rechtvaardiging voor een nadelige uitwerking in andere gevallen.¹⁵⁰ De belemmering kan dus niet worden gerechtvaardigd vanuit het feit dat consolidatie met betrekking tot de earningsstrippingbepaling ook negatief kan uitwerken.

Binnen een fiscale eenheid worden zowel financieringen als resultaten geconsolideerd die anderszins ook in Nederland belastbaar zouden zijn. Dit geldt niet met betrekking tot grensoverschrijdende dochtermaatschappijen, aangezien de buitenlandse EBITDA niet in Nederland belast kan worden. Het zou onlogisch zijn als Nederland de EBITDA wel in aanmerking zou nemen, maar hier niet over kan heffen vanwege het ontbreken van buitenlandse belastingplicht voor de vennootschapsbelasting.¹⁵¹ In

¹⁴⁶ R. Bagci, P. Ruige en H. Vermeulen, 28 augustus 2018, *De earnings-strippingbepaling en de per-elementbenadering. Een Europeesrechtelijke analyse; noodzaak of anathema voor de interne markt?*, WFR 2018/153.

¹⁴⁷ Prof. dr. O.C.R. Marres, 12 december 2019, *Waarom de earningsstrippingmaatregel niet in strijd met het primaire Unierecht is*, NTFR 2019/3022.

¹⁴⁸ R. Bagci, P. Ruige en H. Vermeulen, 28 augustus 2018, *De earnings-strippingbepaling en de per-elementbenadering. Een Europeesrechtelijke analyse; noodzaak of anathema voor de interne markt?*, WFR 2018/153, zie ook A-G Kokott, 11 juni 2015, conclusie bij zaak C-386/14, ECLI:EU:C:2015:392, r.o. 42 (*Groupe Steria*), waarin wordt bevestigd dat consolidatie binnen een fiscale eenheid in rechtstreeks verband zowel voordelig als nadelig kan uitwerken.

¹⁴⁹ Zie paragraaf 5.2.2 van deze scriptie voor een toelichting.

¹⁵⁰ HvJ EU, 18 juli 2007, C-182/06, ECLI:EU:C:2007:452, r.o. 23 (*Lakebrink*).

¹⁵¹ Mr. Dr. J.J. van den Broek, 15 augustus 2019, *De earningsstrippingregeling in strijd met de vrijheid van vestiging*, NTFR 2019/1991.

dat geval zou een te grote aftrekrimte gecreëerd worden en zou het rechtstreekse verband tussen de belastbare resultaten en de renteaftrekrimte verbreken.¹⁵² Ik ben van mening dat de samenhang van het belastingsysteem ondanks de tegenargumenten door dit laatste argument overtuigend is als rechtvaardigingsgrond. Het voordeel dat buitenlandse EBITDA niet in Nederland belast wordt hangt rechtstreeks samen met het nadeel dat deze ook niet mag worden meegenomen voor de bepaling van de renteaftrekrimte.

5.4.2 Evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid

In de jurisprudentie rondom de per-elementbenadering vormde de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid geen rechtvaardigingsgrond, aangezien het voordeel niet inherent was aan het voordeel dat uit het fiscale eenheidsregime voortkomt.¹⁵³ In het geval van de earningsstrippingbepaling komt het renteaftrekvoordeel wel rechtstreeks voort uit consolidatie binnen het fiscale eenheidsregime, aangezien het voordeel hier ziet op de consolidatie van resultaten voor de bepaling van de gecorrigeerde winst en het saldo aan renten. Bij samenloop van de earningsstrippingbepaling wordt dus vanuit de doelstelling van het fiscale eenheidsregime beoordeeld of de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid een rechtvaardigingsgrond vormt. Met een verwijzing naar het arrest HvJ X Holding kan worden beargumenteerd dat het niet in aanmerking nemen van buitenlandse EBITDA en renten kan worden gerechtvaardigd vanuit de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.¹⁵⁴

De earningsstrippingbepaling zelf sluit expliciet aan bij de economische realiteit. Dit doel wordt consistent nagestreefd, aangezien de winsten en renten van buitenlandse dochtermaatschappijen buiten aanmerking blijven bij het bepalen van de gecorrigeerde winst, aangezien deze winsten niet in de Nederlandse heffingsgrondslag worden begrepen.¹⁵⁵ Door de renteaftrek te koppelen aan de belastbare winst is sprake van een territoriaal systeem.¹⁵⁶ Als de EBITDA van niet-ingezeten groepsmaatschappijen ook in Nederland in de gecorrigeerde winst zou worden begrepen, zou deze meerdere malen in aanmerking worden genomen, aangezien ook het vestigingsland van de niet-ingezeten dochtermaatschappij de EBITDA in aanmerking neemt bij het berekenen van de gecorrigeerde winst.¹⁵⁷ De earningsstrippingbepaling bewerkstelligt dus vanuit het territorialiteitsbeginsel een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen EU-lidstaten.¹⁵⁸ Mijns inziens is deze rechtvaardigingsgrond overtuigend, aangezien grensoverschrijdende consolidatie indruist tegen de doelstelling van de earningsstrippingbepaling, die juist wil aansluiten bij de economische realiteit en de rentelasten wil koppelen aan de reële ondernemingsactiviteiten.

¹⁵² Prof. dr. O.C.R. Marres, 12 december 2019, *Waarom de earningsstrippingmaatregel niet in strijd met het primaire Unierecht is*, NTFR 2019/3022.

¹⁵³ HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, r.o. 40-42 (*X BV en X NV*).

¹⁵⁴ HvJ EU, 25 februari 2010, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89, r.o. 24 (*X Holding*).

¹⁵⁵ Door de werking van de deelnemingsvrijstelling in art. 13 Wet VpB 1969.

¹⁵⁶ D.S. Smit, 20 november 2018, *De Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling uit ATAD 1*, MBB 2018/11-11-25.

¹⁵⁷ Mr. Dr. J.J. van den Broek, 15 augustus 2019, *De earningsstrippingregeling in strijd met de vrijheid van vestiging*, NTFR 2019/1991.

¹⁵⁸ R. Bagci, P. Ruige en H. Vermeulen, 28 augustus 2018, *De earnings-strippingbepaling en de per-elementbenadering. Een Europeesrechtelijke analyse; noodzaak of anathema voor de interne markt?*, WFR 2018/153.

Bij de earningsstrippingbepaling gaat het echter niet om de overdracht van heffingsbestanddelen in de vorm van resultaten van de buitenlandse dochtermaatschappij, maar om in hoeverre Nederlandse rentelasten aftrekbaar zijn van de Nederlandse belastbare resultaten. Hierbij wordt een op de belastbare resultaten gebaseerde EBITDA-formule gehanteerd om de renteaftreukruimte te bepalen. Deze EBITDA-formule heeft een ander doel dan de feitelijke heffing over deze EBITDA.¹⁵⁹ De verlaging van de heffingsgrondslag vormde volgens het HvJ geen reden om de belemmering te rechtvaardigen vanuit de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, waardoor de earningsstrippingbepaling vanuit dit standpunt ook niet gerechtvaardigd zou kunnen worden.¹⁶⁰

Echter, A-G Wattel bekritiseerde dit argument, aangezien dit leidt tot ongerechtvaardigde grondslagerosie.¹⁶¹ Doordat het HvJ de rechtvaardiging vanuit de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid beperkte tot gevallen van winstverplaatsing, kan volgens de A-G betwijfeld worden of deze rechtvaardigingsgrond niet meer is gaan lijken op het tegengaan van belastingmisbruik. Deze twijfel is relevant, aangezien het in aanmerking nemen van buitenlandse EBITDA via een hogere gecorrigeerde winst door een vergroting van de renteaftreukruimte zou leiden tot uitholling van de Nederlandse grondslag. A-G Wattel merkt mijns inziens terecht op dat geen betekenis meer zou toekomen aan de rechtvaardiging vanuit de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, indien deze niet wordt ingezet om ongerechtvaardigde grondslagerosie tegen te gaan.

Ten slotte wordt grensoverschrijdende saldering al uitgesloten door ATAD1, waardoor de Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling op dit gebied vanwege het ontbreken van implementatievrijheid niet nadeliger uitwerkt.¹⁶² ATAD1 werpt zelf een belemmering van de vestigingsvrijheid op, aangezien bij het bepalen van het saldo aan renten alleen aftrekbare en belaste renten worden gesaldeerd.¹⁶³ Grensoverschrijdende consolidatie zou betekenen dat de doelstelling omtrent het tegengaan van grondslaguitholling en winstverschuiving niet effectief kan worden nagestreefd.¹⁶⁴ De rechtvaardiging vanuit de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid staat echter los van de vraag of sprake is van misbruik.¹⁶⁵ Hierom zou naar mijn mening beargumenteerd kunnen worden dat ondanks ATAD1 hiertoe zelf geen mogelijkheid biedt, een tegenbewijsregeling moet worden opgenomen waarmee wordt aangetoond dat zakelijke overwegingen aan een financiering ten grondslag liggen.¹⁶⁶ Dit zou echter leiden tot administratieve lasten en de complexiteit van de earningsstrippingbepaling vergroten.

¹⁵⁹ F.M. van der Zeijden en S.P. van Mierlo, *Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel*, MBB 2019/2-8.

¹⁶⁰ HvJ EU, 4 juli 2013, C-350/11, ECLI:EU:C:2013:447, r.o. 55 en 56 (*Argenta Spaarbank I*).

¹⁶¹ Zie de noot bij HvJ EU, 4 juli 2013, C-350/11, ECLI:EU:C:2013:447, BNB 2013/258, m.nt. P.J. Wattel, punt 10 (*Argenta Spaarbank I*).

¹⁶² Zie art. 4 lid 2 ATAD1: "... de winst die in de lidstaat van de belastingplichtige aan vennootschapsbelasting is onderworpen. Belastingvrije winst wordt uitgesloten van de EBITDA van een belastingplichtige."

¹⁶³ Prof. dr. O.C.R. Marres, 12 december 2019, *Waarom de earningsstrippingmaatregel niet in strijd met het primaire Unierecht is*, NTFR 2019/3022.

¹⁶⁴ Prof. dr. O.C.R. Marres, 12 december 2019, *Waarom de earningsstrippingmaatregel niet in strijd met het primaire Unierecht is*, NTFR 2019/3022.

¹⁶⁵ Conclusie A-G Wattel, 8 juni 2018, nr. 15/00194, ECLI:NL:PHR:2018:624, r.o. 1.22 (*X BV*).

¹⁶⁶ HvJ EU, 31 mei 2018, C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366, r.o. 58 (*Hornbach*).

5.4.3 Tegengaan van belastingmisbruik

De Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling ziet niet puur op het bestrijden van misbruiksituaties.¹⁶⁷ Als een onderneming verlies leidt, zal rente door de EBITDA-regel sneller in aftrek worden beperkt. In verliessituaties vormt misbruik echter niet per definitie het motief achter de rentebetalingen. In dat geval zijn de rentebetalingen maatschappelijk gezien niet excessief en hoeven niet vanwege misbruik in aftrek te worden beperkt. Deze disproportionaliteit leidt op zichzelf niet tot strijd met het EU-recht, mits binnenlandse en grensoverschrijdende situaties gelijk worden behandeld.¹⁶⁸

Bij samenloop van het fiscale eenheidsregime met de earningsstrippingbepaling wordt echter per definitie niet getoetst of het risico op grondslaguitholling en winstverschuiving in binnenlandse situaties kleiner is dan in grensoverschrijdende situaties.¹⁶⁹ Door fiscale consolidatie kunnen onderlinge financieringen immers automatisch niet meer als misbruik worden aangemerkt. Dit leidt tot een verschil in behandeling dat vanwege het ontbreken van een specifieke antimisbruiktoets niet gerechtvaardigd kan worden. Aangezien rentebetalingen bij grensoverschrijdende onderlinge financieringen in objectief vergelijkbare situaties door het ontbreken van de fiscale eenheid wel onder de earningsstrippingbepaling kunnen vallen, is in grensoverschrijdend verband sprake van een ongerechtvaardigd misbruikvermoeden dat niet aanwezig is in binnenlandse situaties.¹⁷⁰

Het HvJ ziet kunstmatige verliesoverdracht tussen ingezeten en niet-ingezeten vennootschappen als gevaar voor misbruik, als het overgedragen verlies de hoogst mogelijke fiscale waarde krijgt door gebruik te maken van tariefverschillen.¹⁷¹ Dit argument kan worden doorgetrokken naar de earningsstrippingbepaling, aangezien het in aanmerking nemen van buitenlandse resultaten en renten kan leiden tot misbruik als rente hierdoor tegen een hoger tarief in aftrek kan worden gebracht. Dit is juist de vorm van winstverschuiving en grondslaguitholling die de earningsstrippingbepaling dient tegen te gaan. Naar mijn mening weegt dit argument zwaarder dan het eerdere tegenargument, aangezien slechts in grensoverschrijdend verband kan worden ingespeeld op tariefverschillen.

¹⁶⁷ F.M. van der Zeijden en S.P. van Mierlo, *Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel*, MBB 2019/2-8.

¹⁶⁸ Mr. Dr. J.J. van den Broek, 15 augustus 2019, *De earningsstrippingregeling in strijd met de vrijheid van vestiging*, NTFR 2019/1991.

¹⁶⁹ Op grond van HvJ EU, 31 mei 2018, C-382/16, (*Hornbach*) zou het onderscheid gerechtvaardigd kunnen worden in het geval van een hoger misbruikrisico in grensoverschrijdend verband, mits een tegenbewijsregeling wordt opgenomen. Zie ook de conclusie van A-G Wattel, 8 juni 2018, nr. 15/00194, ECLI:NL:PHR:2018:624, ro. 1.12 en 1.13 (*X BV*).

¹⁷⁰ Mr. Dr. J.J. van den Broek, 15 augustus 2019, *De earningsstrippingregeling in strijd met de vrijheid van vestiging*, NTFR 2019/1991.

¹⁷¹ HvJ EU, 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763, r.o. 49 (*Marks & Spencer II*).

5.5 Proportionaliteit en effectiviteit

5.5.1 Standalone-benadering

Als zou blijken dat de earningsstrippingbepaling in strijd is met de EU-vestigingsvrijheid, kan een standalone-benadering worden toegepast.¹⁷² Hierbij blijft het fiscale eenheidsregime voor de toepassing van de earningsstrippingbepaling buiten beschouwing en worden het saldo aan renten en de gecorrigeerde winst per entiteit afzonderlijk bepaald. Toepassing op het fiscale eenheidsniveau vormt een voordeel voor de uitvoerbaarheid van de earningsstrippingbepaling en een standalone-benadering zou tot administratieve lasten leiden.¹⁷³ Dit vormt een belemmering van de doelstelling van het fiscale eenheidsregime, dat juist dient om ondernemen via groepsstructuren te vereenvoudigen.

Een standalone-benadering zou tevens problemen kunnen opleveren voor financieringsstructuren waarbij een financieringsvennootschap vreemd vermogen aantrekt om ondernemingsactiviteiten van andere concernvennootschappen te financieren. Binnen het fiscale eenheidsregime zorgt consolidatie er immers voor dat het belastbare resultaat van concernvennootschappen met materiële ondernemingsactiviteiten via de gecorrigeerde winst renteaftreukruimte creëert voor de rentelasten van financieringsvennootschappen. Resultaten van dochtervennootschappen horen bij een standalone-benadering door toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet tot het belastbare resultaat van de financieringsvennootschap en worden dus niet meegenomen bij de bepaling van de gecorrigeerde winst. Structuren die door commerciële overwegingen zijn ingegeven worden hiermee dus geraakt.¹⁷⁴

De suggestie van de staatssecretaris om deze vennootschappen te fuseren zodat renten en EBITDA bij een enkele vennootschap worden ondergebracht, vormt vooralsnog een belemmering van deze commerciële overwegingen en leidt tot economisch dubbele belastingheffing.¹⁷⁵ De staatssecretaris benoemt echter dat het internationaal algemeen aanvaard is dat bij het tegengaan van belastingmisbruik geen rekening hoeft te worden gehouden met economisch dubbele belastingheffing.¹⁷⁶ Een standalone-benadering zou derhalve niet wenselijk zijn, aangezien dit vergaande gevolgen voor de effectiviteit van het fiscale eenheidsregime zou hebben.¹⁷⁷

¹⁷² Er is geen sprake van een per-elementbenadering, aangezien in paragraaf 5.4.1 en 5.4.2 is betoogd dat er geen sprake is van een additioneel voordeel, maar van een voordeel dat rechtstreeks voortkomt uit fiscale consolidatie binnen het fiscale eenheidsregime.

¹⁷³ Prof. dr. S.A. Stevens, 14 februari 2019, *Implementatie van de earningsstrippingmaatregel*, TFO 2019/161.2.

¹⁷⁴ Bij valide bedrijfseconomische (commerciële) redenen kan gedacht worden aan bijvoorbeeld het juridisch scheiden van ondernemingsactiviteiten en schulden of het organisatorisch scheiden van functies (zoals acquisitie, houdstervennootschappen of financiering), zie R. Bagci, P. Ruige en H. Vermeulen, 28 augustus 2018, *De earningsstrippingbepaling en de per-elementbenadering. Een Europeesrechtelijke analyse; noodzaak of anathema voor de interne markt?*, WFR 2018/153.

¹⁷⁵ Zoals de staatssecretaris een juridische fusie of de aflossing van de schuld in de memorie van toelichting als oplossing omschrijft, zie MvT Kamerstukken II, 6 juni 2018, 2017/2018, 34959, nr. 3, p. 11-13 en 15.

¹⁷⁶ Dit benoemde de staatssecretaris in verband met de renteaftrekbeperking in art. 10a Wet VpB 1969, zie MvT Kamerstukken II, 30 november 2018, 2018/2019, 35030, nr. C, p. 9.

¹⁷⁷ Overigens staat het fiscale eenheidsregime al langer onder druk, zie Vakstudie Nieuws, 17 juni 2019, *Start internetconsultatie nieuwe groepsregeling in VPB*, V-N 2019/35.12.

5.5.2 Effectiviteit

Een combinatie van bovenstaande rechtvaardigingsgronden kan naar mijn mening leiden tot algehele rechtvaardiging, ondanks het feit dat binnen iedere rechtvaardigingsgrond voor- en tegenargumenten bestaan. Als niet zou worden aangesloten bij de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, zouden ondernemingen hun EBITDA kunnen nemen door de koppeling met de renteaftrekruijnte in verschillende lidstaten in aanmerking. Ongebruikte EBITDA zou dan effectief kunnen worden door verhangen onder een entiteit, zodat diens EBITDA wordt verhoogd.¹⁷⁸ Ook zouden rentelasten in dat geval verplaatst kunnen worden en tegen het hoogste tarief in aftrek worden gebracht. Het is wat mij betreft van belang dat via de EBITDA-regel rechtstreekse samenhang blijft bestaan tussen de renteaftrekruijnte en de belastbare resultaten. Bovendien leidt het grensoverschrijdend in aanmerking nemen van EBITDA ertoe dat de antimisbruikdoelstelling, namelijk het tegengaan van winstverschuiving en grondslaguitholling, niet effectief kan worden nagestreefd.

De effectiviteit van de antimisbruikdoelstelling blijkt uit de eenvoud van de earningsstrippingbepaling.¹⁷⁹ Doordat wordt aangesloten bij alle vormen van rente en door de simpele EBITDA-regel is de bepaling moeilijk te ontgaan voor belastingplichtigen en eenvoudig door de belastingdienst te controleren. Door de combinatie van drie rechtvaardigingsgronden en de eenvoud is de earningsstrippingbepaling naar mijn mening effectief in het tegengaan van winstverschuiving en grondslaguitholling, waardoor de belemmering die voortkomt uit de samenloop van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime kan worden gerechtvaardigd.

De Nederlandse wetgever heeft vanuit bedrijfseconomisch oogpunt tevens een meer gelijke fiscale benadeling van eigen en vreemd vermogen beoogd. De doelstelling om eigen en vreemd vermogen meer gelijk te behandelen is echter geen overtuigende rechtvaardiging van de belemmerende uitwerking van de earningsstrippingbepaling. Immers, als een lening moet worden behandeld als eigen vermogen zou sprake moeten zijn van herkwalificatie waardoor de rente wordt omgevormd naar een niet-aftrekbare vergoeding voor eigen vermogen.¹⁸⁰ Als rente door de earningsstrippingbepaling in aftrek wordt beperkt, wordt deze nog wel belast bij de ontvanger. Binnen het streven naar gelijkere behandeling van eigen en vreemd vermogen is de earningsstrippingbepaling derhalve inconsistent.¹⁸¹ Het is niet duidelijk of de earningsstrippingbepaling moet leiden tot herkwalificatie omdat feitelijk

¹⁷⁸ Mr. Dr. J.J. van den Broek, 15 augustus 2019, *De earningsstrippingregeling in strijd met de vrijheid van vestiging*, NTFR 2019/1991.

¹⁷⁹ D.S. Smit, 20 november 2018, *De Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling uit ATAD 1*, MBB 2018/11-11-25.

¹⁸⁰ Mr. Dr. J.J. van den Broek, 15 augustus 2019, *De earningsstrippingregeling in strijd met de vrijheid van vestiging*, NTFR 2019/1991. De criteria voor herkwalificatie zijn door de HR gedefinieerd in HR, 27 januari 1988, nr. 23919, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744 (*Unilever*).

¹⁸¹ D.S. Smit, 20 november 2018, *De Nederlandse implementatie van de earningsstrippingbepaling uit ATAD 1*, MBB 2018/11-11-25.

sprake is van eigen vermogen.¹⁸² Bovendien bestaan andere manieren om tot een meer gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen te komen.¹⁸³

5.5.3 Proportionaliteit

De rechtvaardigingsgronden kunnen slechts slagen indien de earningsstrippingbepaling niet verder gaat dan strikt noodzakelijk voor het bereiken van haar doelstellingen. In verband hiermee is een uitspraak van de EFTA Surveillance Authority (hierna: ESA) van belang. De ESA heeft namelijk eerder beargumenteerd dat een Noorse renteaftrekbepaling in strijd was met de EU-vestigingsvrijheid vanwege het feit dat vooral grensoverschrijdende situaties werden geraakt. Binnen het Noorse groepscontributieregime kon de toepassing van de renteaftrekbepaling worden voorkomen door de neutralisatie van onderlinge financieringstransacties. Het feit dat het Noorse groepscontributieregime wordt beperkt tot binnenlandse entiteiten leidt derhalve tot een verschil in behandeling van objectief vergelijkbare binnenlandse en grensoverschrijdende situaties.¹⁸⁴

De Noorse renteaftrekbepaling was vanwege de EBITDA-regel vergelijkbaar met de earningsstrippingbepaling maar vormde geen generieke renteaftrekbepaling, aangezien de Noorse regeling alleen betrekking had op rentelasten met betrekking tot verbonden lichamen. De Noorse situatie heeft daarmee een ander uitgangspunt dan bij toepassing van de earningsstrippingbepaling op het niveau van de fiscale eenheid, waarbij zowel verbonden- als niet-verbonden rentelasten onder de werking van de earningsstrippingbepaling vallen.¹⁸⁵

De ESA beargumenteerde dat de samenloop van de renteaftrekbepaling met het groepscontributieregime op zichzelf kan worden gerechtvaardigd vanuit het tegengaan van belastingmisbruik en vanuit de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. De ESA beoordeelde de twee rechtvaardigingsgronden echter in samenhang met elkaar, waardoor de antimisbruikmaatregel verder gaat dan noodzakelijk. Vanwege het ontbreken van tegenbewijsmogelijkheden worden immers niet alleen volstrekt kunstmatige constructies aangepakt.¹⁸⁶ A-G Wattel merkt hierbij op dat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid op zichzelf geen tegenbewijsmogelijkheid vereist, aangezien Nederland de mogelijkheid moet krijgen om de belastingbevoegdheid binnen het grondgebied uit te oefenen, onafhankelijk van de vraag of sprake is van misbruik.¹⁸⁷ Op grond van dit ESA-oordeel zou vooralsnog gesteld kunnen worden dat de earningsstrippingbepaling disproportioneel uitwerkt en derhalve eveneens een tegenbewijsregeling vereist.

¹⁸² Mr. Dr. J.J. van den Broek, 15 augustus 2019, *De earningsstrippingregeling in strijd met de vrijheid van vestiging*, NTFR 2019/1991.

¹⁸³ Zie ook paragraaf 3.2.1 van deze scriptie waaruit blijkt dat de earningsstrippingbepaling vanuit de doelstelling om eigen en vreemd vermogen gelijk te behandelen leidt tot overkill. Zie verder bijvoorbeeld Dr. J. Van Strien, 9 juli 2019, *Vijftig jaar eigen vermogen versus vreemd vermogen*, in A.J.A. Stevens, *De toekomst van de vennootschapsbelasting*, p. 89-93, waarin wordt gepleit voor een Allowance for Corporate Equity.

¹⁸⁴ EFTA Surveillance Authority, 25 oktober 2016, C:76153, nr. 818742, beslissing 192/16/COL, paragraaf 2.3.

¹⁸⁵ R. Bagci, P. Ruige en H. Vermeulen, 28 augustus 2018, *De earnings-strippingbepaling en de per-elementbenadering. Een Europeesrechtelijke analyse; noodzaak of anathema voor de interne markt?*, WFR 2018/153, noot 52.

¹⁸⁶ EFTA Surveillance Authority, 25 oktober 2016, C:76153, nr. 818742, beslissing 192/16/COL, paragraaf 4.4.1.

¹⁸⁷ A-G Wattel, 8 juni 2018, nr. 15/00194, ECLI:NL:PHR:2018:624, r.o. 1.18 en 1.22 (*X BV*).

5.6 Conclusie

Er is sprake van objectieve vergelijkbaarheid tussen moedermaatschappijen met ingezeten en niet-ingezeten dochtermaatschappijen. Buitenlandse ondernemingsresultaten worden niet meegenomen in de berekening van de gecorrigeerde winst en buitenlandse renten worden niet meegenomen in de berekening van het saldo aan renten, terwijl dit in binnenlands verband bij voeging in een fiscale eenheid wel mogelijk is. In dit hoofdstuk zijn verschillende rechtvaardigingsgronden onderzocht met betrekking tot de belemmering die de samenloop van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime kan veroorzaken, namelijk op het gebied van fiscale consolidatie van resultaten, van rentebaten en -lasten en van onderlinge financieringstransacties.

Binnen iedere besproken rechtvaardigingsgrond bestaan zowel voor- als tegenargumenten voor de rechtvaardiging van de belemmerende werking van de earningsstrippingbepaling. De samenloop van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime betreft een andere situatie dan de per-elementbenadering, aangezien het voordeel rechtstreeks voortkomt uit de consolidatie binnen het fiscale eenheidsregime. De evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid vormt een rechtvaardigingsgrond vanwege het feit dat Nederland niet heffingsbevoegd is over de buitenlandse EBITDA. Eenzelfde argument gaat op voor de samenhang van het belastingsysteem, aangezien de earningsstrippingbepaling expliciet ten doel heeft om aan te sluiten bij de economische realiteit door de renteaftrekrimte te koppelen aan de belastbare resultaten. Vanuit het tegengaan van winstverschuiving en grondslaguitholling kan de earningsstrippingbepaling als antimisbruikbepaling alleen effectief uitwerken als deze op grond van het territorialiteitsbeginsel slechts rekening houdt met belastbare resultaten.

Als de earningsstrippingbepaling niet zou kunnen worden gerechtvaardigd, zou een standalone-benadering mogelijk zijn. Ook zou een verzachtende werking gerealiseerd kunnen worden door een tegenbewijsregeling op te nemen, waarmee zowel in binnenlands als grensoverschrijdend verband kan worden aangetoond dat renteaftrek niet leidt tot winstverschuiving en grondslaguitholling. Zo zou in grensoverschrijdend verband de belemmering van de vestigingsvrijheid kunnen worden tegengegaan. Een standalone-benadering of tegenbewijsregeling zou echter leiden tot administratieve lasten en een vergroting van de complexiteit van de earningsstrippingbepaling. Bovendien zou een standalone-benadering ertoe leiden dat commercieel verantwoorde financieringsstructuren niet langer mogelijk zijn doordat rentelasten niet kunnen worden geconsolideerd met rentebaten.

Hoofdstuk 6 | Conclusie

6.1 Inleiding

Het is van belang om winstverschuiving en grondslaguitholling door middel van rentebetalingen te voorkomen. Belastingplichtigen kunnen in internationaal verband inspelen op tariefverschillen door met behulp van de allocatie van renten een belastingvoordeel te bereiken. De OESO presenteerde daarom het BEPS Action 4-rapport, met als doel om internationale coördinatie van antimisbruikmaatregelen te bereiken. Dit OESO-advies werd door de EU gecodificeerd in ATAD1. Als onderdeel van deze richtlijn zijn EU-lidstaten verplicht om een generieke renteaftrekbeperking in te voeren. Deze earningsstrippingbepaling is in Nederland in art. 15b Wet VpB 1969 geïmplementeerd. Bij samenloop met het Nederlandse fiscale eenheidsregime wordt de bepaling derhalve toegepast op het niveau van de fiscale eenheid als geheel. In deze scriptie is onderzocht of de combinatie van de earningsstrippingbepaling in art. 15b Wet VpB 1969 met het fiscale eenheidsregime in art. 15 Wet VpB 1969 in strijd is met de vrijheid van vestiging binnen de EU.

In dit hoofdstuk worden alle vier deelvragen achtereenvolgens samenvattend beantwoord om vervolgens een antwoord op de algemene probleemstelling te formuleren. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een aantal aanbevelingen die zouden kunnen leiden tot een meer evenredige uitwerking van de earningsstrippingbepaling. Ten slotte wordt de toekomst van de earningsstrippingbepaling in combinatie met het fiscale eenheidsregime besproken.

6.2 Samenvatting

Wat houdt de earningsstrippingbepaling in?

De earningsstrippingbepaling kenmerkt zich als generieke renteaftrekbeperking die bepaalt dat het saldo aan renten ter zake van geldleningen slechts aftrekbaar is tot 30% van de gecorrigeerde winst, indien dit leidt tot een grotere aftrekruijmt dan de drempel van €1 miljoen. Het belastbare resultaat voor rente, belastingen, afschrijvingen en afwaarderingen vormt de basis voor de gecorrigeerde winst. Door de renteaftrekruijmt aan het belastbare resultaat te koppelen, is beoogd om per EU-lidstaat aan te sluiten bij de reële economische activiteit van een onderneming. Er wordt voor de toepassing van de earningsstrippingbepaling geen onderscheid gemaakt tussen binnenlandse en grensoverschrijdende leningen of tussen intragroepsleningen en derdenleningen.

In Nederland is de earningsstrippingbepaling in art. 4 ATAD1 is geïmplementeerd in art. 15b Wet VpB 1969. In Nederland is gekozen voor een “robuuste implementatie”, die op een aantal onderdelen strenger is geformuleerd dan de minimumnorm in ATAD1. De Nederlandse wetgever heeft dan ook een tweeledige doelstelling bij het invoeren van de earningsstrippingbepaling: naast het tegengaan van winstverschuiving en grondslaguitholling is een meer gelijke fiscale behandeling van eigen en vreemd vermogen beoogd.

In het geval van een Nederlandse fiscale eenheid wordt de bepaling op het niveau van de fiscale eenheid als geheel toegepast. Als gevolg van voeging in een fiscale eenheid worden belastbare resultaten, renten en onderlinge financieringstransacties van binnenlandse dochtermaatschappijen geconsolideerd voor de

berekening van de gecorrigeerde winst en het saldo aan renten. De EBITDA en renten van buitenlandse dochtermaatschappijen kunnen als gevolg van de deelnemingsvrijstelling echter niet worden meegenomen in de berekening van de gecorrigeerde winst en het saldo aan renten, aangezien deze EBITDA en renten niet in de heffingsgrondslag worden begrepen.

Hoe toetst het Hof van Justitie EU de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie?

Ondanks de verschillende keuzemogelijkheden die ATAD1 biedt, dient de earningsstrippingbepaling door de Nederlandse wetgever in overeenstemming met het EU-recht te worden geïmplementeerd. Aangezien de earningsstrippingbepaling in ATAD1 niet volledig is geharmoniseerd, zal het HvJ de bepaling toetsen aan het primaire EU-recht, meer specifiek de vrijheid van vestiging. De vrijheid van vestiging houdt in dat vennootschappen het recht hebben om hun materiële ondernemingsactiviteiten in andere lidstaten uit te oefenen. EU-onderdanen kunnen zich bij de nationale rechterlijke macht rechtstreeks op deze vrijheid beroepen.

Binnen de EU toetst het HvJ desgevraagd of nationale wetsbepalingen in lijn zijn met het EU-recht, hiertoe doorloopt zij een standaard toetsingskader. Voor toegang tot het VwEU is met betrekking tot de vrijheid van vestiging vereist dat een belastingplichtige intracommunautair grensoverschrijdende duurzaam economische activiteiten binnen de EU uitoefent. Er is slechts sprake van een belemmering, indien binnenlandse en grensoverschrijdende situaties objectief vergelijkbaar zijn. Deze objectieve vergelijkbaarheid wordt getoetst vanuit de doelstelling van de wetsbepaling en vanuit het oogpunt van de belastingplichtige. Als sprake is van objectief vergelijkbare gevallen, wordt getoetst of de wetsbepaling discrimineert of anderszins belemmerend uitwerkt. In het geval van de vestigingsvrijheid is sprake van een belemmering, indien een wetsbepaling het minder aantrekkelijk maakt om de ondernemingsactiviteiten in een andere lidstaat uit te oefenen.

Als sprake is van discriminatie of belemmering, kan de wetsbepaling vooralsnog worden gerechtvaardigd vanuit een dwingende reden van algemeen belang. Het HvJ heeft in jurisprudentie verschillende rechtvaardigingsgronden geformuleerd, waarvan er drie van belang zijn voor de toetsing van de earningsstrippingbepaling aan de EU-vestigingsvrijheid. De eerste twee rechtvaardigingsgronden zijn de samenhang van het belastingsysteem en de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid, die allebei aansluiten bij het fiscale territorialiteitsbeginsel. De derde rechtvaardigingsgrond betreft het tegengaan van belastingmisbruik. Hierna worden de rechtvaardigingsgronden kort uiteengezet.

Indien zonder de belemmering de samenhang van het nationale belastingsysteem wordt doorbroken, kan een wetsbepaling gerechtvaardigd worden. Hiervoor is vereist dat er binnen dezelfde belastingsoort en ten aanzien van dezelfde belastingplichtige een rechtstreekse, persoonlijke en feitelijke samenhang bestaat tussen een fiscaal voordeel en een compenserende heffing. Daarnaast zijn EU-lidstaten soeverein bevoegd om op grond van het woon- of vestigingslandbeginsel, het bronlandbeginsel of het nationaliteitsbeginsel te heffen over inkomsten die worden gegenereerd binnen het territorium waarover zij heffingsbevoegdheid kan uitoefenen. Een belemmering van de vestigingsvrijheid kan derhalve gerechtvaardigd worden indien wordt voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan de heffingsbevoegdheid binnen het grondgebied van een lidstaat. Deze twee rechtvaardigingsgronden zijn

van belang bij de beoordeling of bij toepassing van de earningsstrippingbepaling rekening zou moeten worden gehouden met buitenlandse EBITDA en renten.

Een discriminatie of belemmering kan ook gerechtvaardigd worden indien deze voorkomt dat belastingheffing wordt ontgaan, mits de bepaling dient ter bestrijding van constructies die gericht zijn op het op kunstmatige wijze verkrijgen van een belastingvoordeel. Hierbij moet uit objectieve en subjectieve omstandigheden blijken dat kunstmatig voorwaarden worden gecreëerd waarmee een voordeel wordt bereikt dat niet volgt uit het doel of de strekking van de toepasselijke wetsbepalingen. Aangezien de earningsstrippingbepaling een generieke renteaftrekbeperking is, dient te worden getoetst of de earningsstrippingbepaling specifiek ingrijpt in misbruiksituaties. Deze rechtvaardigingsgrond is van belang omdat de earningsstrippingbepaling gericht is op het tegengaan van belastingmisbruik in de vorm van winstverschuiving en grondslaguitholling.

Met behulp van het hierboven geschetste toetsingskader kan worden getoetst of de earningsstrippingbepaling in objectief vergelijkbare binnenlandse en grensoverschrijdende situaties belemmerend uitwerkt. Vervolgens kan worden getoetst of de doelstellingen van de earningsstrippingbepaling op effectieve en proportionele wijze gerechtvaardigd worden vanuit een dwingende reden van algemeen belang. Een rechtvaardigingsgrond is slechts van toepassing, indien de earningsstrippingbepaling effectief is in het nastreven van haar doelstelling en hierbij niet verder gaat dan strikt noodzakelijk vereist voor het bereiken ervan.

Hoe verhoudt het Nederlandse fiscale eenheidsregime zich tot de vrijheid van vestiging?

Eerdere jurisprudentie van het HvJ biedt aanknopingspunten om uiteindelijk te bepalen hoe de samenloop van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime zich verhoudt tot de vrijheid van vestiging. Het HvJ heeft meermaals geoordeeld over fiscale consolidatieregimes in verband met de vrijheid van vestiging. Het arrest HvJ X Holding is van belang omdat de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid hier een rechtvaardigingsgrond vormde voor de beperking van fiscale consolidatieregimes tot binnenlandse situaties. Ook komt in dit arrest naar voren dat er objectieve vergelijkbaarheid bestaat tussen een in Nederland gevestigde moedervenootschap die met een ingezeten of met een niet-ingezeten dochter een fiscale eenheid wil vormen.

De rechtsregel uit het arrest HvJ X Holding kan echter niet als “alles of niets”-benadering worden opgevat. Niet ieder verschil in behandeling binnen het fiscale eenheidsregime kan volgens het HvJ worden gerechtvaardigd vanuit de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid. Het HvJ introduceerde de per-elementbenadering in de arresten HvJ Groupe Steria en HvJ Finanzamt Linz, waarin de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en de samenhang van het belastingsysteem geen rechtvaardigingsgrond konden vormen. Als gevolg van deze arresten moet per belastingvoordeel, dat bovenop het voordeel van fiscale consolidatie komt, afzonderlijk worden beoordeeld of een EU-lidstaat dit kan voorbehouden aan vennootschappen die slechts in binnenlands verband deel van een fiscaal consolidatieregime kunnen uitmaken.

In Nederlands verband zijn de arresten HvJ X BV en X NV van belang. Hierin wordt de samenloop van het fiscale eenheidsregime met een specifieke renteaftrekbeperking en de deelnemingsvrijstelling getoetst

aan de vrijheid van vestiging. Opmerkelijk zijn de verschillende benaderingen die het HvJ hier toepast, in de zaak X BV wordt namelijk vanuit de doelstelling van het fiscale eenheidsregime getoetst, terwijl in de zaak X NV vanuit de deelnemingsvrijstelling wordt getoetst. Desalniettemin is de per-elementbenadering in de Wet spoedreparatie fiscale eenheid gecodificeerd, waardoor een aantal wetsbepalingen in de vennootschapsbelasting op standalone-niveau wordt toegepast. De earningsstrippingbepaling is echter niet opgenomen in deze spoedreparatiemaatregelen en wordt dus nog steeds op het niveau van de fiscale eenheid als geheel toegepast.

Is de samenloop van de earningsstrippingbepaling in art. 15b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 met het fiscale eenheidsregime in strijd met de vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie?

Bij samenloop van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime kan de fiscale consolidatie van resultaten, rentebaten en -lasten en onderlinge financieringstransacties leiden tot een fiscaal voordeel in de vorm van een lagere belastingdruk. Doordat buitenlandse groepsmaatschappijen niet in een fiscale eenheid kunnen worden gevoegd, ontstaat een verschil in behandeling van objectief vergelijkbare binnenlandse en grensoverschrijdende situaties. Het feit dat fiscale consolidatie niet toegankelijk is voor moedermaatschappijen met buitenlandse dochtermaatschappijen, maakt het minder aantrekkelijk om te investeren in dochtermaatschappijen in een andere lidstaat. In combinatie met het fiscale eenheidsregime leidt de earningsstrippingbepaling derhalve tot een belemmering van de vestigingsvrijheid.

De per-elementbenadering is hier niet rechtstreeks toepasbaar, aangezien het voordeel bij toepassing van de earningsstrippingbepaling op het niveau van de fiscale eenheid verschilt van de door de per-elementbenadering niet-toegestane voordelen. Er is hier namelijk geen sprake van een additioneel voordeel bovenop het consolidatievoordeel, maar van een voordeel dat rechtstreeks voortkomt uit fiscale consolidatie binnen het fiscale eenheidsregime. Er is derhalve niet per definitie reden om aan te nemen dat de earningsstrippingbepaling had moeten worden opgenomen in de per-elementbenadering.

Het belangrijkste voordeel komt voort uit de fiscale consolidatie binnen het fiscale eenheidsregime. Fiscale consolidatie kan echter ook nadelig uitwerken, namelijk bij consolidatie van verliezen en met betrekking tot de drempel van €1 miljoen. Het feit dat een bepaling in grensoverschrijdend verband ten opzichte van binnenlandse situaties ook voordeliger kan uitwerken, vormt echter geen rechtvaardiging voor een nadelige uitwerking in overige gevallen. Desalniettemin vormt de samenhang van het belastingsysteem mijns inziens een overtuigende rechtvaardigingsgrond. Het nadeel dat buitenlandse EBITDA niet wordt meegenomen in de berekening van de gecorrigeerde winst en het saldo aan renten hangt rechtstreeks samen met het voordeel dat de buitenlandse EBITDA niet in Nederland wordt belast.

Als Nederland de EBITDA van buitenlandse dochtermaatschappijen in aanmerking zou nemen, zou deze meerdere malen in aanmerking genomen worden bij het berekenen van de gecorrigeerde winst, namelijk ook het in vestigingsland van de niet-ingezeten dochtermaatschappij. Het in aanmerking nemen van EBITDA van buitenlandse dochtermaatschappijen zou vanwege het ontbreken van heffingsbevoegdheid bovendien leiden tot ongerechtvaardigde uitholling van de heffingsgrondslag. De renteaftrekrimte zou hierdoor immers vergroot worden, terwijl Nederland bij het ontbreken van buitenlandse belastingplicht niet heffingsbevoegd is over de buitenlandse EBITDA. De evenwichtige

verdeling van de heffingsbevoegdheid vormt naar mijn mening daarom eveneens een rechtvaardigingsgrond om buitenlandse EBITDA niet in aanmerking te nemen.

De earningsstrippingbepaling dient om winstverschuiving en grondslaguitholling door middel van rentebetalingen tegen te gaan. De bepaling ziet als generieke renteaftrekbeperking echter niet specifiek op misbruiksituaties. Dit hoeft op zichzelf niet te leiden tot een ongerechtvaardigde belemmering van de vestigingsvrijheid, mits geen sprake is van ongelijke behandeling. Binnenlandse en grensoverschrijdende situaties worden echter niet gelijk behandeld, doordat het fiscale eenheidsregime wordt beperkt tot binnenlandse situaties. Desalniettemin kan het in aanmerking nemen van buitenlandse EBITDA en renten leiden tot belastingmisbruik, indien daarmee in internationaal verband wordt ingespeeld op tariefverschillen. Dat is juist de winstverschuiving en grondslaguitholling die de earningsstrippingbepaling dient te voorkomen. De belemmering kan naar mijn mening derhalve worden gerechtvaardigd vanuit het tegengaan van belastingmisbruik.

Ondanks voor- en tegenargumenten vormt de earningsstrippingbepaling door de combinatie van de hierboven besproken rechtvaardigingsgronden geen ongerechtvaardigde belemmering van de vestigingsvrijheid. De earningsstrippingbepaling is naar mijn mening effectief in het tegengaan van winstverschuiving en grondslaguitholling. Immers, indien een belastingplichtige haar gecorrigeerde winst verhoogt zullen zowel de renteaftrekrimte als de belastinggrondslag toenemen. Daarnaast is de earningsstrippingbepaling vanwege het generieke karakter en de eenvoud van de EBITDA-formule moeilijk te ontgaan.

De earningsstrippingbepaling is echter ineffectief met betrekking tot de doelstelling om eigen en vreemd vermogen fiscaal gelijkjer te behandelen, aangezien geen aandacht wordt besteed aan de (her)kwalificatie van in aftrek beperkte rente naar een vergoeding voor eigen vermogen. Er zou daarnaast getwijfeld kunnen worden of de earningsstrippingbepaling proportioneel uitwerkt, aangezien deze ook leidt tot beperking van de renteaftrek bij commercieel gemotiveerde financieringsstructuren.

Als het HvJ vooralsnog zou oordelen dat de earningsstrippingbepaling strijdigheid met de vrijheid van vestiging binnen de EU oplevert, kan de earningsstrippingbepaling op standalone-niveau worden toegepast zodat het saldo aan renten en de gecorrigeerde winst per afzonderlijke entiteit worden bepaald. Dit zou echter nadelige gevolgen hebben voor de administratieve uitvoerbaarheid van de earningsstrippingbepaling. Daarnaast zou een standalone-benadering commercieel gemotiveerde financieringsstructuren raken, doordat financieringsvennootschappen niet meer kunnen worden afgezonderd van reële ondernemingsactiviteiten.

6.3 Conclusie en aanbevelingen

Op basis van de hierboven besproken deelvragen kan worden geconcludeerd dat de samenloop van de earningsstrippingbepaling in art. 15b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 met het fiscale eenheidsregime een belemmering van de vestigingsvrijheid binnen de EU oplevert. Deze belemmering kan mijns inziens echter worden gerechtvaardigd vanuit een combinatie van de samenhang van het belastingsysteem, de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid en het tegengaan van belastingmisbruik. Naar mijn mening is de earningsstrippingbepaling derhalve niet in strijd met de

vrijheid van vestiging binnen de Europese Unie. Desondanks kan aan de effectiviteit en proportionaliteit van de earningsstrippingbepaling worden getwijfeld, daarom wordt in dit onderdeel wordt een aantal aanbevelingen gedaan.

Als de earningsstrippingbepaling op standalone-niveau wordt toegepast biedt art. 4 lid 5 ATAD1 de mogelijkheid om een groepsuitzondering op te nemen. De renteaftrekruijme wordt dan beoordeeld aan de hand van de EBITDA-ratio of de activa/passiva-ratio van het concern waar de belastingplichtige deel van uitmaakt. Bij het invoeren van een groepsuitzondering kan wel rekening worden gehouden met grensoverschrijdende groepsverbanden, aangezien deze benadering niet wordt beperkt tot het binnenlandse fiscale eenheidsregime. Bij invoering van een groepsuitzondering blijft de antimisbruikdoelstelling gehandhaafd, doordat op basis van de groepsratio's wordt beoordeeld of de rente zakelijk is. Dit leidt echter niet tot een meer gelijke behandeling van eigen en vreemd vermogen.

Als het tegengaan van belastingmisbruik niet zou slagen als rechtvaardigingsgrond, kan een tegenbewijsregeling worden ingevoerd. Dit zou echter afdoen aan de eenvoud van de earningsstrippingbepaling bij het tegengaan van winstverschuiving en grondslaguitholling. Ik ben met A-G Wattel van mening dat een tegenbewijsmogelijkheid geen strikt vereiste is, aangezien de earningsstrippingbepaling mijns inziens ook kan worden gerechtvaardigd vanuit de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid.¹⁸⁸

De effectiviteit van de earningsstrippingbepaling in het nastreven van een fiscaal gelijkere behandeling van eigen en vreemd vermogen kan worden betwijfeld. Een aanbeveling op dit punt is om een Allowance for Corporate Equity in te voeren, zodat vergoedingen voor eigen vermogen (fictief) aftrekbaar worden bij het bepalen van de belastinggrondslag. Hiermee dalen bovendien de gemiddelde financieringskosten op eigen vermogen, wat een positieve invloed kan hebben op de totale omvang van investeringen.¹⁸⁹ Dit sluit aan bij de wens om een stabiel investeringsklimaat en een schokbestendige Nederlandse economie te creëren in het Regeerakkoord.¹⁹⁰

Naar mijn mening is het onwenselijk om grensoverschrijdende consolidatie van EBITDA en renten toe te staan, aangezien Nederland hierover geen heffingsbevoegdheid kan uitoefenen. Bovendien levert grensoverschrijdende toepassing van de earningsstrippingbepaling administratieve lasten op. Hetzelfde geldt voor een grensoverschrijdende toepassing van het fiscale eenheidsregime. Het fiscale eenheidsregime in haar huidige vorm staat overigens ter discussie. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet spoedreparatie fiscale eenheid werd gesproken over een nieuwe groepsregeling in de vennootschapsbelasting, waarna een internetconsultatie werd gehouden.¹⁹¹ Het is dus nog maar de vraag hoe lang de samenloop van de earningsstrippingbepaling met het fiscale eenheidsregime in de huidige vorm in stand kan blijven.

¹⁸⁸ A-G Wattel, 8 juni 2018, 15/00194, ECLI:NL:PHR:2018:624, r.o. 1.18 (*X BV*).

¹⁸⁹ Dr. J. Van Strien, 9 juli 2019, *Vijftig jaar eigen vermogen versus vreemd vermogen*, in A.J.A. Stevens, *De toekomst van de vennootschapsbelasting*, p. 89-90.

¹⁹⁰ VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, 10 oktober 2017, *Vertrouwen in de toekomst*, Regeerakkoord 2017-2021, p. 35 en 36.

¹⁹¹ MvT Kamerstukken II, 5 november 2018, 2018/2019, 34959, nr. 7, p. 19-22.

Literatuurlijst

Wetten

Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Wet op de Inkomstenbelasting 2001

Wet van 30 november 2016, houdende wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en enige andere wetten in verband met enkele aanpassingen inzake de fiscale eenheid (*Wet aanpassing fiscale eenheid*), stb-2016-479

Wet van 24 april 2019 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met enkele spoedreparaties inzake de fiscale eenheid (*Wet spoedreparatie fiscale eenheid*), stb-2019-175

Richtlijnen en verdragen

Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 2012/C 326/01

Richtlijn (EU) 2011/96 van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten

Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingspraktijken welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt

Artikelen

R. Bagci, P. Ruige en H. Vermeulen, 28 augustus 2018, *De earnings-strippingbepaling en de per-elementbenadering. Een Europeesrechtelijke analyse; noodzaak of anathema voor de interne markt?*, WFR 2018/153

Mr. Dr. J.J. van den Broek, 15 augustus 2019, *De earningsstrippingregeling in strijd met de vrijheid van vestiging*, NTFR 2019/1991

H.P. Huizinga, L. Laeven & G.J.A. Nicodème, 26 januari 2008, *Capital structure and international debt shifting*, Journal of Financial Economics 2008/88(1), p, 80-118

L.C. Van Hulten MSc en Mr. Dr. J.J.A.M. Korving, 17 juni 2019, *Svig og misbrug: de Deense antimisbruikzaken*, WFR 2019/129

Prof. dr. O.C.R. Marres, 12 december 2019, *Waarom de earningsstrippingmaatregel niet in strijd met het primaire Unierecht is*, NTFR 2019/3022

Mr. Dr. E. Nijkeuter en drs. L. Brillman, 7 oktober 2019, *Over de fiscale gevolgen van een "fiscale EBITDA" als maatstaf*, WFR 2019/201

D.S. Smit, 20 november 2018, *De Nederlandse implementatie van de earningstrippingbepaling uit ATAD 1*, MBB 2018/11-11-25

Mr. R. Snoeij en mr. drs. J.H.A.M van Helvoirt, 18 oktober 2016, *Een uiteenzetting van de Europese renteaftrekbepaling uit de ATA-Richtlijn (art. 4)*, FED 2016/108

Prof. dr. S.A. Stevens, 14 februari 2019, *Implementatie van de earningsstrippingmaatregel*, TFO 2019/161.2

Dr. J. van Strien, 23 januari 2018, *Beperking renteaftrek via EBITDA-regels in ATAD1*, WFR 2018/19

Vakstudie Nieuws, 17 juni 2019, *Start internetconsultatie nieuwe groepsregeling in VPB*, V-N 2019/35.12

Mr. Dr. M.F. de Wilde, 15 november 2016, *Het OESO BEPS-project in vogelvlucht*, MBB 2016/11

F.M. van der Zeijden en S.P. van Mierlo, *Het EU-rechtelijke risico van de earningsstrippingmaatregel*, MBB 2019/2-8

Boeken, rapporten en internetbronnen

Mr. W. Grooten, A.J. van Herwaarden LL.M MSc, dr. G.F. Boulogne, mr.dr. R.P.C. Adema, mr. L.F. Kusters, mr.dr. H.M. Pit, 20 januari 2020, *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, SDU, ISBN 9789012405546, paragraaf 3.5.

OESO, 5 Oktober 2015, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

Dr. J. Van Strien, 9 juli 2019, *Vijftig jaar eigen vermogen versus vreemd vermogen*, in A.J.A. Stevens, *De toekomst van de vennootschapsbelasting*, Wolters Kluwer, ISBN 9789013153415, p. 79-94

VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, 10 oktober 2017, *Vertrouwen in de toekomst*, Regeerakkoord 2017-2021, p. 35 en 36

P.J. Wattel, O.C.R. Marres & H. Vermeulen, 5 maart 2018, *European Tax Law. Volume 1 - General Topics and Direct Taxation*, Wolters Kluwer, ISBN 9789013133592

WRR, 12 oktober 2016, *Samenleving en financiële sector in evenwicht*, rapport nr. 96

Parlementaire stukken en besluiten

MvT Kamerstukken II, 25 oktober 2017, 2017/2018, 34323, nr. 20

MvT Kamerstukken II, 6 juni 2018, 2017/2018, 34959, nr. 3

MvT Kamerstukken II, 19 september 2018, 2018/2019, 35030, nr. 2

MvT Kamerstukken II, 19 september 2018, 2018/2019, 35030, nr. 3

MvT Kamerstukken II, 5 november 2018, 2018/2019, 34959, nr. 7

MvT Kamerstukken II, 30 november 2018, 2018/2019, 35030, nr. C

MvT Kamerstukken II, 29 oktober 2018, 2018/2019, 35030, nr. 7

Jurisprudentie

Hof van Justitie EU

- HvJ EU, 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend en Loos*)
- HvJ EU, 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/ENEL*)
- HvJ EU, 28 januari 1986, C-270/83, ECLI:EU:C:1986:37 (*Avoir Fiscal*)
- HvJ EU, 27 september 1988, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456 (*Daily Mail and General Trust*)
- HvJ EU, 28 januari 1992, C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35 (*Bachmann*)
- HvJ EU, 28 januari 1992, C-300/90, ECLI:EU:C:1992:37 (*Commissie v. België*).
- HvJ EU, 30 november 1995, C-55/94, ECLI:EU:C:1995:411 (*Gebhard*)
- HvJ EU, 15 mei 1997, C-250/95, ECLI:EU:C:1997:239 (*Futura*)
- HvJ EU, 6 juni 2000, C-35/98, ECLI:EU:C:2000:294 (*Verkooijen*)
- HvJ EU, 18 september 2003, C-168/01, ECLI:EU:C:2003:479 (*Bosal Holding*)
- HvJ EU, 13 december 2005, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763 (*Marks & Spencer II*)
- HvJ EU, 13 maart 2007, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*)
- HvJ EU, 18 juli 2007, C-182/06, ECLI:EU:C:2007:452 (*Lakebrink*)
- HvJ EU, 6 december 2007, C-298/05, ECLI:EU:C:2007:754 (*Columbus Container Services*)
- HvJ EU, 23 oktober 2008, C-157/07, ECLI:EU:C:2008:588 (*Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*)
- HvJ EU, 27 november 2008, C-418/07, ECLI:EU:C:2008:659 (*Papillon*)
- HvJ EU, 25 februari 2010, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89 (*X Holding*)
- HvJ EU, 10 februari 2011, C-436/08 en C-437/08, ECLI:EU:C:2011:61 (*Haribo en Salinen*)
- HvJ EU, 29 november 2011, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785 (*National Grid Indus*)
- HvJ EU, 4 juli 2013, C-350/11, ECLI:EU:C:2013:447 (*Argenta Spaarbank I*)
- HvJ EU, 3 oktober 2013, C-282/12, ECLI:EU:C:2013:629 (*Itelcar*)
- HvJ EU, 5 februari 2014, C-385/12, ECLI:EU:C:2014:47 (*Hervis Sport*)
- HvJ EU, 18 december 2014, C-87-13, ECLI:EU:C:2014:2459 (*X*)
- HvJ EU, 2 september 2015, C-386/14, ECLI:EU:C:2015:524 (*Groupe Steria*)
- HvJ EU, 6 oktober 2015, C-66/14, ECLI:EU:C:2015:661 (*Finanzamt Linz*)
- HvJ EU, 7 maart 2017, C-390/15, ECLI:EU:C:2017:174 (*RPO*)

HvJ EU, 20 december 2017, C-504/16 en C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (*Deister Holding en Juhler Holding*)

HvJ EU, 22 februari 2018, C-398/16 en C-399/16, ECLI:EU:C:2018:110, r.o. 33 (*X BV en X NV*)

HvJ EU, 31 mei 2018, C-382/16, ECLI:EU:C:2018:366 (*Hornbach*)

HvJ EU, 26 februari 2019, C-116/16 en C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135 (*T Danmark*)

Hoge Raad der Nederlanden

HR, 27 januari 1988, nr. 23919, ECLI:NL:HR:1988:ZC3744 (*Unilever*)

HR, 7 januari 2011, nr. 43484, ECLI:NL:PHR:2011:BN0900

HR, 19 oktober 2018, nr. 15/00878, ECLI:NL:HR:2018:1969

EFTA Surveillance Authority

EFTA Surveillance Authority, 25 oktober 2016, C:76153, nr. 818742, beslissing 192/16/COL

Conclusies

A-G Kokott, 11 juni 2015, conclusie bij zaak C-386/14, ECLI:EU:C:2015:392, (*Groupe Steria*),

A-G Kokott, 9 november 2017, conclusie bij zaak C-233/16, ECLI:EU:C:2017:853 (*ANGED*)

A-G Wattel, 8 juni 2018, nr. 15/00194, ECLI:NL:PHR:2018:624 (*X BV*)

A-G Wattel, 12 juni 2018, nr. 15/00878, ECLI:NL:PHR:2018:687 (*X NV*)